

DE PROCESRECHTELIJKE RECHTSOPVOLGING ALS BEPAALD IN ARTIKEL 61, § 1, VAN DE BIJZONDERE WET VAN 16 JANUARI 1989 BETREFFENDE DE FINANCIERING VAN DE GEMEENSCHAPPEN EN DE GEWESTEN

Inleiding

De overname van rechten en verplichtingen van de Staat door de Gemeenschappen en de Gewesten of bondiger uitgedrukt, de rechtsopvolging tussen de genoemde overheden, was reeds het onderwerp van uitgebreide bijdragen in de rechtsleer¹. Dit is een persoonlijke poging tot interpretatie van één bepaling ter zake, naast andere opgenomen in de zgn. financieringswet.

In deze uiteenzetting wordt enkel de normering van de procesrechtelijke opvolging van de Staat door een Gewest of een Gemeenschap behandeld. Dit betekent de overdracht van rechten en verplichtingen ten bate, resp. ten laste van de Staat, in zijn hoedanigheid van procespartij in de per 1 januari 1989 hangende rechtsgedingen. Het gaat hierbij dus niet om het voorwerp van die gedingen, het recht in betwisting, maar wel om de proceshandelingen van de voorgaande overheid en de stand van elk geding op de voormelde datum.

Een poging tot omschrijving van het begrip «rechtsopvolging» vóór de analyse van de bepaling van de financieringswet lijkt aangewezen. Het eerste en het tweede deel van deze bijdrage hebben hierop betrekking.

I. De inhoud van het begrip rechtsopvolging

1. Het begrip rechtsopvolging houdt enkel verband met de uitoefening van burgerlijke rechten en verplichtingen. Dit zijn verbintenissen die het gevolg zijn van de uitoefening van de materiële bevoegdheden door de voorgaande overheid en die nagekomen worden *mits spontane of afgedwongen uitvoeringsmaatregelen* door de betrokken opvolgende overheid worden genomen.

De rechten en verplichtingen die daarentegen *inherent* zijn aan de uitoefening in se van de bevoegdheden, m.a.w. *het rechtsherstel* dat de bevoegde overheid vordert of moet verstrekken, worden van rechtswege — d.i. ingevolge de overdracht van de bevoegdheden — bij substitutie of indeplaatsstelling behartigd door de opvolgende overheid. In het raam van de staatshervorming van 1988-89 betekent dit dat de Gewesten en Gemeenschappen per 1 januari 1989 in alle rechtsgedingen met uitspraken waarvan de tenuitvoerlegging de voorafgaande uitoefening van de (beslissings-)bevoegdheid in de nieuwe werkgebieden veronderstelt, in de plaats treden van de Belgische Staat.

De indeplaatsstelling, die dus zowel een verbintenisrechtelijke als een procesrechtelijke opvolging veronderstelt, waarop hieronder nader wordt ingegaan, is voor *strafprocedures en annulatieberoepen* bij de Raad van State evident: enkel de voortaan bevoegde overheid is als rechtsopvolger verantwoordelijk voor de vrijwaring van de naleving der betrokken rechtsnormen, respectievelijk voor het herstel van de onwettige besluitvorming via een nieuw besluitvormingsproces. Een optreden van de voorgaande overheid die haar bevoegdheid heeft verloren, is in deze gedingen volledig uitgesloten. Wat de *korte gedingen* betreft, vraagt dezelfde gevolgtrekking om enige toelichting: de aard van de dringende en voorlopige maatregelen houdt steeds een beleidsbeslissing van de bevoegde overheid in, hetzij in een uitgevoerde vorm (met een verweer tot gevolg), hetzij in een nagestreefde vorm (met een vordering tot gevolg). Zowel in de hoedanigheid van eiser als van verweerder in korte gedingen treedt de voortaan bevoegde overheid in de plaats van de vroeger bevoegde overheid ingevolge de bevoegdheidsoverdracht vastgelegd in de bijzondere wet van 8 augustus 1988 en niet ingevolge de bijzondere wet van 16 januari 1989.

2. Er bestaat *geen ongeschreven rechtsbeginsel* dat zou bepalen dat een publiekrechtelijke rechtsopvolger van rechtswege alle rechten en verplichtingen overneemt die door de publiekrechtelijke rechtsvoorganger werden verkregen, respectievelijk aangegaan. Een dergelijke rechtsopvolging is immers uitzonderlijk: ze veronderstelt het ontstaan en het verdwijnen van, zoniet de bevoegdheidsherverdeling tussen, verschillende openbare instellingen. Dit houdt dus een reorganisatie van het staatsbestel in, wat de openbare orde raakt².

De Belgische Grondwet bevat geen bepaling in die zin, zelfs niet sinds de staatshervorming van 1980. Hetzelfde geldt voor de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

Vandaar dat een wettelijke regeling van de overname van rechten en verplichtingen voor de staatshervorming van 1980 zijn beslag gekregen heeft in de wet van 5 maart 1984 betreffende de saldi en de lasten van het verleden van de Gemeenschappen en de Gewesten en de nationale economische sectoren. Ten gevolge van de hervorming van 1988 werd de rechtsopvolging tussen de Staat enerzijds en de Gemeenschappen en de Gewesten anderzijds vastgelegd in de bijzondere wet van 16 januari 1989.

¹ O.m. A. ALLEN, «De rechtsopvolging van de Staat door de Gemeenschappen en de gewesten», *T.B.P.*, 1989, 431-445.

² Cass., 19 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 709; Cass., 19 juni 1987, *Pas.*, I, 1987, 1306.

De wet van 5 maart 1984 en de bijzondere wet van 16 januari 1989 zijn bijgevolg van *constitutieve aard*. Dit brengt mee dat de rechtsopvolging of de overname van de rechten en verplichtingen als uitzondering op de algemene regel dat de overheid (publieke rechtspersoon) die het recht heeft verkregen of de verplichting heeft aangegaan, de gevolgen ervan opneemt en blijft opnemen, beperkend moet worden uitgelegd. Uit deze afzonderlijke regelingen blijkt trouwens het hiaat in de grondwettelijke en organiek wettelijke teksten.

In dit verband moet worden verwezen naar andere gevallen van opvolging, zoals de fusies van de gemeenten en de afschaffing van de randfederaties. Aldus luidt artikel 15 van het koninklijk besluit van 3 oktober 1975 houdende regeling van zekere modaliteiten en gevolgen van de samenvoeging van gemeenten en grenswijzigingen verwezenlijkt door het koninklijk besluit van 17 september 1975, beide besluiten bekrachtigd door de wet van 30 december 1975 houdende (1°) bekrachtiging van koninklijke besluiten genomen in uitvoering van de wet van 23 juli 1971 betreffende samenvoeging van gemeenten en de wijziging van hun grenzen (...) (art. 1): «De bij het koninklijk besluit van 17 september 1975 opgerichte *nieuwe gemeenten nemen alle bezittingen, rechten, lasten en verplichtingen over van de vroegere gemeenten* waaruit zij zijn samengesteld.»

Het is opvallend dat de wetgever de overname van rechten en verplichtingen uitdrukkelijk heeft bepaald voor een reeks van opvolgingen, waarbij de rechtsvoorgangers, de vroegere gemeenten, verdwenen en vervangen werden door de rechtsopvolgers, de nieuwe (fusie-)gemeenten. Dit is een bevestiging van de stelling dat er geen algemeen rechtsbeginsel van rechtsopvolging bestaat en een argument *a fortiori* dat er voor een opvolging zoals die van de staatshervorming, een expliciete wetgeving noodzakelijk is, omdat de rechtsvoorganger, *in casu* de Staat, als voorganger blijft bestaan.

In het raam van de huidige staatshervorming wordt het beginsel volgens hetwelk de rechten en verplichtingen blijven bestaan ten bate resp. ten laste van de overheid die houder van de verbintenis is, doorgetrokken. Enkele duidelijke verklaringen in die zin werden afgelegd in de bevoegde kamercommissie ³.

3. Als besluit moet men stellen dat de Staat, als rechtsvoorganger, houder van de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de overgedragen bevoegdheden blijft, die in zijn persoon zijn ontstaan vóór 1 januari 1989 en dat de wet van 16 januari 1989 enkele afwijkingen op dit uitgangspunt regelt. Bijgevolg dienen de bepalingen betreffende de overdracht of zgn. rechtsopvolging beperkend te worden geïnterpreteerd, in tegenstelling tot de uitzonderingen erop die dan weer ruim mogen worden uitgelegd, aangezien zij de algemene regel van de niet-overname volgen (cf. a pari de verklaring van de vice-premier en minister van Institutionele Hervormingen als antwoord op de interventies van de leden van de kamercommissie: «... Bovendien zij hierbij beklemtoont dat volgens de algemeen aanvaarde interpretatieregels uitzonderingen restrictief moeten worden geïnterpreteerd» ⁴.

II. Onderscheid tussen procesrechtelijke en verbintenisrechtelijke rechtsopvolging — Constitutieve aard van de procesrechtelijke opvolging

4. Het nu algemeen aanvaarde onderscheid tussen een recht en een vorderingsrecht ⁵ leidt tot de vraag of de opvolging in de hoedanigheid van schuldeiser of schuldenaar meteen de opvolging als procespartij in de op de datum van de overdracht hangende rechtsgedingen betekent. De vervanging als procespartij van het ene rechtssubject door het andere houdt de opvolging in de procesvoering in, waarbij de antecedenten hiervan aan de opvolger volledig of gedeeltelijk tegengeworpen, respectievelijk aangerekend kunnen worden. De eventuele rechtsopvolger dient dus zeker de stand van het geding qua gewijsde te aanvaarden, maar eventueel ook de proceshandelingen die zijn rechtsvoorganger heeft verricht en die voortaan aan de opvolger worden toegeschreven. Die proceshandelingen kunnen zowel verzoekschriften en conclusies betreffen, als dagvaarding, akten en betekeningen.

5. Elke overdracht van procesrechtelijke verbintenissen heeft enig afzonderlijk belang, want ze kan uiteraard de omvang van de verbintenisrechtelijke rechtsopvolging effectief beïnvloeden. De opvolging als procespartij in de hangende gedingen is mede bepalend voor de al dan niet overdracht aan de opvolgende overheid van de in betwisting zijnde schuld of schuldvordering. Het betekent immers dat de rechtsopvolger als procespartij de procedurele gevolgen per geval zal dragen, naarmate de rechtsvoorganger als procespartij zijn belangen voordien heeft behartigd.

Indien een vermeende schuld opgeëist werd van de voorgaande overheid die volgens de verbintenisrechtelijke opvolging virtueel overgedragen wordt en door dezelfde overheid in rechte amper of niet betwist werd, dan loopt de opvolgende overheid de kans zich niet meer in rechte te kunnen verdedigen, ook al diende het geding zich ten gronde zeer gunstig aan, zodat de schuld hoegenaamd niet zeker rechte verschuldigd was. Indien een vordering ingesteld werd door de voorgaande overheid die verbintenisrechtelijk virtueel overgedragen wordt en die door dezelfde overheid amper met passende middelen opgeëist werd, dan dreigt de opvolgende overheid als meest gereede partij in rechte niet meer te kunnen optreden, hoewel het geding zich ten gronde zeer gunstig aandienende, dermate dat de vordering met zekerheid vaststond.

6. Het burgerlijk procesrecht regelt de opvolging tussen overheden ingevolge een bevoegdheids- en verbintenissenoverdracht niet ⁶. De toepassing van artikel 705 Ger. W., dat

⁵ G. VAN DIEVOET, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Leuven, 1975, 46-47; artt. 17 en 18, Ger. W.

⁶ N.a.v. de wet van 5 maart 1984 betreffende de lasten en de saldi van het verleden besliste de Vlaamse Executieve op 13 juni 1984, bevestigd op 25 april 1985, dat elke vorm van procesrechtelijke opvolging moet worden geregeld bij wet en dat anders de bepalingen van het gemeene procesrecht gelden, wat het geval zou zijn met de wet van 5 maart 1984; het Hof van Cassatie heeft evenmin enige bijzondere regeling ter zake in deze wet vastgesteld: het hoger beroep tegen het Vlaamse Gewest gericht, dat geen procespartij was in eerste aanleg, was niet ontvankelijk, zelfs al heeft het Gewest het geding vrijwillig hervat (Cass., 31 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, 2504, met noot).

³ *Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 635/17, pp. 33, 40-41 en 155-156.

⁴ *Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 635/17, p. 175.

de indeplaatsstelling tussen nationale ministers regelt, moet uitgesloten worden. Bij de rechtsopvolging tussen twee rechtssubjecten gaat het niet om een vervanging van vertegenwoordigers of organen van hetzelfde rechtssubject. De hervatting van geding (artt. 815-819 Ger. W.) betreft «het overlijden van een partij, haar verandering van staat of de wijziging van de hoedanigheid waarin zij is opgetreden» (art. 815 Ger. W.) Deze bepaling blijkt evenmin geschikt te zijn om de opvolging tussen twee autonome overheden in de procesvoering te verzekeren: deze rechtsfiguur geldt immers als middel om enkele incidenten bij privaatrechtelijke rechtssubjecten op te vangen, zoals het overlijden en de ontvoogding van fysieke personen en de wijziging van een vennootschapsvorm.

In deze aangelegenheid gaat het om een uitzonderlijke en bijzondere opvolging. Allereerst kan er geen sprake zijn van een verandering van staat of wijziging van hoedanigheid aan de zijde van de Belgische Staat. De overdracht van bevoegdheden van de Staat naar de Gemeenschappen en de Gewesten heeft de aard van het rechtssubject dat de Staat als rechtspersoon is, niet gewijzigd. Hoewel hij enkele bevoegdheden aan deelgebieden afstaat, behoudt de Staat zijn statuut gekenmerkt door interne en externe soevereiniteit.

Bovendien stelt men vast dat, indien men de rechtsfiguur van de hervatting van het rechtsgeding toch zou willen toepassen, de kennisgeving aan het betrokken rechtscollege, dat kenmerkend is voor deze rechtsfiguur, juridisch niet mogelijk is. Zulk een kennisgeving veronderstelt immers een gemis van kennis *de iure*. De vermeende verandering van staat of wijziging van hoedanigheid is echter sinds 1980 grondwettelijk en wettelijk vastgelegd... Bijgevolg dient men tot de constitutieve aard van een eventuele regeling bij wet te besluiten.

III. De regeling vervat in de financieringswet

7. Zoals in artikel 1, vierde en laatste lid, van de wet van 5 maart 1984, wordt in artikel 61, § 1, eerste alinea, *in fine*, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 bepaald dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit hangende en toekomstige rechtsgedingen door de Gewesten en Gemeenschappen eveneens worden overgenomen. De Raad van State achtte zulk een bepaling in de wet van 5 maart 1984 overbodig ⁷.

In 1984 bleef de Regering op haar standpunt: «Omwille van de rechtszekerheid (zie bv. de divergerende rechtspraak ter zake) acht de Regering een bepaling betreffende rechtsopvolging in rechtsgedingen niet overbodig. Deze beslissing doet nochtans geen afbreuk aan de *rechterlijke beslissingen*, die, *op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet, definitief zijn* geworden, en die, welke ook de beslissingen *wzen, moeten uitgevoerd worden*. Zij heeft alleen betrekking op de rechtsgedingen, die, *op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet, nog hangende zijn* — dit wil zeggen dat *nog geen definitief geworden rechterlijke beslissing in die gedingen is tussengekomen* — en vanzelfsprekend eveneens op alle latere rechtsgedingen» ⁸. De op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet definitief geworden rechterlijke be-

slissingen moeten worden uitgevoerd, welke ook die beslissingen zijn; de wet van 5 maart 1984 heeft enkel betrekking op de toekomstige rechtsgedingen en op die welke op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet nog hangende waren ⁹.

Als hangende rechtsgedingen worden beschouwd die waarvoor «nog geen definitief geworden rechterlijke beslissing in die gedingen is tussengekomen». Dit zijn dus alle rechtsgedingen waarvoor geen vonnis of arrest uitgesproken werd dat niet meer te bestrijden was vóór 31 maart 1984; in de bedoelde gedingen kan dus nog gebruik gemaakt worden van de rechtsmiddelen verzet, hoger beroep of cassatieberoep.

Op grond van de ontstaansgeschiedenis van de grondwettelijke en wettelijke bepalingen in verband met de Staatshervorming moet men concluderen dat de bedoeling van de wetgever dezelfde is in beide wetten. Er zijn bovendien geen tegenstrijdige verklaringen of handelingen te vinden in de voorbereidende teksten van beide wetten.

De memorie van toelichting vermeldt in verband met art. 56, § 1 (later art. 61): «Dit artikel regelt de rechtsopvolging van de Gemeenschappen en de Gewesten in het actief en passief vermogen van de Staat, in de mate dat dit probleem niet wordt geregeld door specifieke bepalingen: wat bijvoorbeeld het geval is in de artikelen 69, § 1, 51 en 52. Paragraaf 1 betreft de opvolging inzake de bevoegdheden die aan de Gemeenschappen en de Gewesten door de wet van 8 augustus 1988 werden toegewezen. De Gemeenschappen en Gewesten nemen de rechten en de verplichtingen van de Staat over die betrekking hebben op die bevoegdheden» ¹⁰.

Het verslag namens de betrokken commissie van de Kamer duidt eveneens erop dat art. 56 (61), § 1, een verbintenisrechtelijke opvolging, althans in het eerste lid, bedoelt ¹¹. Het is niet anders in het verslag namens de bevoegde commissies van de *Senaat* ¹².

8. Artikel 61, § 1, van de wet van 16 januari 1989 bevat evenwel deze laatste zin: «In geval van geschil kan de Ge-

⁹ Verklaring van J.L. DEHAENE, minister van Institutionele Hervormingen, tijdens de commissievergaderingen over de wet van 5 maart 1984: *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 834/12, 76-77; bevestigd door de eerste minister: *Parl. Hand., Kamer*, 1984-85, 28 februari 1985, p. 1888.

¹⁰ *Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 635/1, p. 44.

¹¹ «De Heer L. Michel verwijst naar § 1 waarin bepaald wordt dat de Gemeenschappen en Gewesten de rechten en verplichtingen in verband met de hangende en toekomstige gerechtelijke procedures zullen overnemen. De datum van het vonnis is derhalve van beslissend belang. Als men de rechten en verplichtingen van de Staat door de Gemeenschappen wil laten overnemen, volstaat het de procedures te laten aanslepen» (*Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 635/18, p. 589).

¹² «Een lid is van oordeel dat de betwiste interpretatie tijdens de algemene bespreking het gevolg was van een uitdrukking die door de Minister op weinig gelukkige wijze werd gebruikt in zijn inleidende verklaring. Artikel 61 voert geen andere regeling in dan de wet van 1980 en voorziet alleen in de overheveling van de activa en passiva, zoals artikel 1 van de wet van 5 maart 1984, met de uitzonderingen in artikel 2. Spreker zou dan ook genoeg nemen met de toelichting dat alle betrokken begrotingen bedoeld zijn in het derde lid (instemming van de Staatssecretaris)» (*Parl. St., Senaat*, 1988-89, nr. 562/2, p. 219).

⁷ *Parl. St., Kamer*, 1982-83, nr. 163/1, p. 6.

⁸ *Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 834/1, p. 2.

meenschap of het Gewest steeds de Staat bij de zaak betrekken en kan laatstgenoemde steeds in de zaak tussenkomen.»

Deze bepaling wordt enkel in de memorie van toelichting verduidelijkt: «De rechten en verplichtingen bedoeld onder § 1, met inbegrip van de verplichtingen die ten laste blijven van de Staat, omvatten de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit hangende en toekomstige gerechtelijke procedures. Daarom bleek het opportuun om af te wijken van artikel 814 van het Gerechtelijk Wetboek door de gedwongen of vrijwillige tussenkomst van de Staat voor alle gevallen toe te laten»¹³.

De bewoordingen van art. 61, § 1, *in fine*, van de wet van 16 januari 1989 laten over de procesrechtelijke draagwijdte van deze wetsbepaling geen twijfel bestaan. Bovendien refereert de memorie van toelichting aan het Gerechtelijk Wetboek, waarvan wordt afgeweken. Nergens in de voorbereidende teksten wordt nog enige aanvullende bespreking aan deze bepaling gewijd.

De plaats van deze alinea, hierboven *in extenso* geciteerd, *in de memorie van toelichting* is hierbij eveneens relevant: zij beëindigt de bespreking van artikel 61, § 1, nadat in de voorafgaande vijf alinea's van deze bespreking gehandeld werd over al de voorafgaande zeven leden van dit artikel, die de rechten en verplichtingen uit verbintenissen betreffen¹⁴.

Mocht deze alinea geen procesrechtelijke, maar een verbintenissenrechtelijke betekenis hebben gehad, dan diende zij geplaatst te worden op de vorige bladzijde (blz. 44) van de memorie of, nog beter, eenvoudig weggelaten te worden omdat zij overbodig zou zijn, gezien de tekst van de tweede en derde alinea aldaar.

Er is dus een wettelijke vorm van procesrechtelijke rechtsopvolging tussen de Staat en de Gemeenschappen of de Gewesten in de per 1 januari 1989 hangende rechtsgedingen¹⁵. Zulk een opvolgingsregeling drong zich op.

9. De voorgaande overheid zal vermoedelijk ten gevolge van de verbintenissenrechtelijke overdracht geen belang meer hebben in het lopende rechtsgeding. Toch is het mogelijk dat zij deze overdracht betwist: de Staat kan blijk geven van een belang om de overdracht van een recht of een schuldverdring te bestrijden.

Het is evenmin ondenkbaar dat de opvolgende overheid de overname van een last betwist: de Gemeenschap en het Gewest hebben er belang bij de overdracht van een verplichting te weerleggen.

¹³ *Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 635/1, p. 45. Artikel 814, Ger. W. luidt als volgt: «Tussenkomst mag de berechting van de hoofdvordering niet vertragen» (Cass., 19 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 976, *Pas.*, 1979, I, 1973).

¹⁴ *Parl. St., ibidem*, p. 44-45.

¹⁵ Cass., 4 mei 1990, 1e Kamer: het cassatieberoep ingesteld door het Vlaamse Gewest tegen het arrest op 27 april 1989 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel tegen de Belgische Staat, is niet ontvankelijk o.m. omdat «eiser (het Gewest) niet aantoonde dat, *nadat* het arrest was gewezen, het Vlaamse Gewest in de rechten en verplichtingen van de Belgische Staat is getreden» (onuitgegeven); Cass., 4 oktober 1990, 1e kamer: het beroep van een derde tegen het arrest op 9 januari 1989 gewezen ten opzichte van de Staat, wordt terecht gericht tegen het Vlaamse Gewest dat van rechtswege in de plaats is getreden van de Belgische Staat, overeenkomstig art. 61, § 1, eerste lid.

Meteen rijst echter de vraag of de procesrechtelijke opvolgingsregeling geldt voor *alle* op 1 januari 1989 hangende rechtsgedingen of enkel voor die hangende gedingen waarvan het onderwerp rechten of verplichtingen zijn die overgenomen worden door de Gewesten en Gemeenschappen. Anders gezegd: is de procesrechtelijke rechtsopvolging absoluut of geldt ze enkel voor zover er een verbintenissenrechtelijke rechtsopvolging is, zodanig dat die overheid procespartij blijft (Staat) of wordt (Gewest of Gemeenschap) die houder blijft, respectievelijk wordt van het betrokken recht of de verplichting in kwestie?

Men meent voldoende juridische redenen, gepaard aan een verantwoording voor de juridische praxis of rechtsbedeling, te vinden om het standpunt te verdedigen dat de procesrechtelijke opvolging tussen de Staat enerzijds en de Gewesten en de Gemeenschappen anderzijds geldt voor *alle* op 1 januari 1989 hangende rechtsgedingen, zelfs voor de gedingen die een recht of een verplichting tot voorwerp hebben waarvan de niet-overname en dus de aanspraak respectievelijk de gehoudenheid door de Staat blijft bestaan of zou blijven bestaan op grond van de verbintenissenrechtelijke opvolgingsregeling, vastgelegd in artikel 57, § 5, en in artikel 61, § 1, eerste tot zesde lid, van de wet van 16 januari 1989.

Alvorens de draagwijdte van deze opvolging in de procesvoering te achterhalen via de analyse van de laatste zin van artikel 61, § 1, moet uiteraard opgemerkt worden dat het hieronder uiteengezette standpunt als paradoxaal ervaren wordt. Het is *prima facie* vanzelfsprekend, dat enige procesrechtelijke opvolging slechts zinvol is in de mate waarin er een verbintenissenrechtelijke opvolging mee gepaard gaat in deze hangende rechtsgedingen.

Men kan zich afvragen waarom de Staat in een rechtsgeding als eisende of verwerende procespartij door het Gewest of de Gemeenschap vervangen moet worden, als de Staat toch de houder blijft van het recht of de verplichting, onderwerp van dat rechtsgeding. Dit lijkt een nodeloze verstoring van de rechtspleging te zijn.

10. Een onderzoek van de hele regeling van de rechtsopvolging of overname van rechten en verplichtingen «uit het verleden» (d.w.z. ontstaan vóór 1 januari 1989), al dan niet in betwisting *in foro*, leidt nochtans tot de conclusie dat de *ratio legis* volkomen in overeenstemming is met het hierboven geuite verantwoordelijkheidsbesef ten opzichte van de rechtspleging en rechtsbedeling.

Zoals hierboven al is opgemerkt, mag men er immers redelijkerwijze van uitgaan dat een aantal rechten en verplichtingen inzake verbintenissen tot betwisting tussen de Staat enerzijds en het Gewest of de Gemeenschap anderzijds aanleiding zal geven nopens de vraag wie van beide de schuldeiser respectievelijk de schuldenaar is. De uitzondering op de overname van verbintenissen, met betrekking tot de overgedragen goederen (art. 57, § 5, tweede lid) en de reeks uitzonderingen op de overname van verbintenissen over 't algemeen (art. 61, § 1, tweede tot en met zesde lid) zullen ongetwijfeld hiertoe aanleiding geven. De toepassing van de wet van 5 maart 1984 heeft dit reeds aangetoond.

Het standpunt huldigen dat de procesrechtelijke opvolging afhankelijk is van de verbintenissenrechtelijke opvolging, heeft dan tot gevolg dat de hangende procesvoeringen waarvan de in betwisting met derden zijnde rechten en verplichtingen aanleiding geven tot een geschil over een recht of een verplichting tussen de genoemde overheden, voor onbepaal-

de tijd geen doorgang meer kunnen vinden. De overheden zouden immers onderling moeten uitmaken wie verbintenisrechtelijk gehouden is, om daaruit af te leiden wie van beide als procespartij (verder) zal optreden. De tegenpartijen en de rechtscollages zouden dan geduld moeten oefenen...

Het hoeft geen betoog dat in deze hypothese de rechtsbedeling grondig verstoord zal worden. De kans is reëel dat in een aantal gevallen de Staat en het Gewest of de Gemeenschap het niet vlug eens zullen worden wie van beide houder is van het recht of de verplichting. Zulk een toestand van onbeperkte schorsing van de procesvoering of rechtspleging vindt geen steun in het recht, maar betekent integendeel een schending van het beginsel van het recht op rechtsbedeling. Wat de gevolgen van zulk een situatie betreft, ligt het voor de hand dat rechten zowel van de overheid als van derden geschonden kunnen worden: indien de betwisting een schuldvordering van de overheid betreft, dreigt de inning ervan misschien onmogelijk te worden door het insolvent worden van de schuldenaar, en als het om een verplichting gaat, dreigt de derde als meest gereede partij het rechtscollage dat zich niet aan rechtsweigeren schuldig mag maken, tot een verstekvonnis of ten minste tot een ongunstig vonnis bij gebrek aan voldoende verdediging van de overheid (of overheden) te verplichten. De conclusie is dat de wetgever met deze (paradoxe) regeling de degelijke rechtspleging juist heeft willen beschermen.

11. De algemene draagwijdte van de procesrechtelijke opvolging van de aanduiding van de hangende gedingen betreft, blijkt uit de wettekst zelf en uit de memorie van toelichting.

De enige zin van artikel 57, § 7, en de laatste zin van artikel 61, § 1, zijn in dit opzicht onbeperkt. Beide zinnen worden gelijkelijk aangevat met de Nederlandse woorden «In geval van geschil» (art. 61) en «Indien er een geschil rijst» (art. 57) en telkens met de Franse woorden «En cas de litige». Dat de Nederlandse term «geschil» tot de betekenis van «litige» verengd moet worden, kan afgeleid worden uit de overige bewoordingen van deze wetsbepalingen. In beide artikelen gebruikt men de gelijklopende Nederlandse en Franse woorden «cause» en «zaak» en «intervenir» en «tussenkomen», wat op procesvoering zonder enige uitzondering duidt.

De laatste twijfel wordt weggenomen met de twee passages, de ene al duidelijker dan de andere, in de memorie van toelichting. Aldus vermeldt de memorie voor het ontwerp van artikel 57 (toen nog 52), § 7, dat ongewijzigd goedgekeurd werd: «Paragraaf 7 wijkt af van artikel 841 (lees: 814, cf. Franse tekst) van het Gerechtelijk Wetboek, omdat de vrijwillige of verplichte tussenkomst van de Staat in alle gevallen moet mogelijk zijn en aangezien deze laatste gebonden blijft door bepaalde verplichtingen»¹⁶. De toelichting voor artikel 61 (art. 56 van het ontwerp), § 1, laatste lid, is in dezelfde zin: «De rechten en verplichtingen bedoeld onder § 1, met inbegrip van de verplichtingen die ten laste blijven van de Staat, omvatten de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit hangende en toekomstige gerechtelijke procedures. Daarom bleek het opportuun om af te wijken van artikel 814 van het Gerechtelijk Wetboek door de gedwon-

gen of vrijwillige tussenkomst van de Staat voor alle gevallen toe te laten.»

De memorie van toelichting bevestigt dus de wettekst: voor *alle* per 1 januari 1989 hangende rechtsgedingen geldt de *procesrechtelijke opvolging tussen de Staat (en geen andere rechtspersoon) en het Gewest of de Gemeenschap*, naar gelang van de aard van het onderwerp met de soort bevoegdheid als criterium. Het is evident dat het onderwerp van het geding moet passen in het kader van de bij de wet van 8 augustus 1988 overgedragen bevoegdheden.

12. De volgende vraag betreft *de inhoud en de voorwaarden van de procesrechtelijke opvolging*. De laatste zin van art. 61, § 1, geeft hierop het antwoord, samen met de rest van de paragraaf en de bondige memorie van toelichting¹⁷.

Deze laatste zin van art. 61, § 1, moet betekenen dat de betrokken Gemeenschap of het betrokken Gewest procespartij geworden is én dat de Staat geen procespartij meer is, omdat de Gemeenschap of het Gewest steeds de Staat in het geding kunnen *brenge*n en deze laatste steeds in elk van deze gedingen kan *treden*, telkens via de rechtsfiguur van de tussenkomst. Een ander gevolg kan aan deze wetsbepaling niet gegeven worden dan dat de Staat in alle per 1 januari 1989 hangende rechtsgedingen als procespartij *vervangen* wordt door de Gemeenschap óf het Gewest, naargelang wie van beide de bevoegdheid, betrokken bij het onderwerp van het geding, voortaan uitoefent. Deze vervanging niet aanvaarden leidt tot de gehele of gedeeltelijke zinloosheid van de bepaling. Welnu, de wetgever wordt geacht uitsluitend zijn wil te uiten in de mate waarin die toepassing vindt of kan vinden.

De vervanging als procespartij van de ene overheid door de andere kan niet gelijkstaan met een hervatting van geding (art. 815 e.v. Ger. W.). De aard van de hervatting als procedure-incident werd reeds omschreven. Deze rechtsfiguur veronderstelt bovendien een handeling van een belanghebbende bij akte van kennisgeving of dagvaarding. Deze vervanging is evenwel bij wet dwingend opgelegd¹⁸.

Betekent de vervanging dan hetzelfde als een substitutie of indeplaatsstelling? Hiermee wordt uiteraard niet de indeplaatsstelling van de ene door de andere minister bedoeld, zoals bepaald in art. 705, Ger. W.: hierboven is reeds opgemerkt dat deze wetsbepaling enkel de opvolging tussen verschillende organen van dezelfde rechtspersoon die de Staat is, regelt. Dit is niet het geval met de eventuele opvolging tussen de Staat enerzijds en de Gemeenschap of het Gewest als afzonderlijke rechtspersoon anderzijds.

De substitutie tussen de vermelde overheden in de hoedanigheid van procespartij zou volledig kunnen zijn en in voorkomend geval zowel de opvolging in de stand van de procedure qua gezag van gewijsde als die betreffende de proceshandelingen inhouden. Hoewel een dergelijke algemene indeplaatsstelling niet als de minst aannemelijke van de verscheidene hypothesen mag worden beschouwd, moet deze interpretatie aan de wettekst en aan zijn voorbereiding getoetst worden.

13. De wetsbepaling van art. 61, § 1, laatste lid, brengt hierover geen duidelijkheid, maar opmerkelijk is wel dat in deze bepaling, alsook in het nagenoeg gelijklopende art. 57,

¹⁶ Parl. St., Kamer, 1988-89, nr. 685/1, p. 43.

¹⁷ Parl. St., Kamer, 1988-89, nr. 635/1, p. 45.

¹⁸ Rb. Hasselt, 11e Kamer, 4 december 1989 (onuitgegeven).

§ 7, het woord «steeds» een- of tweemaal gebruikt wordt. Dit lijkt erop te wijzen dat de wetgever alleszins de stand qua gewijsde van elk hangend geding op de datum van de eventuele overdracht, nl. 1 januari 1989, bedoeld heeft.

De bondige passus in de memorie van toelichting bevestigt dit vermoeden¹⁹. De opvolging in de stand qua gewijsde blijkt uit de verwijzing naar de rechtsfiguur van de tussenkomst en de uitdrukkelijke verklaring dat dit proceduremiddel, in afwijking van het gemene procesrecht (art. 814, Ger. W.), in «alle gevallen» toegelaten is. Impliciet maar duidelijk heeft de wetgever gewild dat deze gedingen worden voortgezet door de opvolgende overheid, de Gemeenschap of het Gewest, met dien verstande dat de voorgaande overheid, de Staat, in elk van deze gedingen, dus ongeacht hun stand, opnieuw als procespartij kan optreden.

Indien men de voortzetting van de hangende gedingen met de Gemeenschap of het Gewest in vervanging van de Staat zou verwerpen, dan verliest de wetsbepaling immers elke betekenis. Voor de vanaf 1 januari 1989 ingeleide en dus als «nieuw» te beschouwen gedingen zou deze bepaling overbodig zijn, omdat het gemene procesrecht de rechtsfiguur van de tussenkomst ter beschikking stelt van alle reeds betrokken procespartijen en van alle derde belanghebbenden.

Meteen zou de memorie van toelichting evenzeer zinloos worden: er zou om dezelfde reden helemaal geen afwijking van het procesrecht noodzakelijk zijn en verantwoord moeten worden, daar een «nieuw» geding uiteraard in eerste aanleg ingeleid wordt en bijgevolg een vrijwillige of gedwongen tussenkomst, zelfs van agressieve aard, telkens toegestaan is (art. 812 Ger. W.)²⁰.

De procesrechtelijke opvolging heeft dus tot gevolg dat de stand van elk hangend geding, zoals die op 1 januari 1989 bestond, kan worden tegengeworpen aan de Gemeenschap of het Gewest. Hiermee wordt *het gezag van gewijsde* in deze gedingen bedoeld: elk tussenvonnis, eindvonnis, tussenarrest of eindarrest dat vóór 1 januari 1989 gewezen en niet definitief geworden is, kan in zijn bestaan en geldingskracht aan de opvolgende overheid worden tegengeworpen. Zelfs indien er eveneens kracht van gewijsde is, zijn dergelijke uitspraken door de Gemeenschap of het Gewest nog met een gewoon rechtsmiddel of een cassatieberoep te bestrijden. Dit betekent evenwel niet dat ze door een van deze opvolgende overheden eventueel ten uitvoer gelegd moeten/mogen worden. Een vonnis uitvoerbaar bij voorraad of een arrest, nog met een gewoon rechtsmiddel of met een cassatieberoep bestreden of althans hiervoor nog vatbaar, moet of mag eventueel en onder voorbehoud door de Staat ten uitvoer gelegd worden, zoals hierboven nopens de verbintenissenrechtelijke opvolging reeds is gesteld; de vaststaande of opeisbare schulden en schuldvorderingen blijven voorlopig of definitief, naar gelang van het geval, in de persoon van de Staat bestaan.

¹⁹ Zie voetnoot 13.

²⁰ Art. 812, tweede lid, Ger. W. luidt als volgt: «Tussenkomst tot het verkrijgen van een veroordeling kan niet voor de eerste maal plaatsvinden in hoger beroep». De reden van deze bepaling is evident: in geval van veroordeling zou de tussenkomende partij in beroep een (eerste) aanleg verliezen (A. LEPAIGE, *Handboek van Gerrechtelijk Recht*, IV, *Rechtsmiddelen*, 1973, 95).

Anders uitgedrukt, de Gemeenschap of het Gewest dient de grenzen van elk per 1 januari 1989 hangend rechtsgeding te aanvaarden, zoals ze op die datum afgebakend zijn. Wat onder het gezag van gewijsde valt, moet voorlopig, met gebruik van een gewoon rechtsmiddel of een cassatieberoep, erkend worden. Dit sluit de verdere verdediging in rechte door de opvolgende overheid dus niet uit.

14. De Gemeenschap of het Gewest vervangt *van rechtswege* de Staat vóór het op dezelfde datum geadieerde rechtscollege dat recht spreekt in eerste of tweede aanleg en dat in voorkomend geval samen met de procespartijen, waaronder de opvolgende overheid, gebonden is aan de met gezag van gewijsde beklede uitspraken met toepassing van het gemene procesrecht (artt. 23-28 Ger. W.).

Wegens de constitutieve aard van de procesrechtelijke opvolging in de wet van 16 januari 1989 bepaald en de verklaring in de memorie van toelichting, waarbij verwezen wordt naar de afwijking van artikel 814 Ger. W., «de tussenkomst mag de berechting van de hoofdvordering niet vertragen», kan nog opgemerkt worden dat het gebruik van de rechtsfiguur van *de tussenkomst* slechts op initiatief van een belanghebbende partij mogelijk blijft. Het staat aan de Gemeenschap of het Gewest en aan hun tegenpartij te beoordelen of zij de Staat uitnodigen vrijwillig tussen te komen of hem desnoods te dwingen tot tussenkomst; de Staat weegt dan zijn belang af om vrijwillig tussen te komen. In geval van tussenkomst dient deze te gebeuren in de vormen bij art. 813 Ger. W. bepaald. De constitutieve wettekst van art. 61, § 1, laatste lid, staat evenmin een ruimere afwijking van het gemene procesrecht toe, wat de agressieve tussenkomst in hoger beroep betreft (art. 813, tweede lid, Ger. W.). Enkel de betrokken overheden, de Gemeenschap of het Gewest enerzijds en de Staat anderzijds, kunnen hiervan gebruik maken²¹. Het is niet aan andere rechtssubjecten toegestaan.

Om dezelfde redenen, de constitutieve aard met afwijking van het gemene procesrecht en de uitleg van deze wetsbepaling in de memorie van toelichting, lijkt het evenmin verantwoord de vervanging van de Staat door de Gemeenschap of het Gewest ook ten opzichte van de proceshandelingen en de onderzoeksverrichtingen volledig te laten gelden.

Overeenkomstig art. 812, eerste lid, Ger. W., mag een eventuele tussenkomst niet tot gevolg hebben dat reeds eerder bevolen *onderzoeksverrichtingen* afbreuk doen aan het recht van verdediging. De bescherming van het recht van verdediging is een algemeen rechtsbeginsel in het Belgisch burgerlijk procesrecht, waarvan dit artikel een van de vele wettelijke uitdrukkingen is²². De rechter oordeelt of deze rechten geschonden zijn. Indien de omstandigheden hem hiertoe doen besluiten, zal het deskundigenverslag nietig verklaard worden of althans aangevuld moeten worden met een tweede onderzoek.

Hoewel de opvolgende overheid niet als tussenkomende partij kan worden beschouwd wegens de vervanging van rechtswege, blijkt zij niettemin een ander rechtssubject te

²¹ Dit kan namelijk leiden tot een vertraging in de behandeling van de hoofdvordering, in strijd met art. 814 Ger. W.

²² Cass., 3 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 821, *Pas.*, 1980, I, 812, m.b.t. een gedwongen tussenkomst na een deskundig onderzoek; G. VAN DIEVOET, o.c., 153.

zijn dat in zulke gedingen alsnog zijn eigen belangen niet heeft kunnen behartigen. Mocht de opvolgende overheid van mening zijn dat het recht van verdediging tijdens het deskundigenonderzoek werd geschaad, dan kan zij de rechter verzoeken deze expertise geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren en ze in voorkomend geval te laten vervangen, wijzigen of aanvullen door een nieuw onderzoek. Dit lijkt immers mogelijk te zijn, zelfs indien de Staat als voorgaande overheid een dergelijke exceptie niet of niet te gelegener tijd heeft opgeworpen, aangezien de wetgever met zijn verwijzing naar art. 814 Ger. W. en de eventuele vertraging in de hangende procedures, een dergelijk gevolg van de vervanging van rechtswege van de ene overheid door de andere heeft onderkend en toegestaan.

15. Wat de *proceshandelingen* betreft, is het gemis van enige overdracht aannemelijk. Het Gewest of de Gemeenschap vervangt de Staat weliswaar als procespartij voor het verdere verloop van het hangende geding, maar dit gebeurt telkens met het volgende voorbehoud: overeenkomstig art. 61, § 1, *in fine*, kan de Staat opnieuw, vrijwillig of gedwongen, betrokken worden in deze gedingen, zodat de beide overheden naast elkaar als procespartij optreden.

Het rechtssubject dat de nationale overheid is, verdwijnt dus ingevolge de wettelijke bepaling uit de bedoelde rechtsgedingen om later eventueel erin terug te keren, hetzij in eerste aanleg, hetzij in hoger beroep. Het lijkt alzo logisch en billijk dat de Staat in dergelijke gevallen voor zijn eigen proceshandelingen, ook die vóór de vervanging van rechtswege gesteld, verantwoordelijk is.

Zulk een standpunt beperkt terecht de draagwijdte van de wetbepaling als afwijking op het gemene procesrecht: de vroegere procespartij, de Staat, heeft bepaalde proceshandelingen verricht, waarvan de baten en de lasten slechts hem toevallen, indien de nationale overheid in dergelijke gedingen opnieuw verschijnt. De procesrechtelijke opvolging impliciet vervat in art. 61, § 1, laatste lid, staat o.i. geen ruimere interpretatie toe dan de tegenwerpbaarheid van het gezag van gewijsde in elk geding, zoals hierboven omschreven.

Een uitzondering op een algemene regel dient steeds restrictief uitgelegd te worden. Een procesrechtelijk voorbeeld hiervan is het afwijkend beding tussen partijen betreffende de bevoegdheid *ratione loci* van een rechtscollège: zulk een in algemene bewoordingen gestelde clausule kan niet worden ingeroepen om de toepassing van artikel 634, Ger. W. te voorkomen²³.

Bijgevolg is het juridisch verantwoord de reikwijdte van de procesrechtelijke opvolging die een uitzondering op, een afwijking van het gewone procesrecht betekent, te beperken tot de tegenwerpbaarheid van de stand van het geding, al dan niet met een gezag van gewijsde. Bovendien zou de overdracht van de proceshandelingen tot paradoxale situaties leiden waarin de opvolgende overheid ervoor verantwoorde-lijk is, hoewel de Staat, opnieuw in het geding betrokken, ze verricht heeft, zodat deze laatste als een volkomen nieuwe procespartij optreedt, zelfs in hoger beroep.

16. Om af te sluiten wordt nog gewezen op de overgangsbepaling die opgenomen is in artikel 81.

Omdat de bekendmaking van deze wet nà de inwerking-treding op 1 januari 1989 gebeurde, dient men eventueel een beroep te doen op artikel 81 van de financieringswet. Ingebrekestellingen en dagvaardingen die in de hierboven ver-melde periode zouden zijn betekend door organen van de Staat, hoewel het om rechten zou gaan die worden overge-dragen aan de Gemeenschappen of Gewesten, dienen dus als rechtsgeldig beschouwd te worden, nl. als handelingen in rechte verricht door deze rechtsopvolgers.

Analoog met deze wetbepaling dient men dezelfde hou-ding aan te nemen tegenover de rechtssubjecten die vóór de bekendmaking van de wet van 16 januari 1989 een gelijk-soortige handeling hebben verricht: in geval van betekening aan de Staat in plaats van aan een zijner rechtsopvolgers naar gelang van de verbinteniserightelijke opvolging, dient men deze handeling als rechtsgeldig te beschouwen. De be-langhebbenden waren immers pas vanaf 17 januari 1989, de datum van de bekendmaking, *de iure* in kennis gesteld van deze wet en dus van de verbinteniserightelijke opvolging.

Besluit

17. In tegenstelling tot de staatshervorming van 1980 heeft de wetgever naar aanleiding van de erop volgende her-vorming der instellingen gelijktijdig met de toewijzing van bevoegdheden en werkmiddelen (de wet van 8 augustus 1988), de overdracht bepaald van de verbintenissen, rechten en verplichtingen, ontstaan vóór de inwerkingtreding van die toewijzing, nl. 1 januari 1989.

De bijzondere wetgever maakte terecht *onderscheid* tus-sen de nieuwe bevoegdheidsverdeling ten opzichte van de grondwettelijke overheidsinstellingen enerzijds en de verde-ling van de bestaande (of vermeende) verbintenissen ander-zijds. Hij heeft voor deze verbintenissen nauwkeurig de res-pectieve baten en lasten van de Belgische Staat, de Gewes-ten en de Gemeenschappen omschreven.

De bijzondere wet van 16 januari 1989 verstrekt aan de rechtzoekenden een rechtszekerheid op dit vlak, die lange tijd ontbrak na de vorige staatshervorming. Dit geheel van normen betreffende zulke verbintenissen is het materieel wettelijk aspect van deze wet, dat voor de geadministreerden rechtstreekse gevolgen heeft.

18. De *verbintenissen* die in de regeling van de overdracht of de zgn. rechtsopvolging bedoeld worden, zijn *van burger-lijke aard*. De rechten en verplichtingen die inherent zijn aan de bevoegdheidsuitoefening zijn immers vervat in de be-voegdheidstoewijzing aan de Gewesten en de Gemeen-schappen. Aldus treden deze overheden in de plaats van de nationale overheid in de penale en de administratieve pro-cedures.

Het zou overbodig zijn de verbintenissen die hiermee dwingend verbonden zijn ingevolge het *ius imperii* of de een-zijdige machtsuitoefening als dusdanig, in het wettelijk nor-menstelsel van de rechtsopvolging op te nemen. Ze zijn im-mers wegens hun aard reeds impliciet vervat in de wettelijke bepalingen nopens de bevoegdheidsoverdracht.

19. Deze wettelijke regeling is ongetwijfeld zeer *verschei-den* en vergt bij elke toepassing ervan een grondig onderzoek van de kenmerken der verbintenissen «uit het verleden». De wetgever heeft daarom in een administratieve regeling voor-zien die de overgang vlot zou moeten laten verlopen.

²³ A. FETTWEIS, *Handboek van Gerechtelijk Recht*, II, *Bevoegdheid*, 1971, 97.

Art. 61, § 1, zevende lid, bepaalt immers het volgende : «*De Staat bezorgt onverwijld aan de Gemeenschappen en de Gewesten, ieder wat hem betreft, de akten en bescheiden die de rechten en verplichtingen vermelden die door hen krachtens deze paragraaf worden overgenomen. Een inventaris van de verstrekte akten en documenten wordt opgemaakt en ondertekend door de bevoegde Minister of zijn afgevaardigde en door de bevoegde Executieve of haar afgevaardigde.*» Het is dus dwingend en noodzakelijk de bedoelde stukken over te zenden en de begeleidende inventaris aan de Executieven voor te leggen.

20. De procesrechtelijke opvolging geldt voor *alle* per 1 januari 1989 hangende (bodem-)gedingen, ongeacht de verbintenisrechtelijke regeling, precies omdat aldus de rechtspleging, die geen uitstel duldt, ongestoord doorgang kan vinden. Het debat betreffende de verbintenisrechtelijke opvolging kan in de loop van de procedure grondig gevoerd worden, naarmate de Gemeenschap of het Gewest te gelegener tijd de Staat tot tussenkomst uitnodigt of dwingt, respectievelijk de Staat tijdig vrijwillig tussenkomt, waarbij elke overheid geacht wordt haar belangen voldoende te behartigen.

Deze opvolging in de hangende procedures is beperkt tot *de stand* van deze rechtsgedingen. De proceshandelingen verricht door de Staat worden niet tegenwerpbaar aan de als procespartij opvolgende overheid. Deze vervangt enkel de voorgaande, de Staat, maar is voor het overige evenzeer te beschouwen als een *nieuwe partij*.

Hoewel er vertraging zal optreden in de hangende procedures, biedt men de voorgaande en de opvolgende over-

heid de gelegenheid steeds het debat te voeren over de verbintenisrechtelijke opvolging ; dus ook in de gedingen die op 1 januari 1989 reeds in hoger beroep aanhangig zijn. D.i. uiteindelijk voor de belanghebbende derden een gunstigere rechtspleging omdat zonder enige procedurele opvolgingsbepalingen het risico voor hen reëel blijft een nieuwe procedure te moeten inleiden tegen de Staat, nadat de Gemeenschap of het Gewest zou blijken niet gehouden te zijn tot een verplichting. Hetzelfde voordeel wordt aan de betrokken overheden verleend indien er een betwisting tussen hen bestaat over een (vermeend) overgedragen rechtsvoording. Dit gemis van legiferering heeft na de staatshervorming van 1980 geleid tot procesrechtelijke incidenten met de nadelige gevolgen, zoals nuttelose gerechtskosten en vertraging in de procesgang, voor de meest gereede partijen. De wet van 5 maart 1984 bevat geen procesrechtelijke regeling, zodat het algemeen procesrecht volledig van toepassing blijft.

Vele voorwaarden zijn vervuld opdat de overgang van de vorige bevoegdheidsverdeling in en krachtens de Grondwet naar de huidige weinig problemen zou veroorzaken, zowel voor de betrokken overheden als voor de belanghebbende derden. In ieder geval heeft de bijzondere wetgever een lovenswaardige inspanning hiervoor geleverd, waaruit een opmerkelijk resultaat in de wet als weerslag is voortgevloeid.

Herbert TOMBEUR
Rechtskundig adviseur
Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap

AFZEGGING VAN HET ARCHITECTENCONTRACT BETREFFENDE EEN VOLLEDIGE OPDRACHT

1. *Recht van afzegging.* Naar luid van art. 1794 B.W. kan de meester van het werk (de opdrachtgever) de aanneming tegen vaste prijs door zijn enkele wil verbreken, ook al is het werk reeds begonnen, onder de verplichting evenwel de aannemer schadeloos te stellen voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij de aanneming had kunnen winnen.

De eenzijdige verbreking van een contract is onbetwistbaar strijdig met de regels van het contractenrecht (art. 1134, tweede lid, B.W.).

In het vlak van de overeenkomst van aanneming van werk is nochtans de aanbesteder bevoegd het contract *ab libitum* te verbreken. Hij heeft daartoe het recht.

De verplichting tot schadeloosstelling is geen voorwaarde voor de geldigheid van de afzegging, maar vloeit daaruit voort. Deze bevoegdheid aan de zijde van de aanbesteder beantwoordt aan een maatschappelijke behoefte geen nutteloze of ongewenste werken te maken, of kosten voor de aanbesteder te besparen, of een eind te maken aan een vertrouwensrelatie wanneer het subjectieve vertrouwen niet meer bestaat. Alleen «le maître de l'ouvrage» kan daarover

oordelen ; daarom dient geen derde, geen rechter, hierin op te treden.

De verplichting aan de zijde van de opdrachtgever om de aannemer schadeloos te stellen, volgt uit zijn verzuim zijn *afnameverplichting* na te komen. De besteller van een werk die verklaart het werk niet te zullen aanvaarden (om hem persoonlijke redenen), stelt zich in gebreke. Dit verzuim verplicht hem tot schadeloosstelling van de wederpartij voor het geleden verlies en de gederfde winst.

De eenzijdige verbreking van de aanneming heeft dadelijk werking voor het vervolg.

2. De Belgische rechtsleer en rechtspraak erkennen algemeen dat de regel van art. 1794 B.W. niet alleen geldt inzake aanbesteding en aanneming van werk van stoffelijke aard, maar eveneens voor alle soorten van aannemingen, ook van intellectuele en artistieke aard, die naar hun voorwerp of naar de tijd bepaald zijn (Kluyskens, IV, nr. 354 ; De Page, IV, nr. 859 en 914 ; C. Paulus, *Aanneming*, nr. 56 e.v. ; Cass., 13 oktober 1910, *Pas.*, 1910, 443, J.C.Fl., 1911, 263 ; Cass., 4 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 2686, met noot, *Arr. Cass.*, 1980-81, 7, *Pas.*, 1981, I, 7, met conclusie E. Krings, *J.T.*,

1981, 91, *R.C.J.B.*, 523, met noot X. Dieux, «Observations sur l'article 1794 du Code civil et sur son champ d'application»; Cass., 16 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 752 met noot, *Pas.*, 1984, I, 629).

3. Hoewel de opdrachtgever het architectencontract *ad libitum* mag afzeggen, zich aldus mag ontslaan van zijn *afnameverplichting*, kan hij zich toch niet bevrijden van het overige gedeelte van zijn verbintenis, namelijk zijn betalingsverplichting. Hij moet de afgezegde schadeloos stellen, niet alleen voor zijn uitgaven en al zijn arbeid, maar ook voor alles wat hij bij deze opdracht had kunnen winnen. De verplichting tot betaling van schadeloosstelling is geen voorwaarde maar een gevolg van de eenzijdige verbreking van de architectenopdracht.

De verbreking werkt enkel voor het toekomstende (*ex nunc*).

4. Van verbreking of afzegging van een architectencontract kan slechts worden gesproken, wanneer een overeenkomst voor een volledige opdracht werd gesloten en de opdrachtgever het *werkelijk* eens was met het voorwerp en de omvang van de plans en bestekken, die de architect hem heeft laten ondertekenen. De werkelijkheid kan wel eens anders zijn dan hetgeen de geschriften uitwijzen. De bewijslast rust op de opdrachtgever die de inhoud van de (geschreven) opdracht betwist (Brussel, 23 juni 1988, *R.G.A.R.*, 1990, nr. 11.641: opdracht voor veranderingen aan een garage, bouwaanvraag voor appartementsgebouw; Luik, 15 maart 1989, *J.T.*, 1989, 565, met bespreking in *A plus*, nr. 51, januari 1990, door L. Heyvaert: vraag door gemeente aan verschillende architecten van een voorbereidende studie, zonder verbintenis).

5. In de praktijk wordt meestal aangenomen dat de overeenkomst voor een volledige architectenopdracht pas met de goedkeuring van het *voorontwerp* en de bijhorende kostenraming door de bouwwillige, is voltrokken, al is deze een architectencontract voor een volledige opdracht aangegaan (vgl. Bergen, 6 mei 1975, *Pas.*, 1976, II, 39). Pas op dat moment zou immers de bouwwillige kunnen oordelen of, naar zijn inzichten, de architect geslaagd is in zijn opzet, wat het programma, de bouwstijl, de keuze van materialen enz. betreft, en of de kostenraming binnen het bouwbudget blijft of draaglijk is.

Men mag zich evenwel niet laten misleiden door de benaming die partijen aan de stukken geven. Een zogenaamd *studieontwerp*, geschetst op grond van een definitief programma, met een kostenraming binnen de perken van de eerst aangegeven richtprijs of later aanvaarde raming, kan als een «voorontwerp» in bovenbedoelde zin, aangemerkt worden (P. Rigaux, *L'architecte*, nrs. 317 en 368 e.v.). Dit is een feitenkwestie.

De omstandigheid dat een *eerste studieontwerp* niet aan de verwachtingen van de opdrachtgever voldoet, betekent nog niet dat de architect te kort is geschoten in zijn ontwerpbequaamheid. Zelfs zo dit objectief het geval zou zijn, dan wetigt zulks nog niet de beëindiging van de opdracht. Rekening moet gehouden worden met de beroepsgebruiken. Volgens die gebruiken, zoals bepaald in art. 7 van de D.N. nr. 2, omvat het *honorariumpercentage* betreffende het voorontwerp het recht van de opdrachtgever, voor een zelfde terrein en een zelfde opdracht, desgewenst, op *drie schetsen*, al dan niet op schaal.

Het voorontwerp bestaat in de uitwerking van de *gekozen schets*, op schaal, 0,01 of kleiner (en binnen de perken van de kostenraming).

6. Kan de initiatiefnemer aan wie drie studieontwerpen zijn voorgelegd, niet beslissen, dan is het voorwerp van de architectenovereenkomst niet bepaald geraakt. Gesteld dat de architect naar behoren heeft gepresteerd, dan dient hij voor zijn adviezen en werkzaamheden naar billijkheid te worden gehonoreerd.

Laat de initiatiefnemer de architect aan het voorontwerp beginnen, dan betekent dit dat voor hem het voorwerp van de opdracht voldoende bepaald is. Wenst hij geen definitief ontwerp en geen bijstand meer van zijn architect, dan is hij het procentueel honorarium op het voorontwerp verschuldigd, plus de *verbrekingsvergoeding* over het afgezegde gedeelte van de opdracht.

7. Voor de verbreking van de opdracht zijn geen pleegvormen vereist, en uiteraard geen redenen: de opdrachtgever beslist *als meester* van de opdracht, naar zijn goedvinden. Geen rechter kan zich dan ook in de plaats van de opdrachtgever stellen.

De afzegging van de opdracht kan uit het blijven stilzitten van de opdrachtgever blijken (Rb. Nijvel, 12 oktober 1977, *R.J.I.*, 1978, 177; vgl. Rb. Doornik, 22 oktober 1986, *Rev. Liège*, 1987, 113).

Het recht van verbreking is een aan de persoon van de opdrachtgever verknocht recht; zijn schuldeisers kunnen dit niet uitoefenen (De Page, IV, nr. 914).

8. Ingevolge de afzegging van de verleende opdracht dient de architect desbetreffende werkzaamheden stop te zetten. Hij kan zich tegen de afzegging als zodanig niet verzetten. Hij kan geen aanspraak maken op betaling van nadien nog uitgevoerde taken (vgl. Cass., 24 september 1981, *R.W.*, 1982-83, 1062, *Pas.*, 1982, I, 224, *J.T.*, 1982, 57).

9. De opdrachtgever die de architectenopdracht heeft afgezegd, moet aan de architect het overeengekomen of gebruikelijk honorarium betalen, plus zijn kosten, voor alle prestaties die de architect op het ogenblik van de verbreking reeds heeft verricht.

Bovendien moet hij de architect schadeloos stellen voor de gederfde winst over het afgezegde gedeelte van de opdracht.

De gederfde winst betekent hier het *zuiver inkomen* dat de architect bij de uitvoering van de afgezegde opdracht of het afgezegde gedeelte ervan normaal zou hebben gewonnen.

De afgezegde architect kan geen aanspraak maken op het volle honorarium. Was dit wel het geval, dan zou de verbreking van het architectencontract door de opdrachtgever, een buitenkans zijn voor de architect. Dit is niet de bedoeling van art. 1794 B.W. Dit wetsontwerp beschermt de rechten en belangen van beide partijen. De verbrekingsvergoeding is in die zin een *schadeloosstelling* (*anders*: Brussel, 3 februari 1950, *R.J.I.*, 1950, 41; Vred. Elsene, 5 december 1949, *R.J.I.*, 1950, 35: het volle honorarium).

10. De verbrekingsvergoeding uit art. 1794 B.W. is geen vervangende schadevergoeding, maar de prestatie zelf, het honorarium plus de kosten, waartoe de opdrachtgever *contractueel* is gehouden, maar dat om redenen van billijkheid wordt vermindert.

De vermindering van het bedongen of gebruikelijk honorarium over het afgezegde gedeelte is gerechtvaardigd,

doordat de architect die een gedeelte van zijn taken niet moet uitvoeren, tijd voor andere opdrachten en werkzaamheden zal winnen, en meestal een minder grote verantwoordelijkheid zal moeten dragen; eventueel zelfs niet de minste (Gent, 27 juni 1951, *R.W.*, 1951-52, 603; zie evenwel, Gent, 24 november 1954, *R.W.*, 1954-55, 1424).

11. De vergoeding voor *inkomensverlies* moet strikt beperkt blijven tot de afgezegde opdracht en het desbetreffende honorarium. De architect kan geen vergoeding eisen voor het verlies van andere opdrachten, die hij niet op zich heeft kunnen nemen doordat hij zich reeds met de nadien verboden opdracht had belast (*anders*: Pothier, *Louage*, nr. 440: slechts recht op vergoeding voor winstderving indien niet spoedig een ander evenwaardig werk).

12. De afgezegde architect kan geen aanspraak maken op vergoeding van *morele schade* wegens het niet kunnen verwezenlijken van zijn architectonische creatie (Cass., 8 oktober 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 111, *Pas.*, 1960, I, 164; Kh. Brussel, 13 oktober 1971, *B.R.H.*, 1972, 166). De eenzijdige verbreking van de verleende opdracht maakt immers geen wanprestatie of onrechtmatige daad uit. Ingeval de afzegging gepaard is gegaan met beledigingen ten aanzien van de architect, kan hij voor die feiten een vergoeding wegens morele schade eisen (vgl. Gent, 6 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 2).

Toch zijn sommigen van gevoelen dat de naam en faam die de architect bij de stoffelijke verwezenlijking van zijn ontwerp had kunnen winnen, vergoed moet worden (P. Rigaux, *L'architecte*, nr. 799; Gent, 17 juni 1913, *Pas.*, 1913, II, 273). Maar dit zijn imponderabilia die door art. 1794 B.W. niet in aanmerking worden genomen. De architect weet van tevoren dat de opdrachtgever zich van zijn afnameverplichting kan ontslaan.

13. Daar art. 1794 B.W. de openbare orde niet raakt en niet van dwingend recht is, mogen partijen anders overeenkomen. Partijen kunnen de toepassing van art. 1794 B.W. uitsluiten of de vergoeding bepalen. Indien tussen partijen is bedongen dat de D.N. nr. 2 van toepassing is, dan heeft de architect recht op een verbrekingsvergoeding die overeenstemt met de *helft* van de honoraria verbonden aan de afgezegde taken (art. 4).

14. De omstandigheid dat de volledige architectenopdracht niet in een geschrift is vastgelegd, of dat in het contract geen beding omtrent de verbrekingsvergoeding voorkomt, kan geen afbreuk doen aan de *burgerlijke rechten* van de afgezegde architect op het overeengekomen of gebruikelijk honorarium, plus de kosten, voor het reeds uitgevoerde gedeelte van de volledige opdracht, en op de wettelijke of overeengekomen schadeloosstelling wegens inkomstendering over de afgezegde taken.

Het ontbreken van een geschreven contract tussen de opdrachtgever en de architect, die *deontologisch* verplicht is de opdracht in geschrifte vast te leggen, ontheft de opdrachtgever niet van zijn verplichting de afgezegde architect schadeloos te stellen (Gent, 8 februari 1984, *A plus*, t.a.p.). Ten onrechte acht zekere rechtspraak zich bevoegd de architect in dit geval burgerlijk te bestraffen (vgl. Luik, 9 december 1988, *Rev. Liège*, 1990, 443, met noot P.H.).

15. De inkomensvergoeding moet zoals het honorarium op de *werkelijke actuele waarde* van het ontworpen bouwwerk berekend worden.

Is er tussen de ontwerpfase en het ogenblik van de afzegging van de uitvoering een lange tijd verlopen, gedurende

welke de bouw prijzen sterk gestegen zijn, dan moet het honorarium voor plans en bestekken berekend worden op basis van de toenmalige kostprijs van het bouwwerk, terwijl de schadeloosstelling wegens inkomstenverlies op basis van de tegenwoordige kostprijs moet worden berekend (Hilbert, *Traité des honoraires*, nr. 69).

16. Het onderscheid tussen het honorarium voor de uitgevoerde taken (*damnum emergens*) en de inkomensvergoeding over het afgezegde gedeelte van de opdracht (*lucrum cessans*) wordt weleens uit het oog verloren. Soms kent de rechter een forfaitair percentage toe over de bouw prijs als volledige verbrekingsvergoeding (Luik, 26 oktober 1960, *J. Liège*, 1960-61, 258: 3% over 2.500.000 fr.). Wanneer uit de stukken blijkt dat partijen overeengekomen waren over een honorarium van 6%, en vaststaat dat de architect tot en met de aanbesteding zijn taken heeft vervuld, en de bouwkosten bekend zijn, bestaat er geen grond om de verbrekingsvergoeding *ex aequo et bono* op 3% te bepalen, zonder rekening te houden met de gebruikelijke opbouw van het volle honorarium, onder voorwendsel dat partijen niet overeengekomen zijn over de honorariumschaal en de percentages voor de onderscheidene delen van de volledige opdracht (arg. art. 1135 B.W.).

17. De eenzijdige verbreking van de verleende opdracht ontnemt de afgezegde architect het recht niet om eventueel nog de *ontbinding* van het architectencontract ten nadele van de opdrachtgever te vorderen, ingeval deze *voordien* grove wanprestaties heeft gepleegd (art. 1184 B.W.).

Zijnerzijds verliest de opdrachtgever door de eenzijdige verbreking van de verleende opdracht het recht niet om de afgezegde architect nog aan te spreken tot vergoeding van de schade, die hij door diens wanprestaties mocht hebben geleden (Cass., 19 april 1979, *Rev. Comm.*, 1979, 136, *T. Aan n.*, 1981, 123, met noot J. de Bock; Brussel, 5 juni 1958, *Pas.*, 1959, II, 104; Brussel, 25 mei 1986, *R.J.T.*, 1988, 5).

18. De aansprakelijkheid van de afgezegde architect ter zake van bv. gebreken in de bouw, brengt *geen vermindering* mee van zijn recht op de verbrekingsvergoeding op basis van de overeengekomen of gebruikelijke honorariapercentages. De schade waarvoor hij aansprakelijk is, zal verrekend worden met de hem toekomende schadeloosstelling (Brussel, 25 juni 1986, *R.J.I.*, 1988, 5).

19. Een inkomensvergoeding ten belope van 50 t.h. van het honorarium, zoals bij art. 4 D.N. nr. 2 bepaald, zou volgens bepaalde rechtspraak, veel te hoog zijn en strijdig met het *absolute* recht van verbreking van de cliënt, die het niet meer zou aandurven van zijn recht gebruik te maken (Gent, 6 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 2; Rb. Tongeren, 5 juni 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 335: een derde van het honorarium over de waarde van de niet-uitgevoerde werken; geen B.T.W. verschuldigd op de inkomensvergoeding). Maar rechten zijn nimmer absoluut. Dit is precies de zin van art. 1794 B.W.

20. Tot de instelling van de Orde van Architecten in 1963, werd de toepassing van art. 1794 B.W. ingeval de opdrachtgever de architectenovereenkomst verbreekt, algemeen erkend (Delvaux, *Traité*, nrs. 417 en 418). Vanuit de *academische twijfel* werd opgeworpen dat deze praktijk moeilijk te verenigen zou zijn met het *vrij beroep* van architect, dat een bijzondere bescherming meebrengt van de vrijheid van de cliënt om de vrije beroepsbeoefenaar af te zeggen, *ingeval het vertrouwen verloren is gegaan*. De winstvergoeding kan immers het gebruik maken van het recht van verbreking in de

weg staan (Y. Hannequart, *Le droit de la construction*, nr. 569).

21. Maar het vrij beroep van architect is veel ouder dan de Orde van Architecten. Wat de instelling van deze orde aan de toepassing van art. 1794 B.W. op de architectenopdracht zou hebben veranderd of kunnen veranderen, is niet duidelijk. De instelling van de orde kan geen afbreuk doen aan de regels van het B.W. Bovendien heeft de Orde van Architecten de toepassing van art. 1794 B.W. uitdrukkelijk erkend. Volgens art. 4 van de Deontologische Norm nr. 2 zullen de architecten vrije beroepsbeoefenaren in de architectenopdracht bedingen dat, wanneer de architect om redenen die hem niet kunnen worden toegerekend, in de onmogelijkheid verkeert de hem gegeven opdracht uit te voeren, niet alleen recht heeft op de honoraria voor de prestaties die hij reeds heeft geleverd, maar ook op een *vergoeding* die overeenkomt met de helft van de honoraria die aan de overige taken van opdracht verbonden zijn (art. 4).

De wetgever van 1939 heeft in niets afbreuk gedaan aan de traditionele toepassing van art. 1794 B.W. op het architectencontract. De vergelijking van het architectenberoep met dat van artsen, advocaten of accountants enz. gaat niet op. Een zieke geeft geen opdrachten aan zijn geneesheer, maar krijgt van deze opdrachten. De advocaat spreekt zijn cliënt niet vrij. Men kan de volksgezondheid of de rechtsbijstand niet op dezelfde lijn stellen als de «medewerking» of de «bemoeiingen» van de architect bij de bouw.

Het vrij beroep van architect sluit allerminst de toepassing van art. 1794 B.W. op het architectencontract uit, al is de opdrachtgever wettelijk verplicht een beroep te doen op een beoefenaar van de bouwkunst, zij het al dan niet een vrije beroepsbeoefenaar. Voor de toepassing van art. 1794 B.W. komt de vertrouwensrelatie niet te pas; de opdrachtgever mag rechtens *ad libitum* de opdracht afzeggen. Daarbij is de vertrouwensrelatie tussen de patiënt en de *geneesheer*, de cliënt en de *advocaat*, van een heel andere aard dan die tussen de *opdrachtgever* en de architect (zo ook Savatier, *La profession libérale*, Parijs, 1947). Het belang dat de opdrachtgever aan de architect toevertrouwt, is eerder zaak- dan persoonsgebonden. Het ontwerpen van een gebouw en het bouwwerk zijn het voorwerp van het architectencontract, niet de persoon van de opdrachtgever.

De architectenopdracht behoort mede tot de economische sfeer: het stoffelijk resultaat van de prestaties van de architect is in de handel en ook zijn plans hebben geldswaarde. De conceptie van het bouwwerk blijft zijn geestelijke eigendom.

22. De uitoefening van een vrij beroep, de vertrouwensrelatie tussen de opdrachtgever en de architect, en de taak van algemeen belang die de architect vervult, sluiten een zeker «winstbejag» niet uit, voor zover dit ondergeschikt blijft aan de verplichtingen eigen aan dat beroep. Daaruit kan niet worden afgeleid dat de opdrachtgever die de gegeven opdracht *ad libitum* mag verbreken, geen schadeloosstelling verschuldigd is (P. Rigaux, *L'architecte*, nrs. 57, 59 en 794).

De vrije beroepen zijn zeer verschillend van aard en tradities (vgl. K. Geens, *De reglementering van het vrij beroep*, T.P.R., 1988, 127 e.v.). Zo is het een eeuwenoude traditie dat de architect *op basis van de kostprijs* van het gebouw, voor de deugdelijkheid waarvan hij garantieplichtig is, wordt gehonoreerd of schadeloos wordt gesteld. Blijkbaar is deze praktijk de uitkomst van eeuwen ervaring dat hierdoor mede

de belangen van de opdrachtgever op de beste wijze worden gediend.

Maakt de hoegrootheid van de honoraria en het snelle debiet van de diensten van artsen (per medische akt), advocaten, accountants, enz. elke aanspraak op inkomensverlies wegens afzegging door de cliënt, niet overbodig? Wat de geneesheren en advocaten betreft, die geen aanspraak op de inkomensvergoeding wegens afzegging hebben, wordt er steeds op gewezen dat dit *gebruik* afbreuk doet aan art. 1794 B.W. (De Page, IV, nr. 859; B. Van Houtte, «Vergoeding voor winstderving bij eenzijdige opzegging van een architectenovereenkomst. Een kritische benadering van art. 1794 B.W.», *J. Falc.*, 1977-78, 359 e.v.).

23. De bepaling van art. 1794 B.W. volgt uit het *recht van verwezenlijking* aan de zijde van de aannemer en de architect. Zij krijgen het bezit van de zaak van de opdrachtgever om daarop of daaraan *hun* werk te verwezenlijken, *hun* schepping en constructie te realiseren. De opdrachtgever heeft zich ertoe verbonden hun *uitgevoerd werk* te aanvaarden (afnameverplichting). Waarom zou voor de opdrachtgevers moeten gelden dat zij zich zelf willekeurig van hun verbintenissen jegens de architect kunnen ontslaan, zonder schadeloosstelling wegens die *contractsbreuk* verschuldigd te zijn?

24. Wat meer speciaal de architecten betreft, hoe zou de architect, die meestal gedurende enige jaren de opdrachtgever dient bij te staan zich ten volle en in volle *onafhankelijkheid* voor zijn taken kunnen inzetten, wanneer hij in de vrees moet leven dat zijn opdrachtgever hem op elk ogenblik en zonder enige vergoeding voor inkomensderving te hoeven betalen kan afzeggen? Is het openbaar belang ermee gediend dat de opdrachtgevers vrijelijk van architect zouden kunnen veranderen?

Zo de opdrachtgever echte gronden heeft om geen vrouwen meer in zijn architect te stellen, kan hij de ontbinding van het architectencontract ten nadele van de architect vorderen (art. 1184 B.W.).

Een rechtspraak ter zake van de verbrekingsvergoeding van de architect toont aan dat wat zedig «verloren vertrouwen» wordt genoemd, veelal dient te heten: onwil van de opdrachtgever om controle te laten uitoefenen, verhoopt profijt, concurrentie, politieke tussenkomsten enz. Met de bepaling van art. 1794 B.W. was de wetgever zo wijs die ondoorgrondelijke zaken buiten de gerechtszaal te houden. De opdrachtgever blijft de meester, maar hij moet toch het minimum van zijn verplichtingen gestand doen: de wederpartij schadeloos stellen.

Overeenkomstig de klassieke rechtsleer en rechtspraak dient de toepassing van art. 1794 B.W. ten aanzien van het architectencontract te worden erkend en toegepast (Delvaux, nr. 417; Flamme/Lepaffe, nr. 436; P. Rigaux, nr. 795).

Ook architecten mogen erop *vertrouwen* dat de rechter hun zal toekennen wat hun krachtens de wet, de gewoonte en de gebruiken, en de overeenkomst toekomt (Gent, 8 februari 1984, geciteerd in *A plus*, 1990, nr. 51; L. Heyvaert, *Erelonen*; Gent, 16 februari 1988, *T. Aann.*, 1990, 96; *anders*: Kh. Verviers, 12 oktober 1976, *J. Liège*, 1976-77, 125; Rb. Verviers, 1 maart 1977, *J. Liège*, 1976-77, 251; Luik, 19 september 1977, *J. Liège*, 1977-78, 21; Luik, 13 maart 1989, *J.T.*, 1989, 566, met noot; Gent, 6 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 2).

25. De eenzijdige afzegging blijft een omstreden instituut daar het aan het algemeen contractenrecht afbreuk doet (vgl. C. Levintoff en P.A. Foriers, «La résiliation unilatérale du contrat d'entreprise par le maître de l'ouvrage», *T. Aann.*, 1977, 20 e.v.). Toch bestaat deze rechtsfiguur in de meeste buitenlandse rechtssystemen, wat erop wijst dat dit recht van beëindiging aan een algemene maatschappelijke behoefte beantwoordt, zoals het recht van de werkgever om zonder redenen, te allen tijde, een werknemer af te danken, zij het eveneens tegen betaling van een schadeloosstelling. De volksmond en het taalgebruik wijzen erop dat die bevoegdheid aan de zijde van de opdrachtgever in het gewoonterecht wortelt. Een werk wordt toch gegund en een opdracht wordt verleend? Blijft degenen die iets verleent of vergunt niet de meester van de zaak? De *rechtsplicht* om de afgezegde aannemer of opdrachtgever schadeloos te stellen is van latere datum.

Sommigen doen een beroep op de redelijkheid, de billijkheid en zelfs het eigenbelang van de aannemer of opdracht-

nemer om het instituut te rechtvaardigen. «Il se peut que l'ouvrage commandé ne convienne plus au maître, ou que la situation financière ne lui permet plus de payer le prix qu'il a promis; l'équité et l'intérêt même de l'ouvrier demandent dans ce cas, que le maître ne soit pas forcé de tenir le marché» (Laurent, XXVI, nr. 17, zoals Pothier). Maar de wet eist geen goede redenen voor de uitoefening van deze bevoegdheid. En of de opdrachtgever het werk door een andere nog wil laten uitvoeren, is zijn zaak (vgl. J. Rozemond, «Eenzijdige opzegging door de opdrachtgever onbeperkt mogelijk?», *T. Aann.*, 1990, 111 e.v.). De wet eist eenvoudig geen redenen tot afzegging, en laat hierin de redelijkheid of onredelijkheid aan de zijde van de meester van het werk evenzeer toe te beslissen, mits deze de afgezegde aannemer of opdrachtnemer schadeloos stelt voor het geleden verlies én de gederfde winst.

Geert J.A. BAERT

HET BIGWOOD-PROBLEEM OPGELOST: OOK HET ITALIAANS RECHT KENT EEN VORM VAN ECHTSCHEIDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING

1. In het geval van Hof Brussel, 26 juni 1990 (zie elders in dit nummer, p. 1129) vorderden de man, van Italiaanse nationaliteit, en de vrouw, van Britse nationaliteit, beiden wonend in België, de echtscheiding door onderlinge toestemming voor een Belgische rechtbank.

2. De vraag naar de toelaatbaarheid van de vordering tot echtscheiding door onderlinge toestemming wordt in het Belgische internationaal privaatrecht op verschillende wijze opgelost, naar gelang van de nationaliteit van de echtgenoten¹.

Zodra één der echtgenoten de Belgische nationaliteit bezit, is de Wet Rolin van toepassing en wordt de toelaatbaarheid van de echtscheiding door onderlinge toestemming²

bepaald door het Belgische recht³.

Wanneer beide echtgenoten vreemdeling zijn, quod in casu, wordt de toelaatbaarheid van de echtscheiding door onderlinge toestemming⁴ niet geregeld in de Wet Rolin⁵. In een dergelijk geval dient aangeknoopt te worden bij het personele recht van de echtgenoten⁶.

Story-Scientia, 1989, 2e uitg., 232, nr. 496). Vgl. Brussel, 22 april 1988, *J.T.*, 1988, 664.

³ Art. 2 Wet Rolin.

⁴ Hier wordt niet het toelaatbaarheidsbegrip uit de Wet Rolin gehanteerd (cf. supra, noot 2). De vraag naar de toelaatbaarheid heeft niet alleen betrekking op de ontbindbaarheid van het huwelijk door echtscheiding in het algemeen, maar ook op het specifieke echtscheidingsstype. De door de vreemdelingen in België gewenste echtscheidingsvorm dient te bestaan in het toepasselijke materiële recht (DE CEUSTER, o.c., in *Comm. Pers.*, 54-58, nr. 96).

⁵ Daarentegen wordt, in geval van huwelijk tussen vreemdelingen, de toelaatbaarheid van de echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak wel geregeld door de Wet Rolin. Deze wordt beheerst door de Belgische wet, tenzij de nationale wet van de eisende echtgenoot zich ertegen verzet (art. 1 Wet Rolin).

⁶ Cass., 14 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2023, noot ERAUW, *Pas.*, 1979, I, 445, *J.T.*, 1979, 356, noot FALLON, *R.C.J.B.*, 1979, 111, noot RIGAUX, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 167, noot VANDER ELST.

¹ De gronden van echtscheiding worden steeds bepaald volgens de Belgische wet (art. 3 Wet Rolin van 27 juni 1960, wet op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten minste een van de echtgenoten een vreemdeling is, *B.S.*, 9 juli 1960, hierna: Wet Rolin). Voor een commentaar op de Wet Rolin, zie onder meer VANDER ELST, «La loi du 27 juin sur le divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger», *J.T.*, 1960, 661 en 711.

² Bij de Wet Rolin wordt onder toelaatbaarheid uitsluitend begrepen het al dan niet bestaan van de mogelijkheid tot ontbinding van het huwelijk op een andere wijze dan door overlijden (DE CEUSTER, «De echtscheiding en de scheiding van tafel en bed», in *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, IPR.IV, 2, nr. 3; VAN HECKE en LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Brussel,

3. Deze laatste regel is gebaseerd op art. 3, derde lid, B.W.⁷ De aanknopings bij het personele recht van de echtgenoten stelt geen probleem, indien de echtgenoten een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten⁸. De moeilijkheid ontstaat in geval van verschillende nationaliteit, wanneer de personele statuten tot een verschillend resultaat leiden. Men kan dit oplossen door cumulatief aan te knopen aan beide personele wetten, of anderszins door een subsidiaire aanknopingsfactor te hanteren.

In de bekende arresten Rossi besliste het Hof van Cassatie dat een cumulatieve toepassing van de nationale wet van beide echtgenoten geboden is, aangezien art. 3 B.W. het respect voor ieders nationale wet vereist en het personeel statuut van een der echtgenoten niet mag prevaleren⁹. Dit betekent dat de echtscheiding door onderlinge toestemming tussen twee vreemdelingen in België slechts mogelijk is, indien het personele recht van elk van de echtgenoten deze echtscheidingsvorm kent. Zodra dit voor één van de personele wetten niet het geval is, kan de echtscheiding door onderlinge toestemming niet uitgesproken worden. Aldus is er sprake van een negatieve cumulatie van de personele wetten van de echtgenoten.

4. Een zelfde feitenconstellatie als de voorliggende, waarbij een echtgenoot van Britse en een echtgenoot van Italiaanse nationaliteit, wonend in België, voor een Belgische rechtbank om een echtscheiding door onderlinge toestemming verzoeken, gaf meer dan tien jaar geleden aanleiding tot een ophefmakende zaak, bekend onder de naam Bigwood¹⁰.

⁷ Zie VAN HOVE, *Het internationaal privaatrecht in de notariële praktijk*, Brugge, die Keure, 1985, 48-51, nr. 22.

⁸ DE CEUSTER, o.c., in *Comm. Pers.*, 42b, nr. 66; GULDIX, «De echtscheiding in het internationaal privaatrecht», in SENAËVE (red.), *Echtscheiding*, Leuven, Acco, 1990, 462-463, nr. 780; VAN HOVE, o.c., 68-69, nr. 34. Vgl. Cass., 12 juni 1941, *Pas.*, 1941, I, 217, concl. adv.-gen. CORNIL.

⁹ Het betrof een vordering tot echtscheiding wegens bepaalde feiten ingesteld door de Belgische vrouw, Servais, tegen haar Italiaanse echtgenoot, Rossi. Daar het Italiaans recht de echtscheiding niet kende, kon de echtscheiding niet toegestaan worden (Cass. 16 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 589, concl. adv.-gen. Hayoit de Termicourt, *R.W.*, 1952-53, 301, noot, *J.T.*, 1952, 346, en 1953, 53, noot PHILO-NENKO, *Jur. Liège*, 1952-53, I, *J.C.P.*, 1953, II, 7585, noot BUCHET, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1953, 398, noot BATTIFOL). Het Hof van Beroep te Brussel, waarnaar de zaak werd verwezen, ging evenwel tegen het arrest van het Hof van Cassatie in, en stond de echtscheiding toch toe (Brussel, 4 mei 1954, *J.T.*, 1954, 458, noot PHILO-NENKO). De procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel voorzag zich tegen deze beslissing in cassatie. Het hoogste gerechtshof bevestigde, in verenigde kamers, zijn arrest van 16 mei 1952 (Cass., 16 februari 1955, *Pas.*, 1955, I, 647, *J.T.*, 1955, 249, noot FORTIERS, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1955, 143, noot RIGAUX). Zie ook ERAUW, o.c., *R.W.*, 1978-79, 2012-2015 en GULDIX, o.c., in SENAËVE (red.), *Echtscheiding*, 1990, 454, nr. 767.

¹⁰ In de Bigwood-zaak was de man van Britse nationaliteit en de vrouw van Italiaanse nationaliteit. In voorliggend geval is de man van Italiaanse nationaliteit, en de vrouw van Engelse nationaliteit. Verondersteld wordt dat het Hof eigenlijk de Britse nationaliteit bedoelt. Een Engelse nationaliteit bestaat immers niet. Het begrip United Kingdom dat wordt gehanteerd in de *British Nationality Act 1981*, omvat Groot-Brittannië, zijnde Engeland, Wales en Schotland, Noord-Ierland, de Kanaaleilanden Guernsey, Jersey, Alderney en Sark, en the Isle of Man (section 50 (1) *British Nationality*

In deze zaak stond de rechter in eerste aanleg de echtscheiding niet toe op grond van de Rossi-regel¹¹. Ten aanzien van het Engelse¹² personeel statuut bestond er geen probleem, aangezien het Engelse internationaal privaatrecht verwijst naar de wet van het domicilie¹³ en, via de aanvaarding binnen het Belgische internationaal privaatrecht van de figuur van het renvoi in deze materie, reeds meer dan honderd jaar geleden vastgesteld in een ander arrest Bigwood¹⁴, leidt tot de toepassing van het Belgische recht. Het Italiaanse personeel statuut daarentegen stelde wel een probleem, daar de rechter tot de conclusie kwam dat het Italiaanse recht geen vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming kende¹⁵. Op grond van de cumulatieve aanknopings diende derhalve te worden besloten dat de echtscheiding door onderlinge toestemming niet kon worden toegestaan.

Door het Hof van Beroep te Brussel werd de echtscheiding door onderlinge toestemming toch toegestaan, niet omdat men van oordeel was dat het Italiaanse recht wel een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming kende, maar door de aanknopingsfactor aangeduid op grond van de Rossi-regel, aan de kant te schuiven¹⁶. Niet de cumulatieve aanknopings bij het personeel statuut der echtgenoten, maar een subsidiaire aanknopingsfactor, het werkelijke en stabiele domicilie van de echtgenoten, werd in aanmerking genomen¹⁷. Deze internationaal privaatrechtelijke regel leidde tot toepassing van het Belgische materiële recht, zodat de echtscheiding door onderlinge toestemming kon worden toegestaan¹⁸.

Tegen dit arrest voorzag de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie Krings zich, in het belang van de wet, in cassatie, wat zeer uitzonderlijk is op het vlak van het inter-

Act 1981). Zie STANBROOK, *British Nationality. The New Law*, Londen/Brussel, Clement, 1982.

¹¹ Rb. Brussel, 2 april 1976. Vgl. Rb. Brussel, 14 december 1973, *J.T.*, 1974, 375.

¹² In de veronderstelling dat het Engelse conflictenrecht van toepassing was.

¹³ *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, section 5 (2). Zie DICEY en MORRIS, *The Conflict of Laws*, Londen, Stevens & Sons Limited, 1987, 11e uitg., 681-684.

¹⁴ Cass., 9 maart 1882, *Pas.*, 1882, I, 62. Zie dezelfde zaak in eerste aanleg, Rb. Brussel, 19 februari 1881, *Pas.*, 1881, III, 94, en in hoger beroep, Brussel, 14 mei 1881, *Pas.*, 1881, II, 263. Vgl. Rb. Luik, 24 mei 1966, *J.T.*, 1966, 653.

¹⁵ Deze conclusie was niet correct. Cf. infra, nr. 5.

¹⁶ Brussel, 23 maart 1977, *J.T.*, 1978, 647, noot FALLON, *R.C.J.B.*, 1979, 116, noot RIGAUX, *Rev. Not. B.*, 1977, 495.

¹⁷ Brussel, 23 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 120. Het Hof onderscheidde de Rossi-arresten die gewezen werden in geval van echtscheiding op grond van bepaalde feiten (in de tijd vóór de Wet Rolin) en stelde dat de strikte interpretatie van art. 3 B.W., na de Wet Rolin niet meer aangewezen is (Brussel, 23 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 118-119). Zie verder ERAUW, «Echtscheiding door onderlinge toestemming van twee buitenlanders in België», *R.W.*, 1978-79, 2005; FALLON, «Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge. A propos d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles», *J.T.*, 1978, 641-646; RIGAUX, «Loi et jurisprudence dans la matière des conflits de lois» (noot onder Cass., 14 december 1978 en Brussel, 23 maart 1977), *R.C.J.B.*, 1979, 122-125.

¹⁸ Brussel, 23 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 120, in fine.

nationaal privaatrecht¹⁹. De procureur-generaal wees de redering van het Hof van Beroep te Brussel scherp af, en pleitte voor een strikte toepassing van de negatieve cumulatieve van art. 3, derde lid, B.W.²⁰. In zijn arrest van 14 december 1978 volgde het Hof van Cassatie deze stellingname en bevestigde het de regel die reeds meer dan twintig jaar voordien in de Rossi-rechtspraak was vastgelegd²¹.

5. Voor het Hof van Cassatie kwam de vraag naar het bestaan van de echtscheiding door onderlinge toestemming naar Italiaans materieel recht, niet ter sprake. De rechtbank van eerste aanleg en ook het hof van beroep onderzochten deze vraag echter wel, en beantwoordden ze negatief²². Deze conclusie kan niet onderschreven worden.

Het Italiaanse recht kent immers reeds sinds de wet van 1 december 1970 een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming²³. De echtgenoten die wensen uit de echt te scheiden, kunnen aan de rechtbank een schriftelijk akkoord dat diverse personele en vermogensrechtelijke aspecten regelt, ter homologatie voorleggen²⁴. De rechtbank dient de echtheid van de wederzijdse wilsverklaring van partijen te onderzoeken en dient tevens een verzoeningspoging te doen²⁵. De rechtbank kan ook weigeren een akkoord dat indruist tegen de belangen van het kind, te homologeren²⁶. Vanaf de homologatie van het akkoord, een constitutieve voorwaarde²⁷, dienen de partijen gescheiden te leven, voor een ononderbroken²⁸ termijn van ten minste drie jaar²⁹.

Na deze periode van gescheiden leven kan elk der echtgenoten de echtscheiding vorderen. De procedure kan, sinds de Wet 1987, ook worden ingeleid door beide echtgenoten samen³⁰. De rechter kan een nieuwe verzoeningspoging doen³¹. Wanneer deze mislukt, wordt aangenomen dat de lichamelijke en geestelijke gemeenschap tussen de echtgenoten niet meer mogelijk is³², en wordt de echtscheiding uitgesproken³³.

De echtscheiding door onderlinge toestemming is niet een echtscheidingsvorm die uitsluitend is gebaseerd op de onderlinge toestemming van de echtgenoten³⁴. Een dergelijk standpunt is te eng. Determinerend is de aanwezigheid van een element van onderlinge toestemming omtrent het vorderen van een echtscheiding, dat de aanwijzing van een feitelijke grond tot het verkrijgen van de echtscheiding overbodig maakt³⁵. Ook de echtscheidingsvorm die de onderlinge toestemming koppelt aan een periode van gescheiden leven, dient als een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming te worden gekwalificeerd³⁶. Aangezien een dergelijke echtscheidingsvorm sinds 1970 in het Italiaanse recht bestaat, kan de conclusie van de rechtbank en het hof van beroep in de Bigwood-zaak niet gevolgd worden.

De correcte toepassing van het vreemde recht zou er derhalve toe geleid hebben dat, ook bij toepassing van de negatieve cumulatieve regel, de echtscheiding diende te worden toegestaan. Het hof van beroep kwam tot het correcte resultaat, maar op andere (collisierechtelijke) gronden.

6. Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 juni 1990 past correct de door het Hof van Cassatie voorgeschreven internationaal-privaatrechtelijke regel toe en knoopt de toelaatbaarheid van de echtscheiding door onderlinge toestemming cumulatief aan bij het personeel statuut van beide echtgenoten. Ten aanzien van de echtgenoot met de Italiaanse nationaliteit oordeelt het hof van beroep terecht dat het Italiaanse recht een vorm van «consensuele» echtscheiding kent, zodat de echtscheiding door onderlinge toestemming kan worden toegestaan.

Het hof baseert deze conclusie op art. 4 van de wet van 6 maart 1987, op grond waarvan de echtgenoten samen een vordering tot echtscheiding kunnen indienen (cf. supra, nr. 5). Aldus is er volgens het hof sprake van een «consensuele» echtscheiding, indien de echtscheiding door beide echtgenoten samen kan worden gevorderd. Het hof lijkt evenwel van

Zie GRUNSKY, «Das neue italienische Scheidungsrecht», *FamRZ*, 1988, 784, II, nr. 1; PATTI, «Die Reform des italienischen Scheidungsrechts», *FamRZ*, 1990, 705. Vroeger bedroeg de termijn vijf jaar (art. 3, tweede lid, b, tweede lid, wet 1970). Zie hierover FLEIG, o.c., 159-160; GRUNSKY, o.c., *FamRZ*, 1988, 784, II, nr. 1; PATTI, o.c., *FamRZ*, 1990, 705.

³⁰ Art. 4, dertiende lid, Wet 1987. Zie GRUNSKY, o.c., *FamRZ*, 1988, 786, IV, nr. 2; PATTI, o.c., *FamRZ*, 1990, 706.

³¹ Art. 4, Zevende lid, Wet 1987. Vroeger (Wet 1970): art. 4, zesde lid.

³² Er is sprake van een onweerlegbaar vermoeden (FLEIG, o.c., 334). Zie ook GRUNSKY, *Italianisches Familienrecht*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1978, 2e uitg., 74.

³³ Art. 1 jo. Art. 5, eerste lid, wet 1987.

³⁴ Zie PINTENS, o.c., 89, nr. 157.

³⁵ Vgl. ERAUW, o.c., *R.W.*, 1878-79, 2010.

³⁶ GRUNSKY, o.c., 74. Vgl. PINTENS, o.c., 89, noot 2, en de verwijzing aldaar.

¹⁹ Zie ERAUW, o.c., *R.W.*, 1978-79, 2008; RIGAUX, o.c., *R.C.J.B.*, 1979, 122, noot 3, in fine.

²⁰ Zie *R.W.*, 1978-79, 2023-2026; ERAUW, o.c., *R.W.*, 1978-79, 2006.

²¹ Cass., 14 december 1978, *l.c.*, supra noot 6. *Goedkeurend*: DUMON, «De rechterlijke macht, onbekend en miskend», *R.W.*, 1981-82, 546, noot 58; VANHECKE in VANHECKE en RIGAUX, «Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Droit international privé (Conflit de lois)», *R.C.J.B.*, 1982, 408; VANHECKE en LENAERTS, o.c., 234, nr. 501. *Afkeurend*: DE CEUSTER, o.c., in *Comm. Pers.*, 46; ERAUW, o.c., *R.W.*, 1978-79, 2010-2016; FALLON, noot onder Cass., 14 december 1978, *J.T.*, 1979, 357; RIGAUX, o.c., *R.C.J.B.*, 1979, 125-128; RIGAUX in VANHECKE en RIGAUX, o.c., *R.C.J.B.*, 1982, 408; VANDER ELST, noot onder Cass., 14 december 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 170.

²² Brussel, 23 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 117, in fine. Zo ook Rb. Brussel, 14 december 1973, *J.T.*, 1974, 375.

²³ Art. 3, tweede lid, b, van de wet van 1 december 1970, nr. 898 (hierna: Wet 1970). Zie PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 50, nr. 93, en de verwijzingen aldaar.

²⁴ Essentieel voor dit akkoord tussen echtgenoten is dat er akte van genomen wordt dat het samenleven (*coabitazione*) wordt stopgezet. Over een aantal andere inhoudelijke punten bestaat betwisting. Zie FLEIG, *Die Ehescheidung im italienischen Recht*, Bielefeld, Giesecking, 1975, 161.

²⁵ Art. 711 Codice di procedura civile. Cf. ERAUW, o.c., *R.W.*, 1978-79, 2009-2010, nr. 13; FLEIG, o.c., 160.

²⁶ Art. 158, tweede lid, Codice civile. Zie TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padua, Cedam, 1989, 183. Zie ook FLEIG, o.c., 162.

²⁷ Art. 158, eerste lid, Codice civile. Over enige betwistingen in de rechtsleer omtrent de precieze aard van de homologatie en de verhouding hiervan met het akkoord van de echtgenoten, zie FLEIG, o.c., 161.

²⁸ Zie hierover FLEIG, o.c., 162-164.

²⁹ Art. 3, tweede lid, b, tweede lid, van de wet van 6 maart 1987, nr. 74, *Gazzetta Ufficiale*, 11 maart 1987, nr. 58 (hierna: Wet 1987).

mening te zijn dat de gehomologeerde feitelijke scheiding niet als een echtscheiding door onderlinge toestemming kan worden gekwalificeerd, omdat de procedure na de periode van feitelijke scheiding door één der echtgenoten dient te worden voortgezet.

In de opvatting van het hof bestaat dan slechts sinds de Wet 1987 een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming in het Italiaanse recht, omdat pas sinds deze wet voor de echtgenoten de mogelijkheid bestaat om samen de eigenlijke vordering tot echtscheiding na de periode van feitelijke scheiding in te stellen. Dit standpunt kan niet gevolgd worden. De echtgenoten die een onderling akkoord omtrent hun feitelijke scheiding ter homologatie aan de rechtbank voorleggen, weten dat er na de periode van gescheiden leven een echtscheiding kan volgen, indien daartoe een vordering wordt ingesteld³⁷. Wanneer deze vordering tot echtscheiding wordt ingesteld door één echtgenoot, met feitelijke instemming van de partner, is er sprake van een echtscheiding door onderlinge toestemming.

7. Dat het probleem van de internationale echtscheiding in het Belgische recht niet op een aanvaardbare manier is geregeld, kan niet worden betwist. De interpretatie door het Hof van Cassatie van art. 3, derde lid, B.W. in de arresten Rossi en Bigwood is te verregaand³⁸, en de Wet Rolin heeft de lex fori ten onrechte verheven tot toepasselijke wet op de echtscheiding tussen twee vreemdelingen van dezelfde nationaliteit³⁹.

Daarom wordt gezocht naar een betere regeling. Zo werd op 19 juni 1980 door de senatoren Storme, Egelmeers en Pede een voorstel van wet ingediend «houdende de internationaalprivaatrechtelijke regeling inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed»⁴⁰. Het voorstel werd grondig bestudeerd binnen een groep van professoren en assistenten in het internationaal privaatrecht, die een verbeterde versie uitwerkte⁴¹. Art. 6 van het wetsvoorstel voorziet in een drietrapsregel voor de aanknopings⁴², zowel voor de toelaatbaarheid als voor de gronden, en zowel voor de echtscheiding als voor de scheiding van tafel en bed: 1) aanknopings bij de nationale wet van de echtgenoten indien zij een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten; 2) bij gebreke van gemeenschappelijke nationaliteit, aanknopings bij de wet van het land waar zij beiden hun gewone verblijfplaats hebben;

3) bij gebreke van een gewone verblijfplaats in hetzelfde land, aanknopings bij de lex fori⁴³.

De wetgever dient dringend de Wet Rolin in die zin aan te passen. Aldus komt de lex fori een meer bescheiden en gepaste rol toe, als subsidiaire aanknopingsfactor in laatste instantie.

8. De voormelde driedelige subsidiaire aanknopings is gebaseerd op de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie, in de arresten Rivière⁴⁴, Lewandowski⁴⁵ en Tarwid⁴⁶. Ook de Nederlandse wetgever bouwde hier op voort en nam de Rivière-regel op in de wet van 25 maart 1981 «houdende een regeling van het conflictenrecht inzake ontbinding van het huwelijk en scheiding van tafel en bed en de erkenning daarvan»⁴⁷. De trietrapsregel geldt evenwel slechts wanneer de echtgenoten geen keuze hebben gedaan voor de toepassing van Nederlands recht⁴⁸.

Een vergelijkbare aanknopings komt voor in het Duitse internationaal privaatrecht, de zogenaamde «Kegelsche Leiter»⁴⁹. Ook hier wordt op de eerste plaats aangeknoopt aan de gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten⁵⁰ en bij gebreke hiervan aan de wet van het land waar beide echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben⁵¹. In laatste instantie geldt de wet van het land waarmee beide echtgenoten de nauwste banden hebben⁵². Naast deze objectieve wettelijke aanknopings bestaat in bepaalde gevallen een mogelijkheid tot subjectieve aanknopings⁵³, door middel van rechtskeuze⁵⁴.

⁴³ Zie ook ERAUW, o.c., R.W., 1978-79, 2018; VAN HECKE en LE-NAERTS, o.c., 235, nr. 503, met rechtsvergelijkende verwijzingen.

⁴⁴ Cass. fr., 17 april 1953, J.C.P., 1953, II, 7863, noot BUCHET, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1953, 412, noot BATTIFOL.

⁴⁵ Cass. fr., 15 maart 1955, D., 1955, 540, noot CHAVRIER, J.C.P., 1955, II, 8771, noot PONSARD, *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1955, 320, noot BATTIFOL.

⁴⁶ Cass. fr., 15 mei 1961, D., 1961, 437, noot HOLLEAUX.

⁴⁷ Art. 1, eerste lid, van de wet van 25 maart 1981. Art. 1, tweede lid, bepaalt evenwel dat de echtgenoten geacht worden geen gemeenschappelijke nationale wet te bezitten, wanneer één der echtgenoten duidelijk geen werkelijke sociale band heeft met het land van de gemeenschappelijke nationaliteit. Zie VAN ROOIJ en POLAK, *Private International Law in the Netherlands*, Deventer, Kluwer, 1987, 218-219. In het geval van art. 1, tweede lid, zal de gemeenschappelijke nationale wet toch van toepassing zijn, indien de partijen dit verzoeken (art. 1, tweede lid, in fine). Zie VAN ROOIJ en POLAK, o.c., 216-217. Zie verder onder meer bij JOPPE, «De internationale echtscheiding en de bijkomende vorderingen tot alimentatie en scheiding en deling», *N.J.B.*, 1982, 617-624; VERHEUL, «Het wetsontwerp internationale echtscheiding», *N.J.B.*, 1980, 572-574, en de verwijzing bij VAN ROOIJ en POLAK, o.c., 88.

⁴⁸ Art. 1, vierde lid, van de wet van 25 maart 1981. Zie VAN ROOIJ en POLAK, o.c., 216-217.

⁴⁹ HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1989, 29.

⁵⁰ Art. 14, eerste lid, 1, EGBGB. Zie SIEHR, in *Münchener Kommentar*, VII, München, Beck, 1990, 853-856.

⁵¹ Art. 14, eerste lid, 2, EGBGB. Zie HENRICH, o.c., 32-35; SIEHR, in *Münchener Kommentar*, VII, 856-857.

⁵² Art. 14, eerste lid, 3, EGBGB. Zie HENRICH, o.c., 35; SIEHR, in *Münchener Kommentar*, VII, 857-858.

⁵³ SIEHR, in *Münchener Kommentar*, VII, 853.

⁵⁴ Art. 14, tweede en derde lid, EGBGB. Zie HENRICH, o.c., 29-31; SIEHR, in *Münchener Kommentar*, VII, 858-861.

³⁷ «Das Gesetz geht davon aus, daß sich der Ehegatte, der sich auf eine Trennungsvereinbarung einläßt, mit dem Scheitern der Ehe schon abgefunden hat» (GRUNSKY, o.c., 78).

³⁸ Het arrest Bigwood wordt over het algemeen in de rechtsleer bekritiseerd. Zie de verwijzing in noot 21. *Adde*: GULDIX, o.c., in SENAËVE (red.), *Echtscheiding*, 1990, 464.

³⁹ Zie RIGAUX, o.c., R.C.J.B., 1979, 129-130; VANHECKE en LE-NAERTS, o.c., 234-235, nr. 502. Vgl. FRANCESCAKIS en GOTHOT, «Une réglementation inachevée du divorce international. La loi belge du 27 juin 1960», *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1962, 247-282.

⁴⁰ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 470/1. De tekst van het wetsvoorstel werd ook gepubliceerd in R.W., 1980-81, 72.

⁴¹ ERAUW en DE FOER, *Internationaal privaatrecht. De bronnen*, Antwerpen/Amsterdam, Maklu, 1982, nr. 2.47

⁴² Het oorspronkelijke voorstel van wet en de geamendeerde versie voorzien in hun artikel zes in dezelfde aanknopingsfactoren. Het enige verschil bestaat in de formulering, die niet verbatim gelijk is.

9. De Franse wetgever zelf nam de Rivièreregel niet over. Sinds 1975 bepaalt art. 310 C.C.C. dat de echtscheiding wordt beheerst door het Franse recht, wanneer beide echtgenoten de Franse nationaliteit bezitten, of wanneer beide echtgenoten gedomicilieerd zijn in Frankrijk, en ten slotte wanneer geen enkele vreemde wet zich bevoegd verklaart. De gemeenschappelijke nationaliteit als eerste criterium wordt aldus verlaten⁵⁵. Het Franse recht dient immers te worden toegepast, ook wanneer beide echtgenoten-vreemdelingen een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten, zodra zij beiden hun domicilie hebben in Frankrijk⁵⁶.

Toch is de Franse regel minder «lex fori»-gericht dan de Belgische regel uit de Wet Rolin⁵⁷. Wanneer de echtgenoten niet beide de Franse nationaliteit bezitten, noch beiden in Frankrijk gedomicilieerd zijn, dient de rechter te onderzoeken of een vreemd recht zich toepasselijk acht. Indien dit onderzoek leidt naar één enkele vreemde wet, dan zal deze toegepast moeten worden⁵⁸. Indien meerdere vreemde wetten zich aandienen, dient de Rivièreregel te worden gehanteerd⁵⁹. Pas indien geen vreemde wet zich toepasselijke acht, zal het Franse recht kunnen worden toegepast⁶⁰.

10. Een recent Belgisch wetsvoorstel van senator Lallemand tot «wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de regeling van de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed in het internationaal privaatrecht en tot opheffing van de wet van 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten minste een van de echtgenoten een vreemdeling is»⁶¹ kent nog meer belang toe aan de lex fori als toepasselijke wet, dan nu reeds met de wet Rolin in ons recht het geval is.

⁵⁵ Vgl. FRANCISAKIS, «Le surprenant art. 310 (nouveau) du Code civil sur le divorce international», *Rev. Crit. Dr. Int. Privé*, 1975, 553-594.

⁵⁶ REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, Parijs, Répertoire du Notariat Defrénois, 1989, 38, nr. 41.

⁵⁷ Vgl. HENRICH, *o.c.*, 92-93.

⁵⁸ REVILLARD, *o.c.*, 38, nr. 41.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Art. 310, derde lid, C.civ.

Aan een bijzondere ruime internationale bevoegdheidsregeling⁶² wordt, geheel in de «Common Law»-traditie⁶³, de materieelrechtelijke toepassing van de lex fori verbonden⁶⁴. In die zin zou elke «lex fori»-beperking die nu nog in de Wet Rolin staat ingeschreven, afgeschaft worden. Het nieuwe art. 234 B.W. zou als volgt luiden: «Echtscheiding, scheiding van tafel en bed en omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding worden geregeld door de Belgische wet.» Hoewel deze verwijzingsregel vaak tot hetzelfde resultaat zal leiden als het voorgestelde getrapte systeem, is het voorstel Lallemand minder genuanceerd en niet in staat de verwijzingsregel aan te passen aan de concrete omstandigheden van het geval⁶⁵.

Alain VERBEKE
Aspirant N.F.W.O.

⁶¹ Gedr. St., Senaat, 1988-89, nr. 610/1.

⁶² Art. 3 van het wetsvoorstel regelt de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, door de invoering van een art. 638bis Ger.W. In § 1 wordt besloten tot de internationale bevoegdheid voor echtscheiding, indien de verweerder zijn woon- of verblijfplaats heeft in België of er woonplaats heeft gekozen, indien de eiser of verweerder de Belgische nationaliteit heeft, indien de laatste echtelijke verblijfplaats in België gelegen was en indien de eiser bij het instellen van zijn vordering sinds ten minste zes maanden in België verblijft. In § 2 wordt de internationale bevoegdheid inzake echtscheiding door onderlinge toestemming geregeld. Deze staat vast zodra één der echtgenoten Belg is, de laatste echtelijke verblijfplaats in België was gelegen, of één der echtgenoten sinds ten minste zes maanden in België verblijft.

⁶³ Zie CHESHIRE en NORTH, *Private International Law*, Londen, Butterworths, 1987, 11e uitg., 632-635.

⁶⁴ LENAERTS, «Kroniek van het internationaal privaatrecht (1985-1989)», *R.W.*, 1989-90, 914, nr. 18.

⁶⁵ Zie het voorbeeld bij GULDIX, *o.c.*, in SENAËVE (red.), *Echtscheiding*, 1990, 470, nr. 793.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

21 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. van Hecke

Verzekering – Motorrijtuigen – Gedekte aansprakelijkheid – Ouders voor kinderen – Gebruiksdiefstal

De W.A.M.-verzekeraar is gehouden te dekken de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders die eigenaar zijn van het verzekerde motorrijtuig en verzekeringnemers en die burgerrechtelijk aansprakelijk zijn verklaard voor schade, door een fout

van hun minderjarig kind als bestuurder van dat motorrijtuig daarmee veroorzaakt.

Die gehoudenheid geldt eveneens wanneer de minderjarige op het ogenblik dat hij de schade veroorzaakte, zich door diefstal de macht over het motorrijtuig van zijn ouders had verschaft.

N.V. A. t/ N.V. F. e.a.

Zaak A 89/3

Conclusie van de advocaat-generaal H. Lenaerts

Onderwerp van de vraag

1. In zijn arrest van 9 mei 1989 (AR 2050) verzoekt het Hof van Cassatie van België «het Benelux-Gerechtshof arti-

kel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behoren de bij de Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen uit te leggen, en meer bepaald te antwoorden op de volgende vragen : 1° Is de verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen gehouden de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te dekken van de ouders die eigenaars zijn van het verzekerde motorrijtuig en verzekeringsnemers en die, op grond dat zij geen goede opvoeding hebben gegeven aan hun minderjarig kind, bestuurder van het motorrijtuig op het ogenblik dat de schade door zijn fout met het motorrijtuig werd veroorzaakt, burgerrechtelijk aansprakelijk zijn verklaard voor de met het motorrijtuig veroorzaakte schade ? 2° Zo ja, geldt die verplichting nog wanneer de minderjarige, op het ogenblik dat hij de schade veroorzaakte, zich door diefstal de macht over het motorrijtuig van zijn ouders had verschafte ?»

Rechtspleging

2. De N.V. A. en het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds hebben elk een memorie ingediend.

De N.V. A. heeft bovendien een memorie van antwoord ingediend, waarin zij opwerpt dat de memorie van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds niet ontvankelijk is, nu dit geen partij in de zaak meer is.

De N.V. A. heeft haar cassatieberoep weliswaar ook gericht tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds. Maar het Hof van Cassatie stelt vast dat voor de feitenrechtters geen geding tussen beide partijen werd gevoerd en dat het bestreden vonnis ten voordele van de ene en ten nadele van de andere geen veroordeling uitspreekt ; derhalve wordt de voorziening niet ontvankelijk verklaard in zoverre zij tegen het waarborgfonds is gericht.

Nadere uitspraak over de voorziening totdat het Benelux-Gerechtshof zich over de gestelde vraag van uitleg heeft uitgesproken, wordt maar aangehouden in zoverre de voorziening gericht is tegen beslissingen op de civielrechtelijke vordering en van de in de aanhef vermelde verweerders 1 tot 9.

3. Het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds is dus geen partij in het geding voor de oplossing waarvan de vraag van uitleg is gesteld. Indien, na eventuele vernietiging van het bestreden vonnis, zou worden beslist dat de schade niet door de verzekeringsmaatschappij moet worden vergoed, zou het waarborgfonds weliswaar nog kunnen worden aangesproken. Het fonds heeft dus wel belang bij de uitspraak van het Benelux-Gerechtshof. Maar het is geen procespartij in het geding waarin het Hof van Cassatie een vraag om uitleg heeft gesteld.

Ik meen derhalve dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds geen partij is aan wie artikel 12, lid 4, van het Verdrag van 31 maart 1965, betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof het recht geeft om een memorie in te dienen.

Feiten

4. De minderjarige Tonny V. had zich door diefstal meester gemaakt van de wagen van zijn ouders en had daarmee schade veroorzaakt aan een aantal geparkeerde voertuigen. De Correctionele Rechtbank te Veurne verklaarde de ouders aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun

minderjarige zoon op grond dat zij hem geen goede opvoeding hadden gegeven.

5. Artikel 1384, tweede lid, van het Belgisch Burgerlijk Wetboek bepaalt : «De vader en de moeder zijn aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen»; het vijfde lid van dit artikel luidt : «De hierboven geregelde aansprakelijkheid houdt op, indien de ouders (...) bewijzen dat zij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten.»

Volgens de rechtspraak rust het vermoeden van aansprakelijkheid dat artikel 1384, tweede lid, op de ouders legt, hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht. Aansprakelijk zijn derhalve de ouders die niet kunnen bewijzen dat zij geen fout in de opvoeding van hun kind hebben begaan¹.

Eerste vraag

6. Artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorvoertuigen bepaalt dat de verzekering de burgerrechtelijke aansprakelijkheid moet dekken van de eigenaar, van iedere houder en van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig.

De Gemeenschappelijke Toelichting bij deze bepaling onderstreept dat de verzekeringsovereenkomst zowel de persoonlijke aansprakelijkheid van de eigenaar als diens «aansprakelijkheid voor degenen voor wie hij verantwoordelijk is en voor de zaken die hij onder zijn toezicht heeft» moet dekken. Voorts merkt de toelichting op «dat in het ontwerp niet de aansprakelijkheid als zodanig doch alleen de verzekering ervan wordt geregeld»².

Ten slotte stipt de toelichting nog aan dat «de aansprakelijkheid van de verzekerde (zal) zijn gedekt ongeacht de bron dier aansprakelijkheid : overeenkomst of onrechtmatige daad (of strafbaar feit : België)»³.

7. Voor de toepassing van de W.A.M.-verzekering is het dus zonder belang op welke grond de eigenaar van het motorrijtuig aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. Staat zijn aansprakelijkheid vast, dan moet de verzekeraar de schade vergoeden.

In de onderhavige zaak heeft de nationale rechter vastgesteld dat de eigenaar van de wagen als ouder van de minderjarige bestuurder burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. Dan is die aansprakelijkheid meteen ook door de W.A.M.-verzekering gedekt. Dat die aansprakelijkheid naar Belgisch recht stoelt op artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek speelt daarbij geen rol.

De eerste vraag dient derhalve bevestigend te worden beantwoord.

Tweede vraag

8. In het arrest van 26 juni 1989⁴ laat het Benelux-Gerechtshof gelden dat «de verplichte aansprakelijkheids-

¹ Cass., 30 mei 1984, A.C., 1983-84, nr. 561 ; 28 april 1987, A.C., 1986-87, nr. 503 ; 23 juni 1988, A.C., 1987-88, nr. 661 ; 23 febr. 1989, A.C., 1988-89, nr. 356.

² Benelux-Basisteksten, deel 4/II, Verzekering motorrijtuigen, blz. 37.

³ Ibid., blz. 39.

⁴ Zaak A 88/3, Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars t/ Potz, Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds.

verzekering inzake motorrijtuigen, als omschreven in artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen (...), blijkens voormelde bepaling en naar de bewoordingen van de desbetreffende Gemeenschappelijke Toelichting⁵ (...) een zeer ruime strekking heeft, in hier toegevoegd dat van de verzekering slechts mag worden uitgesloten de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van degene die zich door diefstal of geweldpleging van het motorrijtuig meester heeft gemaakt en van degene die zonder geldige reden van het voertuig gebruik heeft gemaakt in de wetenschap dat het gestolen is» (r.o. 10); «dat daaruit volgt dat uitsluiting van de verzekering eerst dan geoorloofd is wanneer vaststaat dat aan één van de voormelde voor uitsluiting gestelde voorwaarden is voldaan» (r.o. 11).

In de onderhavige zaak gaat het niet om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de minderjarige zoon die de wagen van zijn ouders gestolen heeft, maar om de aansprakelijkheid van de ouders. Aan de voor uitsluiting gestelde voorwaarden is derhalve niet voldaan.

De door artikel 3, § 1, beperkend omschreven gevallen van uitsluiting mogen niet worden uitgebreid tot degenen die niet zelf de wagen hebben gestolen, maar burgerrechtelijk aansprakelijk zijn voor degene die zich door diefstal van het motorrijtuig meester heeft gemaakt.

9. De Gemeenschappelijke Toelichting bij de besproken bepaling merkt op dat «door de wet of de jurisprudentie uitgemaakt (zal) moeten worden of de eigenaar, de gebruiker of de bestuurder aansprakelijk gesteld kunnen worden voor ongevallen die zijn veroorzaakt door degene die het motorrijtuig heeft gestolen. Vast staat echter, dat deze aansprakelijkheid, indien zij bestaat, door de verzekering zal gedekt zijn»⁶.

Is de eigenaar van het gestolen voertuig aansprakelijk voor de schade als ouder van zijn minderjarige zoon die de wagen gestolen heeft en als bestuurder de schade veroorzaakt heeft, dan is zijn aansprakelijkheid door de verzekering gedekt en moet de verzekeraar de schade vergoeden.

Ook de tweede vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

Conclusie

10. Ik meen dat de gestelde vragen als volgt dienen te worden beantwoord:

1° De verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen is gehouden de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te dekken van de ouders die eigenaars zijn van het verzekerde motorrijtuig en verzekeringsnemers en die, op grond dat zij geen goede opvoeding hebben gegeven aan hun minderjarig kind, bestuurder van het motorrijtuig op het ogenblik dat de schade door zijn fout met het motorrijtuig werd veroorzaakt, burgerrechtelijk aansprakelijk zijn verklaard voor de met het motorrijtuig veroorzaakte schade.

2° Die verplichting geldt nog wanneer de minderjarige, op het ogenblik dat hij de schade veroorzaakte, zich door diefstal de macht over het motorrijtuig van zijn ouders had verschaft.

⁵ Benelux-Basisteksten, *op. cit.*, blz. 37.

⁶ Benelux-Basisteksten, *op. cit.*, blz. 38-39.

Arrest

Gezien het arrest van het Hof van Cassatie van België van 9 mei 1989 (...);

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten waarvan te dezen moet worden uitgegaan, als volgt kunnen worden omschreven:

De minderjarige Tonny V. maakte zich door diefstal meester van het motorrijtuig van zijn ouders en veroorzaakte daarmee schade aan een aantal geparkeerde voertuigen.

De Correctionele Rechtbank te Veurne, zitting houdende in hoger beroep, verklaarde bij vonnis van 6 oktober 1987 Freddy V. en Liliane P., ouders van de minderjarige, burgerrechtelijk aansprakelijk voor de veroorzaakte schade, met toepassing van artikel 1384 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek. Dit artikel bepaalt voor zover hier van belang: (tweede lid) «De vader en de moeder zijn aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen» en (vijfde lid) «De hierboven geregelde aansprakelijkheid houdt op, indien de ouders (...) bewijzen dat zij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten». De rechtbank grondde de aansprakelijkheid op de omstandigheid dat de ouders hun kind geen goede opvoeding hadden gegeven.

De burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het gestolen motorrijtuig aanleiding kon geven, was gedekt door een verzekering bij de N.V. A.

De Correctionele Rechtbank te Veurne veroordeelde in voormeld vonnis de N.V. A. naast Tonny V., Freddy V. en Liliane P. — anders dan de rechter in eerste aanleg, die naast de zo juist genoemde personen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds had veroordeeld — tot vergoeding van de door Tonny V. veroorzaakte schade, op grond dat Freddy V., eigenaar van het rijtuig, als vader van zijn minderjarige zoon burgerrechtelijk aansprakelijk was.

Tegen die beslissing heeft de n.v. A. cassatieberoep ingesteld;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat het Hof van Cassatie de navolgende vragen heeft gesteld betreffende de uitleg van artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen:

«1. Is de verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen gehouden de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te dekken van de ouders die eigenaars zijn van het verzekerde motorrijtuig en verzekeringsnemers en die, op grond dat zij geen goede opvoeding hebben gegeven aan hun minderjarig kind, bestuurder van het motorrijtuig op het ogenblik dat de schade door zijn fout met het motorrijtuig werd veroorzaakt, burgerrechtelijk aansprakelijk zijn verklaard voor de met het motorrijtuig veroorzaakte schade?

2. Zo ja, geldt die verplichting nog wanneer de minderjarige, op het ogenblik dat hij de schade veroorzaakte, zich door diefstal de macht over het motorrijtuig van zijn ouders had verschaft?»;

...

Ten aanzien van de memorie van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds

9. Overwegende dat artikel 12, lid 4, van het Verdrag bepaalt: «Elke partij is bevoegd (...) een memorie in te dienen inhoudende haar stellingen en conclusies»;

10. dat hieruit volgt dat alleen een «partij» een memorie kan indienen;

11. Overwegende dat ingevolge artikel 6, leden 2 en 3, van het Verdrag een vraag van uitleg kan, onderscheidenlijk moet worden gesteld indien de nationale rechter van oordeel is dat beantwoording van die vraag noodzakelijk is om in de voor hem aanhangige zaak vonnis te kunnen wijzen;

12. dat mitsdien, indien de vragende rechter alvorens vragen te stellen een beslissing neemt waardoor ten opzichte van een partij aan de zaak een einde komt, het ten aanzien van deze partij niet langer noodzakelijk is deze vragen te stellen;

13. dat daarom deze partij niet kan worden aangemerkt als partij in de zin van artikel 12, lid 4, van het Verdrag, ook al zou zij, ondanks de beslissing van de nationale rechter, nog belang hebben bij het antwoord op de gestelde vragen van uitleg;

14. dat het Hof van Cassatie in het voormelde arrest de voorziening van eiseres voor zover gericht tegen het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds niet ontvankelijk heeft verklaard, op grond «dat voor de feitenrechter geen geding werd gevoerd tussen eisers en (het Fonds); dat het vonnis ten voordele van de ene (...) en ten nadele van de andere (...) geen veroordeling uitsprekt»;

15. dat door deze beslissing is komen vast te staan dat ten aanzien van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de zaak een einde heeft genomen;

16. dat het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds mitsdien niet kan worden beschouwd als een partij, bevoegd om voor het Hof een memorie in te dienen, en op de memorie van dit fonds dan ook geen acht kan worden geslagen;

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van de eerste vraag

17. Overwegende dat artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen luidt: «De verzekering moet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekken van de eigenaar, van iedere houder, van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig en van iedere vervoerde persoon, zulks met uitzondering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschafte en van hen die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken»;

18. dat de Gemeenschappelijke Toelichting op artikel 3 onderstreept dat de overeenkomst de aansprakelijkheid van de eigenaar moet dekken en dat deze aansprakelijkheid mede omvat de aansprakelijkheid voor degenen voor wie hij verantwoordelijk is;

19. Overwegende dat, zoals onder 16 en 17 van het arrest van het Hof van 20 oktober 1989 in de zaak A 88/2 is overwogen:

«de rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar berust op het 'eigen recht' dat de benadeelde krachtens artikel 6 van de Gemeenschappelijke Bepalingen heeft 'tegen de verzekeraar'; dat de grondslag van dit 'eigen recht' in artikel 6 niet nader wordt aangegeven doch dat deze, zoals volgt uit

de samenhang van het artikel met de overige bepalingen, moet worden gevonden in het recht dat de benadeelde op grond van 'de burgerrechtelijke aansprakelijkheid' van de in artikel 3, § 1, vermelde verzekerden tegen deze laatste geldend kan maken;

(...) dat dit recht blijkens artikel 3, § 3, naar zijn inhoud wordt bepaald door 'de toepasselijke wet' waarbij geen enkel onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende grondslagen waarop de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerden volgens die wet kan berusten»;

20. dat uit het vorenstaande onder 17 tot en met 19 moet worden afgeleid dat in de verplichting tot het dekken van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de eigenaar van het motorvoertuig door de verzekeraar mede is begrepen de aansprakelijkheid van de eigenaar, berustende op een bepaling van de nationale wet die de vader en de moeder verantwoordelijk verklaart voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen;

21. dat de eerste vraag derhalve bevestigend dient te worden beantwoord;

Ten aanzien van de tweede vraag

22. Overwegende dat, zoals onder 10 en 11 van het arrest van het Hof van 26 juni 1989 in de zaak A 83/3 is overwogen: «de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, als omschreven in artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, de burgerrechtelijke aansprakelijkheid moet dekken van iedere bestuurder van het verzekerde motorrijtuig; dat die verzekering vóór alles ter bescherming van de benadeelde dient; dat, blijkens voormelde bepaling en naar de bewoordingen van de desbetreffende Gemeenschappelijke Toelichting, de verzekering een zeer ruime strekking heeft, in die zin dat van de verzekering slechts mag worden uitgesloten de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van degene die zich door diefstal of geweldpleging van het motorrijtuig meester heeft gemaakt en van degene die zonder geldige reden van het voertuig gebruik maakt in de wetenschap dat het gestolen is;

dat daaruit volgt dat uitsluiting van de verzekering eerst dan geoorloofd is wanneer vaststaat dat aan één van de voormelde voor uitsluiting gestelde voorwaarden is voldaan»;»

23. Overwegende dat het te dezen niet gaat om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van degene die het motorvoertuig heeft gestolen maar om die van zijn vader, eigenaar van het voertuig;

24. dat de voorwaarden gesteld voor uitsluiting van de verzekering derhalve niet vervuld zijn;

25. Overwegende dat uit het vorenstaande onder 22 tot en met 24 volgt dat ook de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord;

...

Verklaart voor recht:

31. *Ten aanzien van de eerste vraag:* de verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen is gehouden te dekken de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de ouders die eigenaar zijn van het verzekerde motorrijtuig en verzekeringnemers en die burgerrechtelijk aansprakelijk zijn verklaard voor schade, door een fout van hun minderjarig kind als bestuurder van dat motorrijtuig daarmee veroorzaakt;

32. *Ten aanzien van de tweede vraag:* De hiervoren onder 31 bedoelde gehoudenheid geldt eveneens wanneer de al-

daar bedoelde minderjarige op het ogenblik dat hij de schade veroorzaakte, zich door diefstal de macht over het motorrijtuig van zijn ouders had verschaft.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 25 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Bützler en Dassel

Burgerlijke rechtspleging — Beschikkingsbeginsel — Taak van de rechter — Oorzaak en voorwerp van de eis

De feitenrechter kan de door de partijen aangevoerde gronden ambtshalve door andere vervangen, mits hij geen geschil opwerpt waarvan het bestaan uitgesloten wordt in het appelverzoekschrift en in de conclusies, zich uitsluitend baseert op feiten of op stukken die hem regelmatig zijn voorgelegd en noch het onderwerp noch de oorzaak van de vordering wijziget.

M. t/ F.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 april 1988 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest erop wijst dat «luidens artikel 15 van het (verkoop)compromis de partijen zich ertoe verbinden uiterlijk binnen vier maanden na de dagtekening van dat compromis voor de notarissen te verschijnen voor ondertekening van de authentieke akte, onder bedreiging met de in dat artikel bepaalde sanctie, die evenwel enkel kan worden toegepast wanneer niet binnen een maand gevolg wordt gegeven aan een bij aangetekend schrijven gedane ingebrekestelling; dat er geen acht hoeft te worden geslagen op de door de verkoper op 10 oktober 1985 aan de koper verzonden ingebrekestelling, aangezien de in het compromis bepaalde termijn van vier maanden niet verstreken was (op 5 december 1985); dat evenmin acht hoeft te worden geslagen op het aangetekend schrijven dat de raadsman van (eiseres) op 20 november 1985, dus vóór het verstrijken van bovengenoemde termijn aan de koper had gezonden»;

Overwegende dat de feitenrechter de door de partijen aangevoerde gronden ambtshalve door andere kan vervangen, mits hij geen geschil opwerpt waarvan het bestaan uitgesloten wordt in het appelverzoekschrift en in de conclusies, zich uitsluitend baseert op feiten of op stukken die hem regelmatig zijn voorgelegd en noch het onderwerp noch de oorzaak van de vordering wijziget;

Overwegende dat het middel niet aanvoert dat het hof van beroep het onderwerp of de oorzaak van de vordering heeft gewijzigd;

Dat de appelrechters, door hun beslissing te gronden op het verkoopcompromis en op de hun regelmatig overgelegde ingebrekestellingen, die feitelijke gegevens zijn welke door de partijen zijn aangevoerd en aan hun tegenspraak onderworpen, uitspraak hebben gedaan over het voor hen ge-

brachte geschil en noch de wetbepalingen noch het algemeen rechtsbeginsel waarvan sprake is in het middel hebben geschonden;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 5 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Simont en Geiring

Veiligheidscomité — Beschermde werknemer — Ontslag — Dringende reden — Kennisneming van feit — Begrip — Voorafgaand verhoor — Arbeidsrechtbank — Adiëring — Termijn

De termijn van drie werkdagen waarbinnen de werkgever het geschil betreffende een dringende reden ten laste van een personeelsafgevaardigde in het veiligheidscomité aanhangig moet maken bij de arbeidsrechtbank, vangt aan wanneer de werkgever, om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen, omtrent het bestaan van het ten laste gelegde feit en de omstandigheden die er een dringende reden van kunnen maken, voldoende zekerheid heeft voor zijn eigen overtuiging en tevens tegenover de beschermde werknemer en het gerecht. Het voorafgaande verhoor van de werknemer kan, ongeacht het resultaat ervan, volgens de omstandigheden van de zaak, een maatregel zijn waardoor de werkgever zodanige zekerheid kan verkrijgen.

B. t/ N.V. M.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 december 1989 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

...

Overwegende dat artikel 1bis, § 2, tweede lid, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, bepaalt dat de werkgever het geschil aanhangig maakt bij de arbeidsrechtbank binnen drie werkdagen na de kennisneming van het feit dat de dringende reden uitmaakt;

Overwegende dat in de zin van dat artikel het feit aan de werkgever bekend is wanneer deze, om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen, omtrent het bestaan van dit feit en de omstandigheden die er een dringende reden van kunnen maken, voldoende zekerheid heeft voor zijn eigen overtuiging en tevens tegenover de beschermde werknemer en het gerecht;

Overwegende dat het voorafgaand verhoor van de beschermde werknemer, ongeacht het resultaat ervan, volgens de omstandigheden van de zaak, een maatregel kan zijn waardoor de werkgever een dergelijke zekerheid kan verkrijgen;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat het normaal is dat verweerster «de voorzorg neemt of erover waakt (eiser) te verhoren of te laten verhoren, zonder voort te gaan op

de noodzakelijk eenzijdige en op het moment van de feiten afgelegde verklaringen van een bewaker»;

Dat het arrest erop wijst dat, «in zoverre eiser verkoos met vakantie te gaan, hoewel hij wist of hoorde te weten dat men hem ervan verdacht zich bij het verlaten van de onderneming aan een controle te hebben onttrokken, hij zijn werkgever heeft belet op passende wijze kennis te nemen van de feiten alvorens zijn houding te bepalen; dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verkrijgen van voldoende zekerheid omtrent het bestaan van het feit en het overbodige voortzetten van een onderzoek om inlichtingen in te winnen die niet meer zekerheid brengen; dat, te dezen, de directie van (verweester) die zekerheid pas heeft kunnen verkrijgen na (eisers) verhoor op 6 juni 1988»;

Overwegende dat het arbeidshof, in de omstandigheden van de zaak zoals ze in het arrest worden beschreven, om te oordelen of de zekerheid van de werkgever omtrent het litigieuze feit voldoende was, diende te verwijzen naar het ogenblik waarop het feit was gepleegd en die beoordeling niet kon laten afhangen van de wetenschap of eiser later, tijdens zijn verhoor, het feit had erkend of ontkend;

Dat de appelrechters bijgevolg niet dienden te verduidelijken waarin het verhoor van de betrokkene de overtuiging van de werkgever had beïnvloed;

Dat zij door bovenvermelde overwegingen hun beslissing naar recht hebben verantwoord en regelmatig met redenen hebben omkleed;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 26 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en Dassesse

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Einde – Uitwinningvergoeding – Opzegging door werkgever – Verkorte tegenopzegging – Gevolg

Geen recht op een uitwinningvergoeding heeft de handelsvertegenwoordiger die, nadat hij door zijn werkgever is opgezegd, een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst door, met toepassing van art. 84 A.O.W., een verkorte tegenopzegging te doen.

N.V. D. t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 november 1989 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het eerste onderdeel van het middel: schending van de artikelen 84, 87 en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (artikel 84 als van kracht na de wetwijziging bij artikel 5 van het koninklijk besluit van 14 december 1984 en artikel 101 als van kracht vóór de wetwijziging bij artikel 15 van de wet van 17 juli 1985),

doordat het arbeidshof oordeelt dat «de vordering tot betaling van een uitwinningvergoeding gegrond is en de berekening ervan overeenkomstig de wettelijke beschikkingen lijkt» en verweerder een bruto-uitwinningvergoeding van

572.750 frank toekent, op de gronden dat verweerder meer dan één jaar als handelsvertegenwoordiger in dienst was en cliënteel had aangebracht (en overigens een concurrentiebeding was ingeschreven in de arbeidsovereenkomst), dat eiseres, werkgeefster, de initiatiefneemster van «de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is door opzegging op 20 december 1984 met een opzeggingstermijn van 13 maanden, ingaande op 1 januari 1985», dat «het feit dat (verweerder) een tegenopzegging betekende ingaande op 1 februari 1985 met een duur van 6 maanden daar niets aan verandert», dat «dus een uitwinningvergoeding verschuldigd is, tenzij (eiseres) bewijst dat uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen nadeel volgde voor (verweerder)» en, na te hebben aangenomen dat geen uitwinningvergoeding verschuldigd is aan de handelsvertegenwoordiger die ervan afziet zijn cliënteel verder te valoriseren, dat «ter zake (eiseres) niet het bewijs levert dat (verweerder) vrijwillig zou afgezien hebben van zijn functie als handelsvertegenwoordiger» en dat «integendeel (verweerder) voldoende bewijst dat hij bij verschillende bedrijven gesolliciteerd heeft als handelsvertegenwoordiger en (eiseres) niet bewijst dat hij ooit de bedoeling heeft gehad niet verder meer te zullen werken als handelsvertegenwoordiger»,

...

Overwegende dat de handelsvertegenwoordiger recht heeft op een uitwinningvergoeding overeenkomstig het bepaalde in artikel 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet, «wanneer de overeenkomst wordt beëindigd door de werkgever zonder dringende reden of door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden»;

Overwegende dat de arbeidsovereenkomst door opzegging eindigt bij het verstrijken van de opzeggingstermijn;

Dat, wanneer de werkgever opzegging heeft gedaan, de arbeidsovereenkomst door die opzegging niet beëindigd is zolang de opzeggingstermijn niet verstreken is;

Overwegende dat, wanneer de bediende met toepassing van artikel 84 van de Arbeidsovereenkomstenwet een einde aan de arbeidsovereenkomst maakt met verkorte opzeggingstermijn, de termijn van de door de werkgever gegeven opzegging niet wordt verkort, maar de overeenkomst eindigt als gevolg van de door de bediende gegeven opzegging bij het verstrijken van de door deze in acht genomen opzeggingstermijn;

Dat de handelsvertegenwoordiger die aan de arbeidsovereenkomst een einde maakt met toepassing van voormeld artikel 84, geen recht op een uitwinningvergoeding heeft;

...

RAAD VAN STATE

7e KAMER – 5 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Tacq

Staatsraden: mevrn. Vrints en Tulkens (rapporteur)

Auditeur: de h. Van Noten (andersluidend advies)

Advocaat: mr. de Bruyn

1. Rechten van de mens – Gelijkheidsbeginsel – Benoeming in overheidsdienst – 2. Gemeenschap en gewest – Executieve – Delegatie van bevoegdheden aan individuele

leden – 3. Openbaar ambt – Benoeming – Advies van de directieraad – Beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State – Redelijkheid

1. *De Executieve schendt het gelijkheidsbeginsel wanneer zij voor zes te begeven betrekkingen in hun geheel beslist het advies van de directieraad te volgen, zonder voor elk van die betrekkingen te onderzoeken of er geen gronden zijn om van het advies van de directieraad af te wijken.*

2. *De delegatie van bevoegdheden aan individuele leden van de Executieve moet worden opgevat als een werkingsregel van praktische aard, die de Executieve niet de bevoegdheid ontnemt om, telkens als zij het noodzakelijk acht, over een gedelegeerde aangelegenheid een collegiale beslissing te nemen.*

3. *Het komt de Raad van State niet toe zijn beoordeling van de verdiensten van de kandidaten in de plaats te stellen van die van de directieraad. Hij vermag enkel na te gaan of de door de directieraad uitgebrachte beoordeling niet kennelijk onredelijk is.*

D. t/ de Vlaamse Gemeenschap en B.
Arrest nr. 35.046

Gezien het verzoekschrift dat Arnold D. op 23 november 1989 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

«1.° de beslissing van de Vlaamse Executieve van woensdag 27 september 1989 aangaande de 'bevorderingsprocedure voor het begeven van vacante betrekkingen in niveau 1 in de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu' waarbij beslist werd, op grond van de door de Directieraad van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap opgemaakte rangschikking van de kandidaten voor de zes vermelde betrekkingen zes ambtenaren te bevorderen, waaronder specifiek de bevordering van Guy B. tot directeur bij het Bestuur Ruimtelijke Ordening – Dienst Beroepen ; 2° het besluit van de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting van 27 september 1989 waarbij de heer Guy B., adjunct-adviseur, met ingang van 1 april 1989 bevorderd wordt door verhoging in graad tot directeur bij de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu, Dienst Beroepen, zoals verschenen in het Belgisch Staatsblad van 31 oktober 1989, blz. 18.226»;

Gelet op het arrest nr. 33.858 van 22 januari 1990 waarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging van bovenvermelde beslissingen wordt bevolen ;

...

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

1. Begin 1989 worden in het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap 32 betrekkingen van de rangen 11, 12 en 13, waaronder een zestal bij de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu, Bestuur Ruimtelijke Ordening, vacant verklaard.

2. Op 24 maart 1989 stelt verzoeker, die kabinetsmedewerker is van de gemeenschapsminister voor Ruimtelijke Ordening en Huisvesting, zich kandidaat voor drie van de bij voornoemde administratie vacante betrekkingen, en in de eerste plaats voor de betrekking van directeur bij de Dienst Beroepen.

De tussenkomende partij, die sedert 1 februari 1987 met de uitoefening van de hogere functie van directeur bij de Dienst Beroepen is belast, stelt zich op dezelfde datum kandidaat voor genoemde betrekking.

3. Op 3 mei 1989 onderzoekt de directieraad van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap de ingediende kandidaturen en beslist eenparig de tussenkomende partij als eerste en verzoeker als tweede te rangschikken.

4. Op 19 mei 1989 dient verzoeker tegen deze rangschikking bezwaar in.

Dit bezwaar wordt op 5 juni 1989 door de directieraad verworpen.

5. Op 31 juli 1989 zendt de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting aan de gemeenschapsminister van Binnenlandse Zaken en Openbaar Ambt de bevorderingsvoorstellen over voor de zes vacante betrekkingen bij de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu. Voor drie bevorderingen, waaronder die tot directeur bij de Dienst Beroepen, stelt hij voor van het advies van de directieraad af te wijken, terwijl hij voor drie andere bevorderingen voorstelt het advies te volgen.

6. Met een nota aan de Vlaamse Executieve van 30 augustus 1989 stelt de voorzitter van de Vlaamse Executieve voor om, bij ontstentenis van consensus tussen hemzelf en de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting over de drie voordrachten waarvoor het advies van de directieraad niet is gevolgd, op grond van de door de directieraad opgemaakte rangschikking van de kandidaten voor de vacante betrekkingen in de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu, de te bevorderen ambtenaren aan te wijzen en de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting met de uitvoering van die beslissing te belasten.

7. Op 27 september 1989 besluit de Vlaamse Executieve, overeenkomstig voornoemd voorstel, zes ambtenaren in de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu te bevorderen. De tussenkomende partij wordt also bevorderd tot directeur bij de Dienst Beroepen.

Deze bevordering werd geformaliseerd in een op dezelfde datum door de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting genomen besluit.

Dit besluit werd op 31 oktober 1989 in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt.

Overwegende dat de Vlaamse Gemeenschap, die als verwerende partij in de zaak werd aangewezen, geen memorie van antwoord heeft ingediend ; dat wel een memorie van antwoord werd ingediend voor het Vlaamse Gewest ;

Overwegende dat artikel 59bis, § 1, van de Grondwet als volgt luidt : «Er is een Raad en een Executieve van de Vlaamse Gemeenschap en een Raad en een Executieve van de Franse Gemeenschap, waarvan de samenstelling en de werking door de wet worden bepaald. (...) Met het oog op de toepassing van artikel 107quater kunnen de Raad van de Vlaamse Gemeenschap en de Raad van de Franse Gemeenschap en hun Executieven de bevoegdheden uitoefenen van respectievelijk het Vlaamse Gewest en het Waalse Gewest, onder de voorwaarden en op de wijze die de wet bepaalt. (...)» ; dat overeenkomstig het aangehaalde grondwetsartikel de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen in haar artikel 1, § 1, bepaalt : «De Raad en de Executieve van de Vlaamse Gemeenschap, hierna genoemd

‘de Vlaamse Raad’ en de ‘Vlaamse Executieve’ zijn bevoegd voor de aangelegenheden bedoeld in artikel 59bis van de Grondwet. Zij oefenen in het Vlaamse Gewest de bevoegdheden van de gewestorganen uit voor de aangelegenheden bedoeld in artikel 107quater van de Grondwet, onder de voorwaarden en op de wijze bepaald door deze wet»; dat artikel 87, § 1, van dezelfde bijzondere wet bepaalt: «Onverminderd artikel 88 beschikt iedere Executieve over een eigen administratie, eigen instellingen en eigen personeel»;

dat de aangehaalde bepalingen doen blijken dat de Vlaamse Executieve, hoewel zij zowel gemeenschaps- als gewestbevoegdheden uitoefent, slechts over één administratie beschikt; dat, aangezien het Vlaamse Gewest geen eigen Executieve en dus ook geen eigen diensten heeft, de Vlaamse Executieve, wanneer zij beslissingen neemt i.v.m. het personeel van haar diensten, steeds als orgaan van de Vlaamse Gemeenschap optreedt; dat het Vlaamse Gewest bijgevolg niet als verwerende partij in de zaak kan worden betrokken; dat derhalve de voor het Vlaamse Gewest ingediende memorie van antwoord uit de debatten moet worden geweerd;

Overwegende dat verzoeker in fine van zijn verzoekschrift de Raad van State vraagt «als complementaire vordering zich tevens uit te spreken over de vernietiging van de impliciete weigering om (hem) te bevorderen in de functie van directeur bij de Dienst Beroepen (...)»;

Overwegende dat geen wettelijke of reglementaire bepaling de bevordering van verzoeker tot voorwerp van een gebonden bevoegdheid maakt; dat alleen reeds om die reden niet kan worden ingegaan op verzoekers vraag tot nietigverklaring van de impliciete weigering hem te bevorderen;

Overwegende dat verzoeker de Raad van State ook nog vraagt «te zeggen dat er gronden aanwezig zijn voor een materiële en morele schade welke verzoeker geleden heeft door het bestreden bevorderingsbesluit»;

Overwegende dat dit onderdeel van de vordering niet in 's Raads bevoegdheid kan worden ingepast;

Overwegende dat verzoeker in het eerste middel een schending van artikel 6 van de Grondwet aanvoert; dat hij betoogt dat er in «deze bevorderingsronde» 32 betrekkingen vacant waren en 29 bevorderingen werden toegekend en dat, hoewel alle 29 bevorderingen onderworpen waren aan het statuut van het rijkspersoneel en het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989, zes van die bevorderingen, waaronder die tot de graad van directeur bij de Dienst Beroepen, waarvoor hij kandideerde, gebeurden «volgens een andere procedure en op grond van een zuiver politieke beoordeling»; dat hij ter zake doet gelden dat 23 van de 29 bevorderingen zijn toegekend overeenkomstig het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 zonder tussenkomst van de Vlaamse Executieve en in sommige gevallen met afwijking van het advies van de directieraad, terwijl voor de overige zes bevorderingen door de Vlaamse Executieve zonder motivering besloten werd de door de directieraad opgemaakte rangschikking te volgen; dat hij stelt dat hierdoor de objectieve voordracht tot bevordering van de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting en meteen ook zijn eigen bevordering tot directeur bij de Dienst Beroepen onmogelijk werd gemaakt; dat hij eveneens stelt dat er voor het gemaakte onderscheid tussen de procedure en de motivering voor de zes bevorderingen bij de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu en de overige 23 bevorderingen geen objectieve en redelijke

rechtvaardiging bestaat en dat, bij ontstentenis van een dergelijke rechtvaardiging, het in artikel 6 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel geschonden werd;

Overwegende dat de bevorderingen in alle vacante betrekkingen onder toepassing vielen van het statuut van het rijkspersoneel en van het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 tot vaststelling van de regelen inzake organisatie en werking van de diensten van de Vlaamse Executieve en van de Instellingen van Openbaar Nut die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en/of van het Vlaamse Gewest; dat artikel 6, § 2, C, van voornoemd besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 bepaalt dat de benoemingen en bevorderingen tot de graden van de rangen 11 tot 15 gezamenlijk gebeuren door de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de functioneel bevoegde gemeenschapsminister; dat vaststaat dat 23 van de 29 bevorderingen overeenkomstig het aangehaalde artikel 6, § 2, C, en derhalve zonder tussenkomst van de Vlaamse Executieve werden toegekend, terwijl de zes bevorderingen in de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu met tussenkomst van de Vlaamse Executieve gebeurden; dat de stukken van het dossier evenwel doen blijken dat dit onderscheid in de bevorderingsprocedure zijn oorsprong vindt in het feit dat voor de zes bevorderingen in genoemde Administratie tussen de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de functioneel bevoegde gemeenschapsminister geen consensus werd bereikt, terwijl die consensus voor de overige bevorderingen wel bestond; dat het gebrek aan consensus een objectieve en redelijke rechtvaardiging biedt voor het gemaakte onderscheid; dat het middel, in zoverre het het gelijkheidsbeginsel geschonden noemt doordat een aantal bevorderingen zonder tussenkomst en andere met tussenkomst van de Vlaamse Executieve werden toegekend, niet gegrond is;

Overwegende dat niet wordt tegengesproken dat voor de 23 bevorderingen, die overeenkomstig artikel 6, § 2, C, van het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 werden toegekend, het advies van de directieraad in een aantal gevallen niet werd gevolgd; dat het niet volgen van bedoeld advies inhoudt dat in die gevallen telkens werd nagegaan of er gronden waren om van de door de directieraad voorgestelde rangschikking van de kandidaten af te wijken;

Overwegende dat de voorzitter van de Vlaamse Executieve in zijn nota van 30 augustus 1989 aan de Vlaamse Executieve het volgende «voorstel van beslissing» formuleerde: «Aan de Vlaamse Executieve wordt voorgesteld, op grond van de door de Directieraad van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap opgemaakte en bijgevoegde rangschikking van de kandidaten voor de vacante betrekkingen in het Bestuur Ruimtelijke Ordening van de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu, de te bevorderen ambtenaren aan te wijzen»; dat de notulen van de vergadering van de Vlaamse Executieve van 27 september 1989 vermelden wat volgt: «De Vlaamse Executieve besluit, op grond van de door de Directieraad van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap opgemaakte rangschikking van de kandidaten voor de in rand vermelde vacante betrekkingen (gevoegd als bijlage bij het in rand vermelde document) de volgende ambtenaren te bevorderen: C.B. tot directeur bij het Bestuur Ruimtelijke Ordening – Dienst Beroepen, bij een tegenstem; (...)»

dat de aangehaalde gegevens er duidelijk op wijzen dat voor de zes bij de Administratie voor Ruimtelijke Ordening en Leefmilieu te begeven betrekkingen globaal werd besloten het advies van de directieraad te volgen; dat, daar voor alle vacante betrekkingen dezelfde statutaire voorschriften golden, de Vlaamse Executieve, ter eerbiediging van de gelijkheid tussen de kandidaten, voor elk van de bij genoemde Administratie te begeven betrekkingen had moeten onderzoeken of er geen gronden waren om van het advies van de directieraad af te wijken; dat geenszins blijkt dat een dergelijk onderzoek is verricht; dat het besluit om de door de directieraad voorgestelde rangschikking te volgen meebracht dat verzoeker onmogelijk kon worden bevorderd; dat hij derhalve niet dezelfde kansen kreeg als de kandidaten voor de 23 andere betrekkingen, waarvoor het advies in een aantal gevallen niet werd gevolgd; dat daarenboven, zoals verzoeker terecht opmerkt, er voor de onderscheiden behandeling van de kandidaten geen objectieve en redelijke verantwoording lijkt te bestaan; dat een dergelijke verantwoording alleszins niet kan worden gevonden in de omstandigheid dat de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de functioneel bevoegde Gemeenschapsminister geen consensus bereikten; dat het ontbreken van die consensus de Vlaamse Executieve immers niet verhinderde voor elk van de te begeven betrekkingen de titels en verdiensten van de kandidaten te vergelijken teneinde na te gaan of er geen redenen waren tot afwijking van het advies van de directieraad; dat het middel, in zoverre het de Vlaamse Executieve verwijt het gelijkheidsbeginsel te hebben geschonden door zonder meer te beslissen dat voor de zes bevorderingen in kwestie het advies van de directieraad zou worden gevolgd, gegrond is;

Overwegende dat verzoeker in het tweede middel de onbevoegdheid van de Vlaamse Executieve aanvoert; dat hij betoogt dat artikel 6, § 2, C, van het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 tot vaststelling van de regelen inzake organisatie en werking van de diensten van de Vlaamse Executieve en van de Instellingen van Openbaar Nut die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en/of van het Vlaamse Gewest duidelijk bepaalt dat de benoemingen en bevorderingen tot de graden van de rangen 11 tot 15 gezamenlijk door de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de functioneel bevoegde Gemeenschapsminister worden toegekend;

Overwegende dat artikel 74, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt dat de Executieve «collegiaal» beslist, «onverminderd de delegatie die zij verleent»; dat overeenkomstig voormeld artikel 74, 2°, bij besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 aan de leden van de Vlaamse Executieve «beslissingsbevoegdheden» werden gedelegeerd; dat de benoemingen en de bevorderingen tot de graden van de rangen 11 tot 15 in de diensten van de Vlaamse Executieve evenwel ten dele van die delegatie werden uitgesloten, aangezien artikel 2.1 van voornoemd besluit bepaalt dat de beslissingen daaromtrent «door de bevoegde leden van de Vlaamse Executieve» gezamenlijk worden genomen; dat naar luid van artikel 6, § 2, C, van het besluit van de Vlaamse Executieve van 22 februari 1989 tot vaststelling van de regelen inzake organisatie en werking van de diensten van de Vlaamse Executieve en van de Instellingen van Openbaar Nut die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en/of van het Vlaamse Gewest,

de benoemingen en bevorderingen tot de graden van de rangen 11 tot 15 gezamenlijk gebeuren «door de voorzitter van de Vlaamse Executieve en de functioneel bevoegde Gemeenschapsminister»;

Overwegende dat, hoewel de leden van de Executieve ten gevolge van de hun verleende delegatie over individuele beslissingsbevoegdheden kunnen beschikken, toch moet worden benadrukt dat het ontwerpen en coördineren van het beleid van de Gemeenschap of het Gewest krachtens artikel 83, § 1, van de bijzondere wet zaak is van de Executieve, dat krachtens artikel 83, § 2, van de bijzondere wet het beraad in de Executieve in de plaats komt van het bij wet of koninklijk besluit voorgeschreven overleg in de Ministerraad of in een nationaal ministercomité en dat krachtens artikel 83, § 3, van dezelfde wet de bevoegdheden toegewezen aan een minister bij wet, bij decreet of bij koninklijk besluit, door de Executieve worden uitgeoefend, althans in zover het gaat om zaken die tot haar bevoegdheid behoren; dat uit deze bepalingen kan worden afgeleid dat delegatie, ofschoon zij mogelijk is, toch de uitzondering vormt en dat de collegiale beslissing de regel is; dat de delegatie van beslissingsbevoegdheid aan individuele leden van de Executieve derhalve blijkt te moeten worden opgevat als een werkingsregel van praktische aard, die de Executieve niet de principiële bevoegdheid ontnemt om, telkens als zij het noodzakelijk acht, over een gedelegeerde aangelegenheid een collegiale beslissing te nemen; dat daaruit volgt dat de Vlaamse Executieve, ondanks het voorschrift van artikel 6, § 2, C, van haar meergenoemd besluit van 22 februari 1989 bevoegd was om, bij gebrek aan consensus tussen de voorzitter en de functioneel bevoegde Gemeenschapsminister, de te bevorderen ambtenaren aan te wijzen; dat het middel niet gegrond is;

Overwegende dat verzoeker in het derde middel een schending aanvoert van artikel 23 van het koninklijk besluit van 7 augustus 1939 betreffende de beoordeling en de loopbaan van het Rijkspersoneel; dat hij allereerst betoogt dat de directieraad werd misleid, omdat in de directieraad werd verklaard dat de tussenkomende partij 19 jaar ervaring had in de Dienst Beroepen, terwijl de Dienst Beroepen pas bij besluit van de Vlaamse Executieve van 28 januari 1987 houdende vaststelling van de personeelsformatie van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap werd opgericht; dat hij in dat verband stelt wat volgt: «Die dienst kreeg ook alle juridische taken toebedeeld, aangezien de Dienst Betwiste Zaken en de Dienst voor Toezicht en Beteugeling van de Bouwmisdrijven opgeheven werden. Vóór 28 januari 1987 bestond er een soort dienst die alleen maar beroepen bij de Koning behandelde. De heer G.B. behoorde daartoe en heeft nooit in een andere dienst gefungeerd waar andere juridische dossiers behandeld worden»;

dat hij vervolgens doet gelden dat de voordracht van de tussenkomende partij door de directieraad tegen alle redelijkheid ingaat; dat hij ter zake erop wijst dat de tussenkomende partij alleen ervaring heeft opgedaan in verband met beroepen bij de Koning, terwijl hij (verzoeker) kon bogen op een specifieke vorming en all-round ervaring, vooral in juridische aangelegenheden en in alle vormen van beroepen; dat hij ten slotte nog aanvoert dat bij het onderzoek van zijn bezwaarschrift niet aan de motiveringsplicht is voldaan, aangezien het advies van de directieraad alleen stelt dat er geen nieuwe elementen naar voren zijn gebracht, dat

het bezit van meerdere diploma's slechts een element is in de beoordeling van de kandidaten en dat specifieke ervaring en verdiensten vaste normen zijn waarmee de directieraad rekening moet houden, terwijl hij wel degelijk nieuwe elementen aanbracht die door de directieraad echter niet in aanmerking werden genomen;

Overwegende dat de notulen van de vergadering van de directieraad van 3 mei 1989 doen blijken dat de «monografie» van de betrekking van directeur bij de Dienst Beroepen van het Bestuur Ruimtelijke Ordening door directeur-generaal V. als volgt werd toegelicht: «De Dienst Beroepen van het Bestuur Ruimtelijke Ordening behandelt alle beroepen die worden ingesteld bij de Vlaamse Regering die betrekking hebben op de wetgeving inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, alsmede de beroepen tot nietigverklaring door de Raad van State. De taak van de directeur bestaat erin met grote stiptheid en met de nodige discretie de aangedien-de dossiers voor beslissing aan de bevoegde minister voor te leggen. Van de gegadigde wordt verwacht dat hij vertrouwd is met de geldende reglementering, op de hoogte is van het administratief recht en een planologische en stedenbouwkundige ervaring heeft verworven»;

dat directeur-generaal V. vervolgens verklaarde dat hij alle kandidaturen onderzocht en dat er volgens hem een zeshalftal kandidaten waren die zijn bijzondere aandacht hadden getrokken, waaronder verzoeker en tussenkomende partij; dat hij over deze kandidaten verklaarde wat volgt: «De heer G.B. die ongetwijfeld de aangewezen kandidaat is. Betrokene oefent in feite de beoogde functie reeds uit, is zeer stipt en discreet, is lokaal en geeft volledige voldoening voor die functie. Hij heeft reeds 19 jaar ervaring met de 'beroepen' in die sector. De heer A.D. die kan bogen op een grote ervaring inzake stedenbouwkundige aangelegenheden, is onder meer licentiaat Stedenbouw en Ruimtelijke Ordening»;

dat de directieraad na gedachtenwisseling eenparig besliste de tussenkomende partij als eerste en verzoeker als tweede te rangschikken;

Overwegende dat de verklaring van directeur-generaal V. luidens welke de tussenkomende partij 19 jaar ervaring had met de beroepen in die sector, niet inhoudt dat laatstgenoemde 19 jaar ervaring had in verband met alle aangelegenheden die thans tot de verruimde bevoegdheid van de Dienst Beroepen behoren, doch wel betekent dat hij 19 jaar ervaring had in verband met het behandelen van beroepen; dat verzoeker trouwens niet betwist dat de tussenkomende partij deze ervaring heeft;

Overwegende dat het de Raad van State niet toekomt zijn beoordeling van de verdiensten van de kandidaten in de plaats te stellen van die van de directieraad; dat hij enkel vermag na te gaan of de door de directieraad uitgebrachte beoordeling niet kennelijk onredelijk is; dat in onderliggende zaak niet tot een alle redelijkheid tartend oordeel kan worden besloten; dat immers niet blijkt dat de directieraad verzoekers verdiensten zou hebben veronachtzaamd, nu hij zonder enig voorbehoud heeft erkend dat deze kon bogen op een grote ervaring inzake stedenbouwkundige aangelegenheden en hij er ook op wees dat verzoeker onder meer het diploma van licentiaat in de Stedenbouw en Ruimtelijke Ordening had verworven; dat de directieraad evenwel van oordeel was dat de voorkeur moest uitgaan naar de kandidaat die reeds een zekere ervaring in de te begeven betrekking had opgedaan; dat, aangezien diploma's niet noodzakelijk

zwaarder moeten wegen dan specifieke ervaring, de voorkeur van de directieraad voor de kandidaat die sedert 1 februari 1987 met de hogere functies in de te begeven betrekking was belast en die, tot volledige voldoening van zijn meerderen, de leiding van de Dienst Beroepen uitoefende niet als kennelijk onredelijk kan worden bestempeld;

Overwegende dat verzoeker ten onrechte beweert dat met zijn ervaring en verdiensten geen rekening werd gehouden; dat immers, zoals hiervoor reeds is geschreven, door de directieraad integendeel werd erkend dat verzoeker kon bogen op een grote ervaring in stedenbouwkundige aangelegenheden en onder meer het diploma van licentiaat in de Stedenbouw en Ruimtelijke Ordening had behaald; dat de directieraad bijgevolg rechtmatig heeft kunnen oordelen dat in verzoekers bezwaarschrift geen nieuwe elementen werden aangevoerd; dat het middel in geen van zijn onderdelen gegrond is;

Overwegende dat de overige middelen, mochten zij ontvankelijk en gegrond worden bevonden, tot geen ruimere vernietiging kunnen leiden; dat zij om die reden niet hoeven te worden onderzocht; dat om dezelfde reden niet ingegaan dient te worden op verzoekers vraag tot heropening van de debatten,

(vernietiging)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

3e KAMER – 26 JUNI 1990

Voorzitter: mevr. Declercq-Goldfracht

Raadsheren: de hh. Jans en De Riemaeker

Openbaar ministerie: de h. Geyskens

Advocaat: mr. Debroey loco mr. De Brabander

Internationaal privaatrecht – Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Toepassing in het Italiaanse recht

De echtscheiding door onderlinge toestemming tussen een echtgenote van Engelse en een echtgenoot van Italiaanse nationaliteit dient te worden toegelaten, daar ook het Italiaanse recht een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming kent.

Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel /
B. en M.

Overwegende dat de eerste rechter de echtscheiding door onderlinge toestemming toegelaten heeft tussen een echtgenoot van Italiaanse nationaliteit en een echtgenote van Engelse nationaliteit; dat hij oordeelde dat de Italiaanse wetgeving thans een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming kent.

Overwegende dat appellant de eerste rechter ten grieve duidt de echtscheiding door onderlinge toestemming toegelaten te hebben hoewel één der echtgenoten van Italiaanse nationaliteit is en de Italiaanse wet deze vorm van echtscheiding nog steeds niet zou kennen;

Overwegende dat de Italiaanse echtscheidingswet gewijzigd werd bij de wetten van 1 december 1970 en 6 maart 1987; dat, hoewel artikel 3, ingeroepen door geïntimeerden, betrekking heeft op een gehomologeerde «feitelijke schei-

ding» met een procedure die nadien door één van de echtgenoten dient te worden voortgezet, artikel 4 echter wel handelt over een vorm van echtscheiding door de twee echtgenoten samen gevorderd (la domanda congiunta puo essere proposta al tribunale... dit is «de samen geformuleerde eis kan aan de rechtbank voorgelegd worden»...);

Dat hieruit voortvloeit dat de huidige Italiaanse wetgeving wel een vorm van consensuele echtscheiding kent; dat niet vereist is dat de vormen door de Italiaanse wet voorzien identiek zijn met die van de Belgische wet;

Dat de bestreden beslissing kan worden bekrachtigd;

...

NOOT – Zie elders in dit nummer het artikel van Alain Verbeke, p. 1116 e.v.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

6e KAMER – 10 SEPTEMBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Van Gelder

Raadsheren: mevr. Bourgeois en mevr. Bertrand

Openbaar ministerie: de h. Van Ingelgem

Advocaat: mr. De Hous loco Van Lidth de Jeude

Inkomstenbelastingen – Niet ingekohierde belasting – Voorheffingen – Terugvordering – Termijn

Bij ontstentenis van tijdige inkohiering, en a fortiori bij afwezigheid van inkohiering, kunnen de voorheffingen en voorafbetalingen niet meer rechtsgeldig worden verrekend met de belastingsschuld en moeten zij worden terugbetaald.

Bij gebrek aan inkohiering van de belasting, terwijl uit deze formele inertie een minstens impliciete inningsdaad van het bestuur blijkt, staat een recht van bezwaar open. De bezwaartermijn bedraagt dertig jaar.

G. en H. t/ Belgische Staat

Gelet op de aangetekende brief van appellanten, toegekomen bij de bevoegde directeur op 11 april 1988, waarin de teruggave wordt gevorderd van de bedrijfsvoorheffing ten bedrage van 251.991 fr., daar er nog geen aanslag in de personenbelasting was gevestigd voor het a.j. 1985, inkomsten 1984;

Gelet op de beslissing waartegen voorziening, genomen onder nummer 439338 door de gedelegeerde ambtenaar van de directeur van de directe belastingen van de gewestelijke directie Antwerpen II op 26 januari 1989, dezelfde datum aangetekend verzonden aan de belastingsschuldige, waardoor «het bezwaarschrift werd afgewezen»;

Gelet op het verzoekschrift tot voorziening, tijdig ingediend ter griffie van het Hof van Beroep te Antwerpen op 1 maart 1989 samen met het origineel van het exploit van kennisgeving van 1 maart 1989;

Overwegende dat appellanten tijdig hun aangifte in de personenbelasting a.j. 1985, inkomsten 1984 indienden met vermelding van de door fiches bewezen bedrijfsvoorheffingen van 23.018 fr. voor de man en 228.973 fr. voor de vrouw, samen 251.991 fr.;

Overwegende dat geen aanslag werd gevestigd binnen de termijn van art. 264 of 259 W.I.B.; dat appellanten in een op 11 april 1988 bij de directeur toegekomen brief de teruggave van de bedrijfsvoorheffingen vorderden; dat zij tevens meldten dat zij met het oog op een saneringspremie een aanslagbiljet of een document waaruit hun inkomsten blijkt nodig hadden;

Overwegende dat hun dienaangaande een berekeningsnota werd toegezonden;

Overwegende dat de directoriale beslissing als volgt kan worden weergegeven: de aangifte werd tijdig ingediend; de artikelen 267 tot 276 W.I.B. bepalen wel de «verhaalmiddelen» tegen de ten laste van de belastingplichtige gevestigde aanslagen maar bevatten geen bepalingen nopens de voorheffingen; de terugbetaling van de voorheffingen kan niet bij bezwaarschrift worden gevraagd maar is enkel mogelijk in het raam van de bepalingen van art. 277, § 3, 1°, W.I.B. (n.b.: de tekst van art. 277, § 3, W.I.B. zoals die gold voor het a.j. 1985, bevatte slechts één paragraaf; zie Tournicourt, R. en Sablon, S., *Fiscoclex* 1985, Antwerpen, Kluwer, randnummer 444); volgens dat artikel moest het overschot van de voorheffingen door de administratie zijn vastgesteld of door de belastingplichtige aan de administratie bekendgemaakt worden uiterlijk op 31 december 1987 (binnen drie jaar vanaf 1 januari 1985); de bekendmaking van de «overbelasting» gebeurde pas op 11 april 1988; bovendien, aangezien de inkohiering slechts nodig en wettelijk vereist wordt voor die directe belastingen die niet bij wijze van voorheffing geïnd konden worden of niet afgedragen werden binnen de gestelde termijnen, blijft de betwiste belasting, daar zij rechtmatig verschuldigd was, voor de Belgische Staat verworven, ongeacht het al dan niet bestaan van een regelmatige aanslag;

Overwegende dat appellanten in hun conclusie zeggen dat art. 277, § 3, W.I.B. niet toepasselijk is en dat zij een tijdig «bezwaarschrift» hebben ingediend;

Overwegende dat de belastingsschuld inzake inkomstenbelasting weliswaar uit de Financiewet ontstaat, maar die belasting slechts definitief verschuldigd is wanneer zij binnen de wettelijke aanslagtermijn wordt gevestigd – *quod non in casu* – (Cass., 17 mei 1985, *F.J.F.*, 85/186, en Cass., 20 december 1985, *F.J.F.*, 86/36);

Overwegende dat die vestiging geschiedt door of ten gevolge van de inkohiering bedoeld in art. 266 W.I.B. en niet door de inning van voorheffingen, die slechts voorschotten zijn op een later te betalen belastingsschuld (Cass., 17 mei 1985);

Overwegende dat bij ontstentenis van tijdige inkohiering – en a fortiori bij afwezigheid van inkohiering – de voorheffingen en voorafbetalingen niet meer geldig kunnen worden verrekend met de belastingsschuld en zij moeten worden terugbetaald;

Overwegende dat het probleem rijst op welke wijze die terugbetaling, indien ze niet vrijwillig door de fiscus verricht werd, moet worden gevorderd;

Overwegende dat het Hof, daar een dergelijke betwisting niet aanhangig is, niet kan of mag onderzoeken of een vordering tot terugbetaling al dan niet wegens onverschuldigde betaling mogelijk zou zijn (cf. dienaangaande: De Muynck, M., «De procedure bij terugvordering van voorheffingen en voorafbetalingen bij afwezigheid van inkohiering», *T.F.R.*, 85 (april 1989), (103-110), 109-110);

Overwegende dat volgens art. 267 W.I.B. het bezwaar kan worden ingediend bij de directeur in wiens ambtsgebied de aanslag is gevestigd;

Overwegende dat moet worden onderzocht of de vestiging – inkohiering van de aanslag – een ontvankelijkheidsvoorwaarde is voor het indienen van de aanslag;

Overwegende dat dit in principe wel het geval is (cf. Van Besien, J., *Indiening van een bezwaarschrift inzake inkomstenbelastingen*, Fiscale Praktijkstudies, nr. 8, Antwerpen, Kluwer, 1988, nr. 8, randnummers 10-11 en 88);

Overwegende dat er door de rechtspraak bepaalde uitzonderingen worden aanvaard die echter niet rechtstreeks toepasselijk zijn op de hier onderzochte situatie (Van Besien, o.c., l.c.; De Muynck, o.c., pp. 104-107);

Overwegende dat, wanneer voorheffingen als voorschot op een nog te bepalen fiscale schuld aan de Schatkist werden afgedragen en bij het verstrijken van de aanslagtermijnen de administratie niet op een formele, rechtsgeldige wijze, door een kohier, haar wil heeft uitgedrukt om de belasting te vestigen en evenmin te kennen heeft gegeven dat de belastingsschuld op nihil bepaald werd door een ordonnantie van terugbetaling (negatieve inkohiering), daaruit moet worden afgeleid dat de Administratie zich die sommen in feite heeft toegeëigend als belasting en impliciet heeft beslist dat de omvang van de belastingschuld overeenstemt met het bedrag van die voorheffingen (De Muynck, o.c., p. 107);

Overwegende dat het inderdaad ondenkbaar zou zijn dat de fiscus zich zonder meer en zonder enige reden die bedragen zou toeëigenen;

Overwegende dat voorheffingen (en voorafbetalingen) immers noodzakelijk een bestemming moeten krijgen, nl. aangewend worden tot kwijting van de belastingschuld;

Overwegende dat, mede in het licht van het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur, moet worden aanvaard dat bij gebrek aan inkohiering van de belasting, terwijl uit deze formele inertie een minstens impliciete inningsdaad van de administratie blijkt, het recht van bezwaar openstaat tegen deze niet rechtsgeldige vestiging en de restitutie van de voorheffing moet worden bevolen zo, zoals te dezen, het rechtsverval t.a.v. de administratie wordt vastgesteld (zie ook Van Orshoven, P., *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 275, randnummer 232);

Overwegende dat dan uiteraard het probleem van de termijn rijst;

Overwegende dat moet worden aangenomen dat de bezwaartermijn bepaald in art. 272 W.I.B., bij gebrek aan formele kennisgeving van de inningsdaad, niet is begonnen te lopen, dertig jaar bedraagt, zodat appellanten tijdig en rechtsgeldig bezwaar instelden (cf. De Muynck, o.c., p. 108);

Overwegende dat, nu dit vaststaat, de eventuele implicatie van art. 277, § 3, W.I.B. niet meer moet worden onderzocht;

Overwegende dat het buiten de bevoegdheid van het Hof valt in het raam van het onderhavige geschil een «morele schadeloosstelling» toe te wijzen;

NOOT – *Het ontbreken van een (tijds) inkohiering en de terugvordering van voorheffingen en voorafbetalingen: procedureperikelen.*

1. Bovenstaand arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen handelt over de vraag hoe en binnen welke termijn een belastingplichtige de teruggave van de bedrijfsvoorheffing kan vorderen wanneer geen aanslag is ingekohierd. De feiten kunnen als volgt worden samengevat.

Eisers in beroep hadden voor het aanslagjaar 1985 tijdig hun aangifte in de personenbelasting ingediend. De belastingadministratie had echter nagelaten om binnen de termijn van artikel 264 of 259 W.I.B. een aanslag te vestigen. Toen de eisende partijen in een brief van 11 april 1988 aan de gewestelijke directeur de teruggave van de bedrijfsvoorheffingen vorderden, werd hun dit geweigerd. Hiervoor werden twee redenen aangevoerd. De administratie wijst er ten eerste op dat verzoekers de terugbetaling van de voorheffingen niet bij bezwaarschrift kunnen vragen omdat de bepalingen van de artt. 267 tot 276 W.I.B. die handelen over het bezwaar, enkel de verhaalmiddelen tegen de *gevestigde* aanslagen betreffen en niet de voorheffing. Om de terugbetaling van de voorheffing te krijgen kunnen eisers volgens de administratie enkel een beroep doen op art. 277, § 3, 1°, W.I.B., krachtens hetwelk de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar ambtshalve ontlasting kan verlenen van het *overschot* van de voorheffingen en de voorafbetalingen. Hiertoe is wel vereist dat het overschot door de administratie wordt vastgesteld of door de belastingsschuldige aan de administratie wordt bekendgemaakt binnen drie jaar vanaf 1 januari van het aanslagjaar waartoe de belasting behoort waarmee deze voorheffingen en voorafbetalingen zijn te verrekenen. In dit geval verliep de termijn op 1 januari 1988 en was de bekendmaking bij brief door de belastingsschuldige op 11 april 1988 volgens de administratie, laattijdig. Als tweede, bijkomend argument roept de administratie in dat een inkohiering slechts vereist is voor de directe belastingen die niet bij wijze van voorheffing kunnen worden geïnd of niet binnen de gestelde termijnen worden afgedragen. Dit heeft volgens de administratie tot gevolg dat zelfs zonder regelmatige aanslag, de betwiste belasting rechtmatig verschuldigd is en voor de Belgische Staat verworven blijft.

2. Hierna wordt eerst de gegrondheid van het tweede argument onderzocht. Met deze motivering houdt de gewestelijke directeur in feite staande dat een uitvoerbaarverklaring voor de eigenlijke belastingschuld slechts vereist is voor zover deze niet reeds is betaald, onder andere door middel van voorheffing. Dit impliceert dat een algehele heffing niet nodig zou zijn. Op dit standpunt werd in het verleden reeds uitvoerig kritiek geleverd¹. Een niet (tijds) heffing heeft voor de bij wege van inkohiering te heffen personenbelasting wél een incidentie op het definitief ontstaan van de belastingschuld.

Het Hof van Cassatie heeft ter zake zijn standpunt verduidelijkt in de arresten van 17 mei 1985² en van 20 decem-

¹ Zie o.m. DESCHRIJVER, D., *Het ontstaan van de Inkomstenbelastingsschuld en zijn gevolgen*, Brussel, CED-Samsom, 1986, 45-46.

² Cass., 17 mei 1985, R.W., 1985-86, 954, F.J.F., nr. 85/168.

ber 1985³. In het eerste arrest dat betrekking had op de terugbetaling van voorafbetalingen, bepaalt het Hof dat voorafbetalingen slechts «afkorting» zijn op later te vestigen belastingen. De belastingschuld ontstaat weliswaar uit de wet, maar de belasting is slechts *definitief* verschuldigd voor zover ten aanzien van de belastingplichtige de wettelijke voorwaarden voor de toepassing van de belasting overeenkomstig de bestaande organieke fiscale wetten vervuld zijn. Hiertoe is vereist dat de belastingen waarmee de voorafbetalingen moeten worden verrekend, door de administratie op geldige wijze binnen de wettelijk voorgeschreven aanslagtermijnen worden gevestigd.

De twee arresten van 20 december 1985 die betrekking hebben op de terugbetaling van voorheffingen, zijn zo nodig nog duidelijker. Het Hof preciseert dat de belastingschuld in de inkomstenbelastingen weliswaar ontstaat uit de begrotingswet of de financiewet, maar dat de belasting slechts *definitief* verschuldigd wordt doordat zij binnen de wettelijk bepaalde termijn wordt gevestigd. De personenbelasting wordt volgens het Hof niet gevestigd door de inning van de in art. 2 en titel VI W.I.B. bedoelde roerende voorheffing en bedrijfsvoorheffing maar ingevolge de in art. 266 W.I.B. voorgeschreven inkohiering en de daarmee gepaard gaande kwijting door verrekening van het bedrag van de geïnde voorheffingen⁴.

Een gevolg is dat in het geval van niet (tijdige) inkohiering de geheven roerende voorheffing – de bevrijdende roerende voorheffing daarvan uitgezonderd – en de bedrijfsvoorheffing moeten worden terugbetaald.

In bovenstaand arrest wordt dit principe terecht bevestigd door het Hof van Beroep te Antwerpen.

Hoewel men zou kunnen verwachten dat de administratie spontaan tot teruggave van deze voorheffingen of voorafbetalingen zou overgaan, is dit in de praktijk niet altijd het geval.

3. De problemen die hieruit voortspuiten, zijn hoofdzakelijk van proceduriële aard. Omtrent de vraag hoe de belastingplichtige de terugvordering kan eisen, bestaan immers drie uiteenlopende standpunten.

Volgens een *eerste opvatting* die in bepaalde rechtsleer⁵ wordt ingenomen, blijft bij afwezigheid van inkohiering de mogelijkheid toch bestaan om een bezwaar in te dienen. Als motivering wordt ingeroepen dat art. 267 W.I.B. enkel spreekt over de «vestiging van een aanslag». Over het «kohier» of de «inkohiering» wordt niet gesproken. Hieruit wordt afgeleid dat de vestiging van een aanslag los moet worden gezien van de heffing bij wege van inkohiering. De vestiging van de aanslag en de inkohiering zijn in die optiek m.a.w. twee, in de tijd van elkaar los te koppelen handelin-

gen. De inkohiering wordt niet als een wezenlijk element gezien van de beslissing tot vestiging van de aanslag. De laatste beslissing is de bestuurlijke rechtshandeling waardoor de administratie door rekenkundige bewerkingen, op grond van door de belastingplichtige verstrekte en door de administratie gecontroleerde gegevens, binnen het kader van de fiscale wet, de omvang van de door de Financiewet in het leven geroepen belastingschuld van elke belastingplichtige bepaalt. Deze handeling is, zo wordt vervolgens geoordeeld, niet onderworpen aan bijzondere vorm- of procedurevoorschriften. De kennisgeving van die handeling aan de belastingplichtige is geen wezensvoorwaarde van de vestiging van de aanslag, doch enkel een *voorwaarde* om de vestigingsdaad tegenwerpelijk te maken aan de belastingplichtige.

Het door de administratie laten verstrijken van de aanslagtermijnen zonder een – al dan niet negatieve⁶ – inkohiering wordt ten slotte in nog steeds dezelfde rechtsleer, geïnterpreteerd allereerst als een impliciete beslissing van de administratie dat de omvang van de belastingschuld overeenstemt met het bedrag van de voorheffing en/of voorafbetalingen en vervolgens als een feitelijke toeëigening door de administratie van die sommen ten titel van belasting⁷.

Door deze (impliciete) vestiging van de aanslag is een bezwaarprocedure in de zin van art. 267 W.I.B. wel mogelijk.

Deze argumentatie werd ook in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen gevolgd, dat eraan toevoegde dat het ondenkbaar zou zijn dat de fiscus zich zonder meer en zonder enige reden die bedragen zou toeëigenen.

Op de vraag binnen welke termijn dit bezwaarschrift moet worden ingediend, wordt geantwoord dat de termijn in art. 271 W.I.B. bij gebrek aan formele kennisgeving van de inningsdaad niet is beginnen te lopen. Als termijn wordt dan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar in aanmerking genomen.

4. De eerste opvatting is in de rechtsleer niet zonder kritiek gebleven⁸. Zo wordt o.m. opgeworpen dat het «vestigen van een aanslag» en de «inkohiering» door de wetgever niet als twee onderscheiden rechtshandelingen worden beschouwd. De wetgever gebruikt in het W.I.B. de begrippen kohier, aanslag, vestigen van een aanslag en inkohiering door elkaar⁹. Voorts wordt de stelling dat de overheid voor zichzelf en zonder enige wettelijke grondslag rechten zou kunnen creëren louter door inertie, strijdig geacht met de grondwettelijke regel dat de belasting slechts verschuldigd is door de wet (art. 110, § 1, Gw.)¹⁰. Daarbij komt dat de gevallen waarin de uiteindelijke belasting precies overeenstemt met de voorheffingen en de voorafbetalingen zo uitzonderlijk zijn, dat deze hypothese praktisch verwaarloos-

³ Cass., 20 december 1985, *A.F.T.*, 1986, 129, *F.J.F.*, nr. 86/36, *R.W.*, 1986-87, 280.

⁴ Zie ook Cass., 29 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 271, *Bull. Bel.*, 1988, 1536, *R.W.*, 1987-88, 992, *J.D.F.*, 1988, 146, noot R.V.; Cass., 16 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1355; Cass., 25 mei 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1129, *R.W.*, 1989-90, 363; Cass., 16 maart 1990, *R.W.*, 1990-91, 540-541.

⁵ DE MUYNCK, M., «De procedure bij terugvordering van voorheffingen bij afwezigheid van inkohiering», *T.F.R.*, 1989, 103 e.v.; VAN BESSEN, J., *Indiening van een bezwaarschrift inzake inkomstenbelasting*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 13-15, nrs. 10-11; vgl. CORNELIS, L., «Delgt de betaling van voorheffing en voorafbetalingen een belastingschuld», *T.F.R.*, 1986, (50), 51, nr. 4.

⁶ Met een negatieve inkohiering wordt dan bedoeld de kennisgeving door de administratie middels een ordonnantie van terugbetaling aan de belastingplichtige dat de belastingschuld op *nihil* werd bepaald.

⁷ DE MUYNCK, M., *o.c.*, 107-108.

⁸ TOURNICOURT, R., «De procedure bij terugvordering van voorheffingen en voorafbetalingen bij afwezigheid van inkohiering», *T.F.R.*, 1989, 157-159; DESCHRIEVER, D., «De procedure bij terugvordering van voorheffingen en voorafbetalingen bij afwezigheid van inkohiering», *T.F.R.*, 1989, 218-220.

⁹ DESCHRIEVER, D., *o.c.*, 218, nr. 2.

¹⁰ TOURNICOURT, R., *o.c.*, 158.

baar is. Het ontbreken van een kohier interpreteren zoals dit in de eerste opvatting gebeurt, is dan ook erg ver gezocht.

5. Volgens een *tweede opvatting*¹¹ is bij gebrek aan een inkohiering niet art. 267 W.I.B. toepasselijk doch art. 277, § 3, W.I.B. Wanneer er geen inkohiering is, wordt het volledige bedrag van de voorheffing en/of voorafbetaling gezien als een «overschot» in de zin van art. 277, § 3. De voorafgaande inkohiering is immers geen voorwaarde voor het creëren van een overschot. De belastingplichtige moet, met het oog op een ambtshalve ontheffing, dit overschot aan voorheffing en/of voorafbetalingen signaleren aan de administratie binnen een termijn van drie jaar te rekenen vanaf 1 januari van het aanslagjaar waartoe de belasting behoort waarmee de betrokken voorheffingen en/of voorafbetalingen te verrekenen zijn.

Een gelijksoortig standpunt werd verdedigd door de administratie en werd recent nog bevestigd in een van haar circulaire¹², waarin wordt verwezen naar de hiervoor reeds aangehaalde arresten van het Hof van Cassatie van 20 december 1985 om te besluiten dat, als de belasting enkel kan worden gevestigd door de inkohiering en niet door de inning van de voorheffing, de belastingplichtige de terugbetaling van de niet verrekenende voorheffing niet kan vragen via een bezwaar.

R. Tournicourt¹³ raadt de belastingplichtige aan om met het indienen van de aanvraag tot terugbetaling te wachten tot het einde van de termijn (de maand december van het tweede jaar volgend op het aanslagjaar) aangezien de geldige inkohiering voor het volledige bedrag nog steeds kan geschieden binnen de driejarige aanslagtermijn van art. 259, eerste lid, W.I.B.¹⁴

6. De tweede opvatting is echter eveneens het voorwerp geweest van kritiek in de rechtsleer¹⁵. Het in art. 277, § 3, W.I.B. bedoelde overschot van voorheffingen en/of voorafbetalingen, zo wordt gesteld, veronderstelt in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie¹⁶ een heffing bij wege van inkohiering en een daarmee gepaard gaande kwijting door verrekening van het bedrag van voorheffingen en/of voorafbetalingen met de belasting. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, een heffing bij wege van inkohiering ontbreekt, dan kan er geen sprake zijn van een overschot en kan art. 277, § 3, W.I.B. niet toepasselijk zijn.

7. Volgens een *derde opvatting*, waarnaar mijn voorkeur gaat¹⁷, wordt in het geval van een gehele niet-heffing noch een vordering op basis van art. 267 W.I.B. noch een vorder-

ing op basis van art. 277, § 3, W.I.B. mogelijk geacht, maar wel een vordering bij de burgerlijke rechter om de teruggave te krijgen van de reeds betaalde, verrekenbare maar niet-verrekenende voorheffingen en voorafbetalingen. De grondslag van die vordering is niet art. 1376 B.W. maar wel art. 110, § 1, Gw. Voor de toepassing van het leerstuk van de onverschuldigde betaling moeten twee voorwaarden worden vervuld: er moet een betaling zijn en het onverschuldigd karakter daarvan moet vaststaan. In het onderhavige geval kan moeilijk worden beweerd dat de belastingplichtige de *voorheffing* onverschuldigd heeft betaald¹⁸.

Bij gebreke van een geldige inkohiering ontbreekt het de administratie aan een heffingstitel om de voorheffingen voor zich te *behouden*. Dit komt neer op een ten onrechte geheven belasting. Meestal bepaalt de wet welke regels moeten worden gevolgd om die terugbetaling te krijgen. Wanneer evenwel – zoals in dit geval – de wet niets bepaalt, dan gelden de regels van het gemene procesrecht en is de grondslag de grondwettelijke regel luidens welke belastingen slechts in de door de wet bepaalde gevallen mogen worden geheven (art. 110, § 1, Gw.).

Het tegenargument dat op het ogenblik van de betaling van de voorheffingen er wel degelijk een heffingstitel was, nl. de artt. 171 en 183 W.I.B., gaat niet op. D. Deschrijver werpt hiertegen terecht op dat op het ogenblik van betaling de voorheffingen geen belastingen zijn en de genoemde «heffingstitels» dan ook geen belasting-normen zijn in de zin van art. 110, § 1, Gw.

8. Ter afronding kan worden gewezen op art. 3 van het voorontwerp van wet tot hervorming van de fiscale procedure. In dit artikel is bepaald dat de voorheffingen worden beschouwd als belastingen. Deze bepaling moet worden gezien in het licht van de nieuwe, voorgestelde algemene regel (art. 5) krachtens welke de fiscale schuld van rechtswege zou ontstaan voor de persoon die zich in de voorwaarden bevindt om aan de belasting onderworpen te zijn, op het ogenblik zelf dat deze persoon het materieel feit, het voorval, de juridische relatie of de gebeurtenis nakomt of ondergaat waarvan de wet het bestaan van de fiscale schuld laat afhangen. Dit heeft tot gevolg dat het feit alleen al dat men een belastbaar inkomen geniet, in de toekomst voldoende zou zijn om de belastingschuld te doen ontstaan. De gestorte voorheffingen en voorafbetalingen zouden definitief verworven zijn door de Schatkist.

Zolang dit voorontwerp evenwel nog geen wet is, blijft de voorliggende problematiek actueel en blijft het uitkijken

¹¹ TOURNICOURT, R., o.c., 1989, 158-159; LYCOPS, J.F., «Jurisprudentiële ommezwaai: het Hof van Cassatie beveelt de terugbetaling van voorheffingen», *A.F.T.*, 1986, (117), 123.

¹² Circ. Ci. RH.861/417.239, 19 april 1990, *Fisc. Act.*, 1990, 21/2.

¹³ TOURNICOURT, R., o.c., *A.F.T.*, 1989, 158.

¹⁴ Zie ook X, «Voorheffingen toch terugvorderbaar via bezwaar als de aanslag niet werd ingekohierd?», *Fisc. Act.*, 1990, 42/7-42/8.

¹⁵ DESCHRIJVER, D., o.c., *T.F.R.*, 1989, 219-220; DE MUYNCK, M., o.c., 109; VAN BESSEN, J., o.c., 167, nr. 157.

¹⁶ Cass., 7 december 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 344; Cass., 20 december 1985, *A.F.T.*, 1986, 129, *R.W.*, 1986-87, 280, *F.J.T.*, nr. 86/36; DESCHRIJVER, D., o.c., *T.F.R.*, 1989, 219.

DESCHRIJVER, D., *Het ontstaan van de inkomstenbelastingsschuld en zijn gevolgen*, Brussel, CED-Samsom, 1986, 63-64, nr. 104; DESCHRIJVER, D., o.c., *T.F.R.*, 1989, 220.

¹⁸ Cass., 17 september 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 47, *Pas.*, 1971, I, 40; Cass., 18 september 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 60, *Pas.*, 1971, I, 48, *R.W.*, 1970-71, 843, *J.T.*, 1971, 116, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8.830. Vgl. KRINGS, E., conclusie bij Cass., 16 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, (243), 244-245: ook in deze conclusie wordt het leerstuk van de onverschuldigde betaling niet toepasselijk geacht. Als reden wordt evenwel ingeroepen dat dit leerstuk berust op de dwaling bij de solvens. Sinds de arresten van het Hof van Cassatie van 17 september 1970 en 18 september 1970 vormt de vergissing van de solvens echter geen derde, afzonderlijk vereiste opdat de vordering tot terugbetaling van het onverschuldigde kan worden ingewilligd (VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-86, 157, nr. 71).

naar het standpunt dat het Hof van Cassatie¹⁹ ter zake zal innemen.

Bruno Peeters
Docent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

21 NOVEMBER 1989

Voorzitter : de h. Gilliams

Rechters in sociale zaken : de hh. Grimbers en Weyns

Openbaar ministerie : de h. Van Goethem

Advocaten : mrs. Vanhoogenbemt loco Claeys en Houben

Burgerlijke rechtspleging – Territoriale bevoegdheid – Vreemdelingen – Samenhang

Door zich te dezen te beroepen op de regels inzake samenhang zou de rechtbank zich bepaalde bevoegdheidsterreinen toeëigenen die buiten het bereik van de forumtoewijzing in het kader van het internationaal privaatrecht vallen. Zij verklaart zich daarom niet bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding, maar wel om kennis te nemen van vorderingen tot betaling van vakantiegeld, transportkosten en verhuiskosten (zie nader het vonnis).

P. t/ N.V. G. en vennootschap naar Amerikaans recht E.

De vordering van eiser strekt tot hoofdelijke veroordeling van beide gedaagden tot betaling van een verbrekingsvergoeding ten bedrage van 36.742 US dollar en 75 cents, van een vakantiegeld voor het jaar 1985 ten belope van 6.607 US dollar, van een vakantiegeld voor het jaar 1986 ten belope van 3.013 US dollar en 54 cents en transportkosten ten belope van 45.333 frank. Van de bedragen uitgedrukt in U.S. dollar wordt de betaling gevraagd van de tegenwaarde in Belgische munt.

Eiser baseert zijn vordering hoofdzakelijk op de volgende middelen :

– Nadat eiser sedert de herfst van het jaar 1984 in België was tewerkgesteld, werd haar in april 1986 gevraagd terug te keren naar de V.S.A. om er een andere functie uit te oefenen. Pas teruggekeerd werd hij echter op 6 mei 1986 ontslagen. Uit een reeks schriftelijke bewijsstukken blijkt dat eiser tot einde april 1986 werkzaam was in België. Een verlenging van zijn werkvergunning werd aangevraagd en afgeleverd op 25 april 1986. Ook uit de betaling van zijn loon en de overzeese «incentive» blijkt zijn verblijf tot einde april 1986. De verbintenis tot betaling van de opzeggingsvergoeding kan dan ook aangezien worden als ontstaan in België. De situering immers van de opzegging in de V.S.A. moet als een wetsonduikende kunstgreep worden aangezien.

– De betaling van het vakantiegeld is, hoe dan ook, een verbintenis in België ontstaan.

– De Belgische rechter is bevoegd om van de zaak kennis te nemen ingevolge artikel 635, 2°, 3° of 10°, van het Ge-

rechtelijk Wetboek. Een buitenlandse vennootschap moet beschouwd worden als hebbend een verblijfplaats in België indien zij op een standvastige manier over een installatie aldaar beschikt en op een vaste plaats vertegenwoordigd is door een mandataris die bekwaam is haar te binden ten opzichte van derden. Dit is zeker het geval indien de vreemde vennootschap een dochtervennootschap heeft in België.

– Daar eiser tijdens zijn tewerkstelling in België zowel van eerste als van tweede gedaagde instructies ontving, moet ook de Belgische vennootschap als werkgeefster aangemerkt worden inzake de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst.

– Ter zake was de arbeidsovereenkomst onderworpen aan de Belgische wet, aangezien eiser onderworpen was in België aan het gezag van de Belgische vennootschap. Zelfs indien de toepasselijke wet niet de Belgische wet zou zijn, dan nog moeten de Belgische bepalingen inzake opzeggingstermijn worden toegepast als wetten van veiligheid en politie. Gehele of gedeeltelijke tewerkstelling in België maakt de band uit opdat de politiewet effect kan sorteren. Het ontslag moet niet noodzakelijk in België gegeven zijn. Eiser werd overgeplaatst naar de V.S.A. juist met het oog op het ontslaan van die Belgische wetten inzake veiligheid en politie.

– Zelfs wanneer op de arbeidsovereenkomst het Amerikaans recht van toepassing zou zijn, dan nog verhindert dit niet dat een tijdens zijn tewerkstelling in België ontslagen werknemer gerechtigd is op een opzeggingsvergoeding volgens de geldende Belgische jurisprudentiële normen.

– Inzake verhuiskosten breidt eiser zijn vordering bij conclusie uit met een bedrag van 193.30 US dollar.

...

Ter zitting van 24 oktober 1989 bracht de arbeidsauditeur advies uit in deze zaak. In conclusie luidt dit advies als volgt :

«Nu de eiser slechts door een arbeidsovereenkomst verbonden mag worden geacht te zijn geweest met de tweede verweerster, en deze arbeidsovereenkomst sedert februari 1986 opnieuw in de Verenigde Staten geacht moet worden te zijn uitgevoerd door zijn repatriëring in de loop van februari 1986, kan van rechtsmisbruik door repatriëring en onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen spraak zijn. Het Belgische recht is aldus niet van toepassing, wel het Amerikaanse. Gelet op het niet-bestaan van een arbeidsovereenkomst met eerste verweerster dient deze buiten de zaak te worden gesteld. Ten aanzien van de tweede verweerster dient, wegens gebrek aan bewijs van rechtsmisbruik, de vordering inzake de verbrekingsvergoeding als onontvankelijk voor de Belgische rechter te worden beschouwd.

«De vorderingen inzake het vakantiegeld ten opzichte van tweede verweerster dienen als onontvankelijk, doch wegens niet-onderwerping van eiser aan de Belgische sociale zekerheid, als ongegrond te worden beschouwd.

«De vorderingen in verband met de verhuiskosten en de vervoerkosten van de kinderen van en naar school, welke deel uitmaken van de voordelen toegekend door de arbeidsovereenkomst naar Amerikaans recht en die slechts betrekking hebben op twee partijen die van Amerikaanse nationaliteit zijn, moeten voor de bevoegde Amerikaanse rechter gebracht worden en zijn aldus hic et nunc onontvankelijk.»

...

¹⁹ Tegen het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen zou voorziening in cassatie zijn ingediend. (X, «Voorheffingen toch terugvorderbaar via bezwaar als de aanslag niet werd ingekohierd?», *Fisc.Act.*, 1990, 42/8).

Bevoegdheid van de Belgische rechter om kennis te nemen van het geschil

1. Standpunt van het openbaar ministerie. Gevolgtrekkingen

Het openbaar ministerie neemt in zijn advies inzake de bevoegdheid van de Belgische rechter een gedifferentieerd standpunt in.

Allereerst adviseert het de vordering niet toelaatbaar te verklaren tegenover eerste verweerster.

Wat de vordering tegenover tweede verweerster betreft, wordt gesteld dat, voor zover ze betrekking heeft op het verkrijgen van een verbrekingsvergoeding, deze «als onontvankelijk voor de Belgische rechter dient te worden beschouwd», dit met als redengeving «gebrek aan bewijs inzake rechtsmisbruik».

Dit advies geldt eveneens voor de vordering inzake transportkosten en verhuizingskosten omdat ze «deel uitmaken van de voordelen toegekend door de arbeidsovereenkomst naar Amerikaans recht en ze slechts betrekking hebben op twee partijen die van Amerikaanse nationaliteit zijn».

Anderzijds wordt, wat betreft de vordering inzake vakantiegelden, geadviseerd dat ze ontvankelijk is, dit zonder preciserende motivering.

Uit die stellingname van het openbaar ministerie blijkt dat het de splitsbaarheid van het geding aanvaardt (artikel 31 van het Gerechtelijk Wetboek) een standpunt waarbij de rechtbank zich kan aansluiten.

Anders redeneren zou tot gevolg hebben dat de rechtbank (als Belgische rechter), door zich te beroepen op de regels inzake samenhang, zich bepaalde bevoegdheidsterreinen zou gaan toeëigenen die buiten het bereik van de forumtoewijzing in het kader van het internationaal privaatrecht vallen.

Overigens blijkt uit het advies dat de rechtbank zich eerst over enkele preliminaire problemen ten gronde moet uitspreken alvorens haar definitief oordeel inzake bevoegdheid te kunnen vestigen.

Meer bepaald moet worden uitgemaakt of alleen tweede verweerster de werkgeefster van eiser was, vervolgens of die tweede verweerster een domicilie of residentie had of gekozen had in België en tenslotte waar ze een einde maakte aan de arbeidsovereenkomst van eiser.

a) Wie was de werkgeefster van eiser?

Uit de door partijen overgelegde stukken blijkt dat eiser met tweede verweerster door een arbeidsovereenkomst verbonden was.

Eiser erkent dit trouwens in zijn dagvaarding, waar hij verder spreekt van een «detachering» naar een Belgische dochteronderneming.

Opdat (minstens ook) sprake kan zijn van een tewerkstelling in dienst van die laatste onderneming, moet blijken dat er aan haar zijde een gezagspositie bestond ten opzichte van eiser, in die zin dat deze onder haar gezag arbeidsprestaties verrichtte.

Eiser brengt daar nu niet, tot voldoening van recht, het bewijs van.

Alle arbeidsprestaties van eiser kunnen aangemerkt worden als uitgevoerd in het kader van zijn (tijdelijke) detachering door tweede verweerster.

Ook blijkt dat de verplichtingen die de werkgever normaal op zich moet nemen, met als voornaamste, het betalen van het loon en het garanderen van de sociale zekerheid van de werknemer, geschieden door tweede verweerster.

De Belgische sociale zekerheid was hier blijkbaar niet bij betrokken.

Zo nu eiser de overtuiging was toegedaan geweest dat hij ook prestaties verrichtte (of had verricht) voor de Belgische onderneming had een (door hem uitgelokt) onderzoek van de diensten van de sociale inspectie hier ongetwijfeld klaarheid kunnen brengen.

Ten slotte was het trouwens ook tweede verweerster die eiser terugriep naar de V.S.A. en er een einde maakte aan zijn arbeidsovereenkomst.

Daar dus geen ander bewijs voorligt dat dan tweede verweerster de enige contractuele partner van eiser was, ook in zoverre het zijn tewerkstelling in België betrof, moet inderdaad eerste verweerster buiten de zaak worden gesteld en is een tegen haar uitgebrachte vordering niet toelaatbaar.

b) Woonplaats van tweede verweerster in België

Het kan niet aanvaard worden dat tweede verweerster een woon- of verblijfplaats had in België.

...

c) Beëindiging van de arbeidsovereenkomst van eiser

Als gezegd maakte tweede verweerster een einde aan de arbeidsovereenkomst met eiser en wel op 6 mei 1986 nadat hij naar de V.S.A. was teruggeroepen en dus blijkbaar een einde gekomen was aan zijn detachering.

Dit belet niet dat eiser voordien arbeidsprestaties had verricht op Belgisch grondgebied en dan inderdaad de vraag kan worden gesteld of geen einde werd gemaakt aan de arbeidsovereenkomst van eiser op een wijze die vanwege verweerster een miskenning inhield van bepaalde onontduikbare voorschriften van veiligheid en politie, meer bepaald inzake regeling van de opzeggingsvergoeding, zoals ze in het Belgisch arbeidsrecht zijn ingeschreven, met als gevolg dat de arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt als beëindigd in België.

Eiser beroept zich op een dergelijke, op rekening van tweede verweerster gebrachte, «wetsontduikende kunstgreep» waar hij stelt tot einde april tewerkgesteld gebleven te zijn in België en nadien gevraagd te zijn terug te keren naar de V.S.A. om hem er andere taken toe te vertrouwen (25 april 1986) maar haast onmiddellijk na zijn terugkeer (6 mei 1986) door tweede verweerster te zijn ontslagen.

In de stelling van eiser heet dit aan de zijde van tweede verweerster een ingestudeerd scenario te zijn om zich aan de (gunstiger) Belgische ontslagregeling te kunnen onttrekken.

Tweede verweerster van haar kant stelt dat eiser niet einde april maar begin januari 86 naar de V.S.A. werd teruggeroepen en derhalve het vier maanden later aan hem gegeven ontslag niet als een «wetsontduiking» kan worden geïnterpreteerd.

Grondig onderzoek van de door eiser overgelegde stukken doet echter blijken – en tot dit besluit komt ook het openbaar ministerie – dat de waarheid waarschijnlijk wel in het midden zal liggen.

Ook al mag worden aangenomen dat eiser niet vanaf 1 januari 1986 opnieuw in de V.S.A. werkzaam was (bepalend vooral is de memo van general manager B. van 14 februari 1986) zoals dit blijkbaar aanvankelijk wel de bedoeling van tweede verweerster was, dan kan toch slechts als bewezen worden aanvaard dat hij tot einde februari, begin maart in België arbeidsprestaties verrichtte.

Wel was er de op 25 april 1986 door het gemeentebestuur van Brasschaat toegestane verlenging van de werkvergunning van eiser, maar in wezen ging de aanvraag daarvan terug tot 20 februari 1986 en zelfs vroeger.

Ook in deze hypothese zou er tussen het einde van zijn tewerkstelling in België en zijn ontslag in de V.S.A. nog minstens twee maanden verlopen zijn en is de stelling dat hij enkel door tweede verweerster naar de V.S.A. werd teruggeroepen met de bedoeling op die wijze de Belgische ontslagregeling te ontduiken, al veel minder overtuigend.

Bovendien dient te worden opgemerkt dat eiser reeds op 14 oktober 1985 (dus 7 maanden vóór zijn ontslag) in kennis was gesteld van zijn «imminent return to full-time duties in our Montgomery facilities», m.a.w. van het feit dat aan zijn Belgische detachering een einde werd gemaakt.

Al legt geen van de partijen een exemplaar neer van de arbeidsovereenkomst (van 11 maart 1980), ook uit de verklaringen van eiser kan worden opgemaakt dat hij (blijkbaar onbepaald) in het buitenland kon worden tewerkgesteld zonder dat dit als een wijziging van zijn arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd.

In correlatie hiermee kon die tewerkstelling in het buitenland ook steeds worden beëindigd zonder dat dit op zichzelf als een «contractverbrekende daad» van tweede verweerster kon worden aangemerkt.

Daar eiser er dan, als gezegd, op 14 oktober 1985 van in kennis was gesteld dat aan zijn opdracht in België een einde zou worden gemaakt en zelfs op 14 februari 1986 nog gesteld werd dat dit «as soon as possible» zou geschieden, was het beste waarmee eiser, nadat hij in de V.S.A. was teruggekeerd, in zijn situatie rekening kon houden, een voortzetting van zijn tewerkstelling in de V.S.A., iets wat hem trouwens was voorgesteld.

Een niet-voortzetting van die tewerkstelling betekende aan de zijde van tweede verweerster mogelijk een contractbreuk die echter in de V.S.A. plaatshad zonder dat daarbij de Belgische voorschriften inzake veiligheid en politie, meer bepaald artikel 82 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten werden ontdoken.

2. Bevoegdheidsbeoordeling

Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel inzake haar bevoegdheid het volgend standpunt te moeten innemen:

a) *Bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering inzake verbrekingsvergoeding gericht tegen tweede verweerster*

Als gezegd wijst het openbaar ministerie bij deze rechtbank de bevoegdheid van de Belgische rechter op dat stuk af met als motivering: «het gebrek aan bewijs inzake rechtsmisbruik».

Zonder dat hij dit expressis verbis heeft gesteld, mag worden aangenomen dat de arbeidsauditeur daarmee bedoelt dat de eventuele verbintenis tot betaling van die vergoeding noch ontstaan is, noch uitgevoerd moet worden in België, en de rechtbank zich op die manier ingevolge artikel 635, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek niet bevoegd kan verklaren.

De rechtbank kan zich, op grond van het bovenoverwogene hierbij aansluiten maar wil, om alle in casu door eiser opgeworpen middelen inzake bevoegdheid van de Belgische rechter volledig te beantwoorden, eveneens stellen dat de andere inzake bevoegdheid ingeroepen middelen, nl. die ge-

grond op art. 635, 2°, en art. 635, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek evenmin toepassing kunnen vinden.

Als gezegd had tweede verweerster geen (ook geen gekozen) woonplaats of verblijfplaats in België (635, 2°, Ger. W.);

Dit geldt natuurlijk wel voor eerste verweerster maar het komt de rechtbank voor dat door deze rechtspersoon, zoals hierboven is aangetoond, ten onrechte in het geding te betrekken, aan de Belgische rechter niet meteen de bevoegdheid tot kennisneming van een vordering kan worden opgedrongen die naar haar overtuiging haar oorsprong vindt in een in het buitenland ontstane en daar uit te voeren verbintenis door een rechtspersoon die in België geen woon- of verblijfplaats heeft of gekozen heeft (art. 635, 10°, Ger. W.).

b) *Bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering inzake het verkrijgen van vakantiegeld*

Eiser beroept zich op de betaling van vakantiegeld met toepassing van de voorschriften van de Belgische sociale zekerheid.

Door een dergelijke vordering geadeerd is de rechtbank van oordeel zich bevoegd te moeten verklaren aangezien de uitvoering van een dergelijke verbintenis normaal in België had moeten plaatshebben.

c) *Bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering inzake betaling van transportkosten en verhuiskosten*

De rechtbank is van oordeel dat de verbintenis tot betaling van de kosten van transport van de kinderen van eiser naar hun school, hoewel ontstaan in de V.S.A., normaal moest worden uitgevoerd in België tijdens het verblijf van eiser en zijn gezin zodanig dat ze bevoegd is om van die vordering kennis te nemen.

Meer genuanceerd en moeilijker benaderbaar is het probleem van de vordering inzake verhuiskosten (ook aangeduid als repatriëringskosten).

Geen van partijen legt de overeenkomst over die in de V.S.A. tussen hen werd gesloten, maar er bestaat blijkbaar geen principiële betwisting over dat in die overeenkomst een beding inzake die kosten was ingelast of hoe dan ook een akkoord daarover bestond.

Bij gebreke van nauwkeuriger informatie kan eveneens worden aangenomen dat een dergelijke verbintenis haar uitvoering kon (moest) krijgen in België op het ogenblik dat eiser met zijn gezin naar de V.S.A. vertrok.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat ze ter zake bevoegd is om van die vordering kennis te nemen.

...

NOOT – *Samenvoeging ingevolge onsplitsbaarheid en bevoegdheidsafwijzing ingevolge splitsbaarheid*

1. In het geannoteerde vonnis vordert een ontslagen werknemer van een Amerikaanse vennootschap betaling van een verbrekingsvergoeding, vakantiegeld, transport- en verhuiskosten. Hij had in België gewerkt maar werd net vóór zijn ontslag naar de V.S.A. overgebracht.

2. Bij de beoordeling van het bevoegdheidsvraagstuk beslist de Arbeidsrechtbank te Antwerpen de vordering van de eiser te splitsen. Zij volgt daarin de arbeidsauditeur en verantwoordt haar beslissing door te oordelen dat zij anders, «door zich te beroepen op de regels inzake samenhang, zich bepaalde bevoegdheidssterreinen zou gaan toeëigenen die

buiten het bereik van de forumtoewijzing in het kader van het internationaal privaatrecht vallen».

Daarop verwerpt de rechtbank haar bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering tot betaling van een verbrekingsvergoeding. Deze verbintenis zou immers niet in België zijn ontstaan en er evenmin moeten worden uitgevoerd. De werkgever zou bovendien woon- noch verblijfplaats hebben in België.

De rechtbank verklaart zich echter wél bevoegd om kennis te nemen van de overige vorderingen (tot betaling van vakantiegeld, transport- en verhuiskosten). Deze verbintenissen zouden wel in België moeten worden uitgevoerd.

3. De vraag is of een rechter zich gedeeltelijk bevoegd kan verklaren door het splitsbaar karakter van het geschil te aanvaarden, en voor het overige zijn bevoegdheid kan afwijzen.

4. *Samenvoeging na vaststelling van onsplitsbaarheid – Onsplitsbaarheid – Samenhang.* Vooraf dient te worden opgemerkt dat het taalgebruik van de arbeidsrechtbank enigszins verwarrend is. Samenhang is niet gelijk aan onsplitsbaarheid.

Samenhang betreft de beslissingen zelf, onsplitsbaarheid de uitvoering ervan. Vorderingen zijn samenhangend wanneer zij onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, ten einde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht (art. 30 Ger. W.; cf. art. 22, tweede lid, EEX-Verdrag). In tegenstelling met de aanhangigheid (art. 29 Ger. W.) is de gelijkheid tussen voorwerp, oorzaak en partijen niet vereist. Het betreft niet dezelfde vordering die opeenvolgend voor verschillende rechters aanhangig gemaakt wordt, maar verschillende vorderingen die zo nauw verbonden zijn dat de ene beslissing noodzakelijkerwijze op de andere invloed uitoefent.

Een geschil is echter onsplitsbaar wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn (art. 31 Ger. W.). Zo zijn onsplitsbaar, de vorderingen van verschillende schuldeisers strekkende tot faillietverklaring van een handelaar (Brussel, 20 juni 1972, *J.T.*, 1973, 143, *R.W.*, 1972-73, 1864; Antwerpen, 30 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 317). Evenwel zijn niet onsplitsbaar de vordering tot vernietiging van een gerechtelijk akkoord en de vordering tot faillietverklaring. Hoewel het faillissement uitgesproken kan worden zonder voorafgaande vernietiging of ontbinding van het gerechtelijk akkoord en hoewel de faillietverklaring het algemeen gevolg is van de vernietiging of ontbinding, brengen de vernietiging of ontbinding niet noodzakelijkerwijze de faillietverklaring met zich mee (Cass., 30 januari 1970, *Pas.*, 1970, I, 455). Evenmin brengt de afwijzing van het verzoek tot gerechtelijk akkoord automatisch het faillissement van de aanvrager ervan met zich mee (Cass., 17 september 1982, *Pas.*, 1983, I, 87).

Voor onsplitsbaarheid is meer vereist dan voor samenhang. Vorderingen kunnen samenhangend zijn maar niet onsplitsbaar. Een klassiek voorbeeld zijn de vorderingen tot betaling van geldsommen (zie bv. Bergen, 6 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 60; Rb. Brussel, 22 juni 1988, *Verkeersrecht*, 1989, 39). Ook indien tegenstrijdige beslissingen worden gewezen, komen vorderingen die ertoe strekken geldbedragen te krijgen, in aanmerking voor gelijktijdige tenuitvoerlegging (zie Brussel, 10 april 1984, *R.W.*, 1984-85, 1153). Dit is zelfs het

geval indien een betaling solidair of in solidum verschuldigd zou zijn (Cass., 12 maart 1980, *Pas.*, 1980, I, 856, *R.W.*, 1980-81, 521; Cass., 18 december 1987, *Pas.*, 1988, I, 488; Rb. Ieper, 12 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 958).

Met onderscheiden beslissingen waarvan de gezamenlijke tenuitvoerlegging onmogelijk zou zijn, wordt dus niet bedoeld het geval waarin over het geschil verschillende van elkaar onderscheiden beslissingen dienen te worden genomen. Onsplitsbaar is het geschil, wanneer het maar één vraag doet rijzen, waarover de beslissing niet verschillend kan zijn naar gelang van de partij of partijen ten opzichte van wie de beslissing genomen wordt (Cass., 13 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 810, met conclusie advocaat-generaal Lenaerts; *R.W.*, 1978-79, 1298). De onsplitsbaarheid van een geschil wordt bovendien niet bepaald door de aard van de betwisting (zie Rb. Luik, 21 januari 1987, *T.B.B.R.*, 1987, 190). Enkel de materiële onmogelijkheid van gezamenlijke tenuitvoerlegging van onderscheiden beslissingen is determinerend (Van Reepinghen, C., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, B.S., 1964, 55).

5. De Belgische wetgever heeft met dit criterium een uitzonderlijk karakter gegeven aan de onsplitsbaarheid en zo een einde gemaakt aan een overvloedige rechtspraak die alerhande ruime en vage subjectieve begrippen hanteerde die de rechtszekerheid zeker niet bevorderden (voor een analyse, zie Krings, E. en Storme, M., *Preadvies over onsplitsbaarheid*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1971, 19 p.).

6. Telkens wanneer elementen van een onsplitsbaar geschil tegelijkertijd voor verschillende instanties worden gebracht, wordt de *samenvoeging* bevolen, ofwel op vraag van een van de partijen, ofwel zelfs ambtshalve (Fettweis, A. en De Leval, G., *Éléments de la compétence civile*, Presses Universitaires de Liège, nr. 133; Fettweis, A., «L'indivisibilité du litige en droit judiciaire privé», *J.T.*, 1971, 269; *contra*: Laenens, J., *De Bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, nr. 148; deze laatste auteur meent geen mogelijkheid tot ambtshalve samenvoeging te onderkennen). De regels van artikel 565, tweede lid, 2°-5° Ger. W. vormen de leidraad bij de verwijzing naar de bevoegde rechter (art. 566 Ger. W.). Hoewel deze regels uitdrukkelijk van toepassing gemaakt zijn in geval van samenhang, zijn zij a fortiori van toepassing in geval van onsplitsbaarheid (Fettweis, A., «L'indivisibilité du litige en droit judiciaire privé», *J.T.*, 1971, 269, n. 8).

7. De beslissing i.v.m. de samenvoeging wegens onsplitsbaarheid (of samenhang) is echter *geen beslissing i.v.m. bevoegdheid*. Het verzoek daartoe is evenmin een exceptie van onbevoegdheid. De rechter die op verzoek van de partijen of zelfs ambtshalve verwijst, is wel degelijk bevoegd voor het deel van het geschil dat bij hem aanhangig werd gemaakt. De samenvoeging geschiedt echter ofwel uit bekommernis voor de coherentie van de beslissing in geval van samenhang, ofwel, in geval van onsplitsbaarheid, uit bekommernis voor de mogelijke materiële uitvoerbaarheid van de beslissing.

8. *Bevoegdheidscontrole na vaststelling van splitsbaarheid.* De vraag is of een geschil nu kan worden *gesplitst* zodra een gezamenlijke tenuitvoerlegging van onderscheiden beslissingen materieel mogelijk is, en of, in voorkomend geval, een rechter zich deels bevoegd en deels onbevoegd kan of moet verklaren?

9. *Internrechtelijke sfeer.* In de Belgisch internrechtelijke sfeer dient het antwoord genuanceerd te worden.

Volgens artikel 701 Ger. W. kunnen verscheidene vorderingen tussen twee of meer partijen bij een zelfde akte worden ingesteld, indien zij samenhangend zijn. Dit is dus a fortiori mogelijk voor vorderingen die onsplitsbaar zijn. De rechter zal de ingeroepen samenhang of onsplitsbaarheid toch nog onderzoeken en kan eventueel tot de ontstentenis van samenhang of onsplitsbaarheid besluiten.

Wanneer de bevoegdheid van de rechter voor wie een zaak aanhangig is, betwist wordt i.v.m. één van de vorderingen, dan doet de rechter uitspraak over zijn bevoegdheid tenzij hij de zaak dient te verwijzen naar de arrondissementsrechtbank, ofwel op verzoek van de eiser ofwel ambtshalve, opdat over het middel beslist wordt (artt. 639 en 640 Ger. W.). Voor elke vordering zal dan afzonderlijk de bevoegdheid van de aangesproken rechter beoordeeld worden. Indien de verschillende vorderingen niet samenhangend zijn, of zelfs niet onsplitsbaar, dan nog zal de rechter zijn bevoegdheid bevestigen zo hij voor de verschillende vorderingen afzonderlijk bevoegd is. Zo niet, dan verklaart hij zich gedeeltelijk bevoegd en gedeeltelijk onbevoegd.

10. Volgens het Hof van Cassatie volgt uit artikel 701 Ger. W. niet dat, wanneer de rechter wettig beslist dat de vorderingen niet samenhangend zijn, alle vorderingen toch naar de arrondissementsrechtbank moeten worden verwezen, als de rechter oordeelt dat hij voor één van de vorderingen onbevoegd is (Cass., 17 september 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 92, *Pas.*, 1982, I, 88, *R.W.*, 1982-83, 702). Bepaalde rechtspraak en rechtsleer stelt nochtans dat de arrondissementsrechtbank de mogelijkheid dient geboden te worden om zich op haar beurt over de samenhang uit te spreken i.v.m. alle vorderingen van een geschil en om de verwijzing in haar geheel te regelen. Het betreft echter lagere rechtspraak daterend van vóór het arrest van het Hof (zie hiervoor Laenens, in *Commentaar op het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, losbladig).

11. Uit het voorgaande kan in elk geval worden besloten dat een rechter voor verschillende vorderingen die aan hem, al dan niet in één akte, worden voorgelegd, zijn bevoegdheid per vordering kan en moet nagaan zodra hij vaststelt dat de vorderingen niet samenhangend of niet onsplitsbaar zijn.

12. Opmerkelijk is nog dat artikel 558 Ger. W. bepaalt dat, wanneer een vordering verschillende punten bevat, deze samengevoegd worden tot bepaling van de bevoegdheid. Bij vorderingen in geld uitgedrukt is daar geen probleem. Wanneer een eiser verschillende hoofdeisen instelt die bestaan in het vorderen van geldsommen, dan worden deze opgeteld ten einde de bevoegdheid *ratione summae* van de rechter te bepalen (voor een voorbeeld, zie Brussel, 24 februari 1971, *Pas.*, 1971, II, 167; Arrondrb. Brussel, 6 maart 1972, *Pas.*, 1972, III, 41; Arrondrb. Brussel, 13 maart 1972, *Pas.*, 1972, III, 43).

Deze oplossing is voor vorderingen die niet in geld uitgedrukt zijn niet geschikt. Dergelijke verschillende vorderingen zullen dan ook telkens aan een afzonderlijk bevoegdheidsonderzoek onderworpen worden zodra zij niet samenhangend of zelfs niet onsplitsbaar zijn. Artikel 558 Ger. W. is niet van toepassing op dergelijke vorderingen want dit artikel bevindt zich immers in het deel van het Wetboek dat de volstreckte bevoegdheid bepaalt op basis van het bedrag van de vordering (zie art. 557 Ger. W. e.v.).

13. *Internationaal privaatrecht.* Moet ook telkens wanneer de splitsing van een internationaal geschil mogelijk is, de rechter zich enkel bevoegd verklaren voor het onderdeel van het geschil waarvoor hij bevoegd zou zijn indien enkel dit onderdeel aan zijn oordeel onderworpen zou worden? Kan m.a.w. een rechter zijn internationale bevoegdheid afzonderlijk bepalen voor elk onderdeel van de vordering? Zo ja, dan zou het negatieve gevolg zijn dat verschillende aspecten van een vordering alzo door rechtscolleges van verschillende landen worden behandeld. Zo zouden bijvoorbeeld meerdere vorderingen i.v.m. verbintenissen van een zelfde overeenkomst over verscheidene rechters versnipperd worden. Dat is althans de opzet van de arbeidsrechtbank in het geannoteerd vonnis.

14. In *EEX-verband*. Voor arbeidsovereenkomsten in EEX-verband heeft het Hof van Justitie reeds beslist dat de aangezochte rechter zich niet genooddaakt mag zien zich bevoegd te verklaren ten aanzien van sommige vorderingen, en onbevoegd ten aanzien van andere (arrest Ivenel t. Schwab, zaak 133/81, 26 mei 1982, *Jur. H.v.J.*, 1982, 1891). Aangesproken op basis van de alternatieve bevoegdheidsbepaling van artikel 5, 1°, EEX zocht het Hof in de zaak Ivenel naar de karakteristieke verbintenis van de overeenkomst en ging vervolgens na waar deze diende te worden uitgevoerd om uiteindelijk de bevoegdheidsvraag te kunnen beantwoorden.

Het Hof heeft aldus met het arrest Ivenel, althans voor arbeidsovereenkomsten, zijn stelling gewijzigd die hij voor alleenverkoop-concessieovereenkomsten had geuit in het arrest De Bloos (zaak 14/76, 6 oktober 1976, *Jur. H.v.J.*, 1976, 1497) waarbij voor elke verbintenis die aan een vordering ten grondslag lag de plaats van uitvoering moest worden bepaald door de geadieerde rechter.

Het dient te worden benadrukt dat het Hof deze stelling heeft geuit i.v.m. arbeidsovereenkomsten en uit bekommernis voor de dwingende bepalingen ter bescherming van de werknemer, opgelegd door het recht van de plaats van uitvoering van de arbeid. Toch is het beginsel dat het Hof in dat arrest aanneemt evengoed van toepassing op een zaak waarbij de werkgever de werknemer dagvaardt. De kritiek op de theorie van de karakteristieke verbintenis is dan ook dat een werkgever bijgevolg een werknemer kan doen verschijnen op een andere plaats dan zijn woonplaats wanneer de arbeid aldaar dient te worden gepresteerd. Het principe van de karakteristieke verbintenis verliest daarmee meteen alle nut (Lenaerts, K., «Kroniek van het internationaal privaatrecht (1985-1989)», *R.W.*, 1989-90, 947; Bischoff, J.M. en Huet, A., noot in *J.D.I.*, 1982, 948-959). Dit probleem heeft zich herhaald in de zaak waarbij de werknemer al zijn werkzaamheden verrichtte buiten het grondgebied van de Gemeenschap (zaak 32/88, *Six Constructions Ltd. t. P. Humbert*, 15 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1276, *J.T.T.*, 1989, 261). In deze zaak besloot het Hof uiteindelijk dat de rechter tot de conclusie moet komen dat binnen dit grondgebied, met toepassing van artikel 5, 1°, EEX, geen enkele rechter bevoegd is. Daardoor kreeg artikel 2 EEX zijn volle kracht terug. Er bleef de werknemer niets anders over dan de werkgever te dagvaarden voor de rechter van diens woonplaats.

15. In het Shenavai-arrest (zaak 266/85, 15 januari 1987, *Jur. H.v.J.*, 1987, 239) bevestigde het Hof eerst zijn standpunt van het De Bloos-arrest maar onderstreepte opnieuw het specifieke karakter van arbeidsovereenkomsten. De karakteristieke verbintenis van zo een overeenkomst is de plaats-

bepalende verbintenis. Het Hof heeft daaraan bovendien in een obiter dictum toegevoegd dat bij verschillende in het geding zijnde verbintenissen de hoofdverbintenis bepalend zal zijn voor de bevoegdheid volgens het principe «accessorium sequitur principale».

Volgens het Hof moet de rechter die aangesproken wordt op basis van artikel 5, 1°, EEX-Verdrag, dus eerst de hoofdverbintenis bepalen, vaststellen of hij op basis van artikel 5, 1°, EEX bevoegd is en, zo ja, besluiten dat hij voor alle overige verbintenissen eveneens bevoegd is, hoewel hij misschien voor deze laatste op basis van artikel 5, 1°, EEX niet bevoegd is. Is er echter geen «ondergeschikte» relatie tussen de verbintenissen, dan dient de rechter zijn bevoegdheid te toetsen per vordering waaraan de uitvoering van een verbintenis ten grondslag ligt en zich eventueel deels onbevoegd verklaren.

16. Dit vraagstuk zou niet anders mogen opgelost worden op andere dan vorderingen i.v.m. arbeidsovereenkomsten. Als eenmaal aanvaard wordt dat de rechter zich zo veel mogelijk over het bevoegdheidsvraagstuk in zijn geheel dient uit te spreken, kan de voormelde redenering die uit het obiter dictum van het Hof volgt, toegepast worden.

De rechtspraak lijkt alvast gunstig te staan tegenover het principe dat de bijkomende verbintenis de hoofdverbintenis volgt bij het bepalen van de bevoegdheid. Zo heeft de Rechtbank van Koophandel te Brussel daarvan reeds een toepassing gemaakt in het antwoord op een bevoegdheidsexceptie van een concessiegever (Kh. Brussel, 29 maart 1988, *T.B.H.*, 1990, 800-803, met noot Petillion, F., «In welke mate kan een rechter van een EEX-land een rechter van een ander EEX-land bevoegd maken?», 804-806).

Er dient nog te worden opgemerkt dat een onderzoek naar de (on)splitsbaarheid die de bevoegdheidscontrole voorafgaat in de internrechtelijke sfeer, geen verband houdt met de bevoegdheidscontrole in het kader van het EEX-Verdrag.

17. *Buiten EEX-verband.* Het EEX-Verdrag, en de hiervoor eraan gegeven interpretatie door het Hof van Justitie, heeft echter een beperkt toepassingsgebied. In het geannoteerde vonnis bevond de rechtbank zich in een situatie waarin het EEX-Verdrag niet van toepassing is. Zij werd enkel geadieerd op basis van artikel 635, 2°, 3° en 10°, Ger. W. De verweerder had nl. geen woonplaats in een verdragsland. Bovendien kon geen oplossing gelijk aan die van het EEX-Verdrag worden aangenomen op grond van bevoegdheidsbepalende artikelen in een verdrag tussen de betrokken landen (in casu België en de V.S.A.).

Enkel de interne regels i.v.m. de internationale bevoegdheidsvraag zijn dan toepasselijk. De hiervoor vermelde oplossing i.v.m. de splitsbaarheid (of samenhang) zal dan ook naar analogie dienen te worden toegepast. Zo besloten ook de rechters in het geannoteerde vonnis terecht tot het afzonderlijk beoordelen van hun bevoegdheid i.v.m. de respectieve vorderingen. Dit hadden ze evenwel niet dienen te doen op basis van de regels inzake samenhang maar na toepassing van de regels van een versterkte vorm ervan, zijnde de onsplitbaarheid.

Flip Petillion
Assistent K.U.Leuven

VREDEGERECHT TE SINT-KWINTENS-LENNIK

9 APRIL 1990

Rechter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Gillis loco De Rouck en Uyttersprot

1. Huur – Wet van 22 december 1989 – Schorsing van de op 30 december 1989 lopende opzeggingen – 2. Afstand van recht – Uitdrukkelijk of stilzwijgend – Begrip

1. Art. 2, tweede lid, van de wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning, krachtens welke bepaling de gevolgen van de op 30 december 1989 lopende huuropzeggingen gedurende één jaar worden geschorst, houdt in dat die opzeggingen ten vroegste een jaar later uitwerking kunnen hebben.

2. Een afstand van recht wordt niet vermoed, maar moet uitdrukkelijk zijn of kan slechts worden afgeleid uit omstandigheden die niet voor een andere interpretatie vatbaar zijn.

Van Der P. t/ A. en M.

De eiser is eigenaar van een pand gelegen te Lennik, (...). De verweerders huren dit goed sedert 1 december 1986 tegen de huurprijs van 10.000 fr. per maand. Bij aangetekend schrijven van 30 oktober 1989 heeft de eisende partij opzegging van deze huur betekend tegen 31 januari 1990.

De vordering strekt ertoe deze opzegging geldig en van waarde te horen verklaren

Ten gronde

1. Bij brief, gedateerd 27 oktober 1989, maar ter post afgegeven op 30 oktober 1989 werd opzegging van de huur gedaan met ingang van 1 november 1989 en met een opzegtermijn van drie maanden.

Volgens de opzeggbrief zou de opzegperiode derhalve verstrijken op 30 januari 1990. Deze termijn is niet conform met artikel 1758bis van het Burgerlijk Wetboek. Dit artikel bepaalt: «§ 1. Indien er geen bepaalde tijd is overeengekomen voor de huur van een niet gemeubileerde woning die de huurder tot hoofdverblijf dient, kan de ene partij de andere niet opzeggen dan met inachtneming van een termijn van tenminste zes maanden indien de opzegging wordt gedaan door de verhuurder en van ten minste drie maanden indien de opzegging wordt gedaan door de huurder. § 2. Indien de opzeggingstermijn korter is dan die bepaald bij § 1 wordt hij verlengd ongeacht de contractuele bepalingen van vóór de opzegging».

De opzegging kon derhalve slechts ten vroegste uitwerking hebben vanaf 1 mei 1990.

2. De huurders beroepen zich op de bepalingen van de wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning en inzonderheid op artikel 2, tweede lid, waarbij de gevolgen van een op 30 december 1989 lopende opzegging worden geschorst gedurende één jaar.

De toepassing van deze wetgeving betekent *in casu* dat, behoudens andersluidende nieuwe wettelijke bepalingen, de opzegging ten vroegste uitwerking kan hebben op 30 april 1991.

3. De eiser concludeert dat de verweerders in hun aangetekend schrijven van 20 februari 1990 de opzegging prin-

cipieel niet hebben betwist, zodat zij de opzegging hebben aanvaard en bovendien afstand hebben gedaan van ieder recht tot verlenging.

De brief in kwestie houdt hoegenaamd geen afstand van recht in. Integendeel, uit deze brief blijkt dat verweerders uitdrukkelijk verlenging van de opzegperiode vragen, omdat zij nog geen andere woning hebben gevonden. Zij hebben ook geen afstand gedaan van de rechten aan de huurder toegekend door de wet van 22 december 1989.

Een afstand van recht wordt niet vermoed. Een afstand van recht moet uitdrukkelijk zijn of kan slechts afgeleid worden uit omstandigheden die niet voor een andere interpretatie vatbaar zijn.

Ter zake blijkt uit geen enkele vermelding in de brief van 20 februari 1990 van de verweerders dat zij afstand doen van de schorsing van de uitwerking van de opzegtermijn zoals wettelijk bepaald.

Integendeel, zij vragen uitdrukkelijk dat zij van het pand verder gebruik kunnen maken.

Gezien de ongegrondheid van de vordering op grond van artikel 2 van de wet van 22 december 1989 is het overbodig de verdere argumenten te onderzoeken.

NOOT – 1. Betreffende punt 1, zie in dezelfde zin: Herbots, J.H., «De nieuwe wet op de bescherming van de gezinswoning», *R.W.*, 1989-90, (897), 898, nr. 5; Van Oevelen, A., «De wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning (deel 2)», *T.B.B.R.*, 1990, 269-270, nr. 15.

2. Betreffende punt 2, zie in die zin een vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie: Cass., 15 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 658, *Pas.*, 1974, I, 630; Cass., 24 september 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 140, *Pas.*, 1982, I, 143; Cass., 20 september 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 117; *Pas.*, 1985, I, 97; Cass., 4 september 1989, *Rev. Liège*, 1989, 1119.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 10 december 1990

Inkomstenbelastingen – Voorziening voor het hof van beroep – Ambtshalve opgeworpen bezwaar dat de belastingplichtige zelf niet meer kon opwerpen – Onwettig

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 19 september 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat uit de artikelen 273, 276, 278, 279, de laatste drie bepalingen aangevuld bij de wet van 16 maart 1976, en 282 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en uit de beginselen van de regeling van de respectieve bevoegdheden van het bestuur en van de hoven en rechtbanken, moet worden afgeleid dat het hof van beroep, dat kennis neemt van het beroep van de belastingplichtige tegen de beslissing van de directeur der belastingen, zijn bevoegdheid te buiten gaat wanneer het – buiten de gevallen van verval van het recht van aanslag of van rechterlijk gewijsde, ter zake niet ingeroepen – kennis neemt van een grief die niet aan

de directeur ter beslissing is voorgelegd of waarover de directeur geen uitspraak heeft gedaan, zelfs wanneer hij de grief ambtshalve had moeten onderzoeken, of die door de belastingplichtige niet overeenkomstig artikel 279, tweede lid, van het wetboek voor het hof van beroep is aangevoerd, met dien verstande dat de belastingplichtige daar, ingevolge artikel 278 van het wetboek, enkel een schending van de wet of van enige op straffe van nietigheid voorgeschreven procedurevorm kan aanvoeren;

«Overwegende dat het hof van beroep, na te hebben vastgesteld dat de verweerders in hun conclusie slechts twee grieven handhaven, die grieven verwerpt; dat het ambtshalve oordeelt dat de aanslag nietig is omdat de beslissing van de directeur een door artikel 276 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen verboden schuldvergelijking doorvoert;

«Dat het hof van beroep, door ambtshalve bezwaren te onderzoeken die de belastingplichtige wegens verstrijken van termijnen zelf niet meer mocht aanvoeren en op die grond de aanslag te vernietigen, artikel 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Rauws – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureurgeneraal – Advocaat: mr. Dullaers – In de zaak: Belgische Staat t/ M. en B.)

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

Gemeenschap en gewest – Lasten van de Belgische Staat – Rechtsopvolging – Draagwijdte bij hangend geding

De voorziening van eiseres, de Vlaamse Gemeenschap, tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 10 april 1989) wordt o.m. de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het laatste lid van artikel 1 van de wet van 5 maart 1984 de opvolging van de Staat door de Gemeenschappen en de Gewesten regelt wat betreft de hangende en de toekomstige rechtsgedingen betreffende beslissingen en verbintenissen die overeenkomstig de eerste drie leden van het artikel, vanaf een bepaalde datum in bepaalde aangelegenheden zijn genomen of aangegaan;

«Overwegende dat die bepaling meebrengt dat, als aan de eerste drie leden van het artikel is voldaan, eiseres, eensdeels, de rechtsopvolger van de Staat is betreffende de verbintenissen die in het artikel worden bedoeld, anderdeels, als zij vrijwillig of gedwongen tussenkomt in een bij de inwerkingtreding van de wet van 5 maart 1984 hangende geding, het geding moet voortzetten in de staat waarin het zich bevindt;

«Overwegende dat het arrest met betrekking tot de door de verweerders ingestelde vordering beslist dat aan de door de eerste drie leden van artikel 1 van de wet van 5 maart 1984 gestelde vereisten is voldaan; dat eiseres die beslissing niet aanvecht;

«Overwegende dat daaruit volgt dat eiseres, als rechtsopvolger van de Staat, verplicht was het bij de inwerkingtreding van de wet van 5 maart 1984 hangende geding voort te zetten; dat zulks inhoudt dat eiseres het geding moest voortzetten in de staat waarin het zich bevond;

«Dat eiseres derhalve, nu het arrest aanneemt, zonder desaanvaande te worden aangevochten, dat reeds bij vonnis van 4 februari 1980 was beslist dat de vordering van de verweerdens ontvankelijk was, niet meer, door alleen het vonnis van 8 september 1986 te bestrijden, de ontvankelijkheid van de vordering kon betwisten.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel – Openbaar ministerie: de h. D’Hoore – Advocaten: mrs. Bützler, Van Ommeslaghe en Houtekier – In de zaak: Vlaamse Gemeenschap t/ H. en B.)

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

Bewijs – Vermoeden – Feitelijk vermoeden – Vaststelling van het feit en gevolgtrekkingen – Taak van de rechter – Art. 246 W.I.B.

Tegen het bestreden arrest (Hof Gent, 12 september 1989), gewezen inzake inkomstenbelastingen, voert eiser een schending van de artt. 1349 en 1353 B.W. en art. 246 W.I.B. aan.

«Overwegende dat het arrest uitgaat van het als vaststaande beschouwde feit dat het bestuur van de B.T.W., bij de vaststelling van een definitieve ambtelijke aanslag inzake de B.T.W. voor het jaar 1971, een winstmarge van 40% in aanmerking heeft genomen; dat de rechters de door hen, ter zake van de aanslagjaren 1972 en 1973, in de directe belastingen aangenomen winstmarge van 40% als een gevolgtrekking uit voormeld vaststaand feit hebben afgeleid;

«Overwegende dat de wet aan het oordeel en het beleid van de rechter overlaat de gevolgtrekking die hij als feitelijk vermoeden uit de door hem op onaantastbare wijze vastgestelde feiten maakt, voor zover hij het rechtsbegrip feitelijk vermoeden niet miskent, met name voor zover hij uit de gedane vaststellingen geen gevolg trekt dat daarmee geen verband houdt of op grond daarvan onmogelijk kan worden verantwoord;

«Overwegende dat het middel eensdeels opkomt tegen de vaststelling door de rechters van het feit dat zij als vaststaande hebben beschouwd, en het anderdeels niet aanvoert dat het door de rechters getrokken gevolg geen verband houdt met het vastgestelde feit of op grond daarvan onmogelijk kan worden verantwoord.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. D’Hoore – Advocaten: mrs. Deconinck en Claeys Bouuaert – In de zaak: H. t/ Belgische Staat)

WETGEVING

De wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet

1. Door de wet van 9 januari 1991 (B.S., 5 februari 1991), in werking getreden op 15 februari 1991, is aan art. 8, § 1, van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie een derde lid toegevoegd. Hierin

wordt bepaald dat de duur van het uitstel niet meer dan drie jaar (i.p.v. vijf jaar) mag bedragen voor de geldstraffen en de gevangenisstraffen die zes maanden niet te boven gaan.

Wie de illusie zou koesteren dat deze wetswijziging het resultaat is van een grondige bezinning over het wezen van de Probatiewet (zie, in die zin, Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende opschorting, uitstel en probatie, ingediend door senator F. Erdman c.s., *Gedr. St., Senaat*, 1988-89, 629-1, Toelichting) komt bedrogen uit. Het betreft hier namelijk slechts een noodzakelijke maar toevallige aanpassing omwille van het hoofddoel, beoogd door de wet van 9 januari 1991, namelijk de versnelde en uitgebreide uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten (Voorstel van wet tot wijziging van de artt. 619, 626 en 627 van het Wetboek van Strafvordering betreffende de uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken, *Gedr. St., Senaat*, 1989-90, 13 maart 1990, Toelichting, 905-1).

2. In een ontroerende opwelling van goedertierenheid heeft de wetgever beslist dat alle veroordelingen tot politiestrafen en correctionele hoofdgevangenisstraffen van ten hoogste zes maanden, alsmede de veroordelingen tot correctionele geldstraffen van ten hoogste 500 fr. en alle geldboeten, uitgesproken krachtens de Wegverkeerswet, voortaan worden uitgewist na verloop van drie jaar vanaf de dag van de rechterlijke eindbeslissing waarbij ze zijn uitgesproken, behoudens de uitzonderingen in art. 619, tweede lid, Sv. als gewijzigd door art. 1 van de wet van 9 januari 1991, vermeld.

Tevens wordt de minimumduur van de proeftijd voor het eerherstel o.m. verminderd tot drie jaar voor veroordelingen tot politiestrafen of correctionele straffen die een gevangenisstraf van vijf jaar niet te boven gaan (art. 625 Sv., als gewijzigd door art. 2 wet 9 januari 1991). Voorheen werden enkel politiestrafen na een termijn van vijf jaar uitgewist en bedroeg de minimumduur van de proeftijd om rehabilitatie te bekomen eveneens vijf jaar (A. Meeus, «La loi du 7 avril 1964 relative à l’effacement des condamnations et à la réhabilitation en matière pénale», *R.D.P.*, 1964-65, 607).

3. Tijdens de parlementaire werkzaamheden die geleid hebben tot de wet van 9 januari 1991 werd gewezen op het niet in overeenstemming zijn van de ingekorte periode voor uitwissing en herstel in eer en rechten met de maximumtermijn inzake uitstel van straffenuitvoerlegging (*Gedr. St., Senaat*, 1990-91, Verslag, 905-2 (1989-90), 3). Het onderkende probleem werd opgelost door de Probatiewet te wijzigen en de termijn van uitstel van tenuitvoerlegging van de geld- en korte gevangenisstraffen tot drie jaar te beperken.

Hierdoor wijkt het Belgisch stelsel ter zake af van vele andere Europese landen waar de duur van de proefperiodes meestal vijf jaar bedraagt (*Gedr. St., Senaat*, 1990-91, Verslag, 905-2 (1989-1990), 6).

Aangezien de alzo aan de Probatiewet aangebrachte toevoeging op zichzelf zonder invloed was op de eerder uitgesproken veroordelingen, diende een overgangsmaatregel ingevoegd te worden (art. 9 wet 9 januari 1991).

De versoepelde regeling van uitwissing der veroordelingen werd onmiddellijk toepasselijk gemaakt op de vóór de inwerkingtreding van de wet met uitstel uitgesproken straffen (*Gedr. St., Kamer*, 1990-91, 12 december 1990, Verslag 1370/2 – 90/91, 2).

Er zij hierbij terloops aangestipt dat de wetgever de oude en dubbelzinnige terminologie van «voorwaardelijke straf-

fen» opnieuw van onder het stof heeft gehaald (zie C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch Strafrecht*, III, nr. 1974).

4. Bij het hanteren van de Probatiewet zal de strafrechter dus voortaan de termijnen van uitsstel van de tenuitvoerlegging van de straf moeten bepalen in verband met de opgelegde strafmaat.

Daarentegen zal de ontegenzeggelijk minder zware sanctie van de opschorting van de uitspraak van de veroordeling nog steeds kunnen worden gelast voor een duur van maximaal vijf jaar (art. 3 wet 29 juni 1964) en is deze enkele schuldigverklaring blijkbaar niet vatbaar voor automatische uitwissing ingevolge art. 619 Sv., dat enkel veroordelingen beoogt.

De relaties tussen oude en nieuwe strafwetten worden door de wetgever zowel naar vorm als naar inhoud nogal eens anecdotisch aangegeven en behandeld. Alzo dient vastgesteld te worden dat de nieuwe regelen van uitwissing van sommige correctionele veroordelingen na amper drie jaar in mindere of meerdere mate o.m. afbreuk kunnen doen aan :

- de procedure van herroeping van het uitsstel van de straf na het verstrijken van de door de rechter vastgelegde termijn (art. 14 en 18 Probatiewet);
- de procedure van herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling in geval van nieuwe veroordeling na de proeftijd hoofdens een misdrijf dat tijdens de proeftijd werd gepleegd (art. 4 en 7 Wet Voorwaardelijke Invrijheidstelling);
- de beginselen m.b.t. de gewoontemisdadiger (art. 23 Wet Bescherming Maatschappij);
- de vijfjarige bijzondere herhalingstermijnen die voorkomen zowel in het Strafwetboek (o.a. bij verlating van familie) als in het bijzonder strafrecht (zoals de Drugwet);
- de vijfjarige verjaringstermijn van de correctionele straffen (art. 92 Sw.).

Op deze problematiek van niet overeenstemmende rechtsregels werd in het wetgevend werk niet nader ingegaan, waardoor ernstige moeilijkheden bij de verschillende strafuitvoeringsmodellen in de praktijk kunnen worden verwacht.

5. Korte gevangenisstraffen zijn voor velen sinds geruime tijd uit den boze (zie o.m. S. Snacken, *De korte gevangenisstraf*; L. Dupont en R. Verstraeten, *Belgisch Strafrecht*, nr. 1196). Bij de bespreking van de wet van 9 januari 1991 werd zelfs onomwonden de wens geuit de gevangenisstraf beneden zes maanden zonder meer af te schaffen (*Gedr. St., Senaat*, 1990-91, Verslag, 905-2 (1989-1990), 4).

Allerlei maatregelen van administratief penitentiaire aard (niet-uitvoering van korte gevangenisstraffen, opeenvolgende collectieve gratiebesluiten, voorlopige invrijheidstellingen met het oog op gratie) dragen bovendien geenszins bij tot de afname van de bij rechtspractici en rechtsonderhroegen ter zake bestaande verwarring.

Meer dan ooit lijkt een geïntegreerd, duidelijk gestructureerd en niet fragmentarisch debat over straf en strafuitvoering noodzakelijk, waarbij vanzelfsprekend rekening moet worden gehouden met het feit dat het geheel van het strafrechtelijk systeem groter is dan zijn samenstellende delen, zodat de wijziging van één element de hele structuur in mindere of meerdere mate kan beïnvloeden.

M. De Swaef

BOEKEN

B. AMORY, Ph. DEFRAIGNE, J.-CL. DE MEESTER, C. JANFILS, C. MONVILLE, Y. POULLET, R. QUECK en Ph. VAN BASTELAER, **Vers une nouvelle réglementation des télécommunications**, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, nr. 4, Namen, C.R.I.D., 1990, 249 pp.

De voorbije jaren heeft het studiecentrum voor het informatica-recht, verbonden aan de Universiteit van Namen (C.R.I.D.), zich ontplooid tot een belangrijk referentiepunt op het vlak van de ontwikkelingen in het informatica- en telecommunicatierecht. Met dit vierde cahier biedt het C.R.I.D. een geactualiseerde en omvattende bijdrage aan het debat rond de deregulering en de Europese harmonisatiepolitiek in de telecommunicatiesector. In de verschillende bijdragen wordt het maatschappelijke - en i.h.b. het technologische, het economische en het juridische - kader waarin de huidige telecommunicatiestructuren zich ontwikkelen, geanalyseerd. De klemtoon ligt daarbij op het zoeken naar een samengaan van enerzijds de doelstellingen in het perspectief van de economische rentabiliteit van de exploitatie van de telecommunicatie-infrastructuur, en anderzijds het tegemoet komen aan de openbare taak of de publieke functie die met de exploitatie van de telecommunicatiestructuren en -diensten verbonden is.

In het eerste deel van het boek worden de technologische aspecten van het telecommunicatie-debat toegelicht, gekoppeld aan een economische analyse van een model voor deregulering voor het telecommunicatierecht, ontleend aan het voorbeeld van de Verenigde Staten.

Het tweede deel van het boek bevat een uitermate waardevol overzicht van de huidige stand van zaken van het telecommunicatierecht in de ons omringende landen. Achtereenvolgens wordt het telecommunicatierecht in Groot-Brittannië, Frankrijk, Nederland, (West)-Duitsland en België op een consequent gestructureerde wijze geanalyseerd. Aansluitend op dit overzicht van de nationale wetgeving komt vervolgens de invloed van het Europees Gemeenschapsrecht op de voorgrond, met het oog op een geharmoniseerd juridisch kader voor de telecommunicatiesector als een van de spitssectoren voor Europese ontwikkeling en economische integratie. Ook de rol van de Internationale Telecommunicatie Unie, een gespecialiseerde UNO-instelling, komt aan bod in dit internationale perspectief.

Het boek sluit af met de voorstelling van een aantal beleidslijnen en concrete maatregelen met het oog op een nieuw juridisch kader voor de telecommunicatie, waarbij o.a. gepleit wordt voor een alomvattende, maar tegelijk summier en voldoende soepele telecommunicatiewet, voor de scheiding tussen de exploitatie van de telecommunicatiestructuren en de reglementaire functie, voor een onderscheid tussen de «gereserveerde diensten» (publieke functie) en de zgn. «concurrentiële diensten» (diensten met toegevoegde waarde), en voor de liberalisering en privatisering van de telecommunicatie-eindapparatuur, in aansluiting bij de E.G.-richtlijnen ter zake.

Conclusie : een interessant boekwerk dat het actuele debat rond de hervorming van de Belgische telecommunicatiewetgeving in zijn gehele maatschappelijke en juridische context helpt te plaatsen (zie titels II en III van het wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1287).

Dirk Voorhoof

R. GOTZEN en J. HERBOTS (red.), **De nieuwe pachtwet**, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 285 blz.

Dit handboek is de neerslag van een studiedag, georganiseerd door het Instituut voor Contractenrecht van de Rechtsfaculteit te Leuven op 28 oktober 1988, herhaald op 9 december 1988.

R. Gotzen behandelt de parlementaire geschiedenis van de nieuwe pachtwet; J. Herbots, het toepassingsgebied van de nieuwe pachtwet; L. Weyts, de vennootschap tussen grondeigenaar en landbouwer; Y. Merchiers, het bewijs inzake pacht; A. van Oevelen, de exploitatie van het gepachte goed, de onderpacht en de

pachtoverdracht, het overlijden van de verpachter of van de pachter; G. Traest, opzegging en pachtbeëindiging; P. van Hoestenbergh, de vervreemding van het gepachte goed en recht van voorkoop van de pachter; R. Gotzen, Pachtprizen, duur van de pacht, loopbaanpacht. De slottoespraak werd gehouden door P. De Keersmaecker, staatssecretaris voor Europese Zaken en Landbouw.

De verschillende auteurs wijzen op de veranderingen van de wet van 7 november 1988 tegenover die van 4 november 1969.

De nieuwe wet beoogde vooral een grotere bescherming van de pachter. Een treffend voorbeeld hiervan is te vinden in art. 3 m.b.t. het bewijs van de pacht. Aan de pachter wordt nu zelfs de mogelijkheid geboden om zich een bewijs van de pacht te verschaffen door een aanbod van betaling te doen onder de naleving van de wettelijk voorgeschreven vormvoorwaarden. De exploitatievrijheid van de pachter wordt verruimd daar hij gebouwen, werken of beplantingen die hinderlijk zijn voor de bebouwing, mag wegruimen met schriftelijke toestemming van de verpachter of van de vruchtgebruiker of met machtiging van de vrederechter (art. 24, vijfde lid). De opzegging voor eigen gebruik ten voordele van effectieve exploitierende landbouwers (art. 8) is duidelijker omschreven om de al te ruime interpretatie onder de vroegere wet tegen te gaan. De onderpacht, pachtoverdracht is thans ook mogelijk voor de schoonkinderen van de pachter (artt. 31 en 34); deze genieten ook het recht van voorkoop (art. 47).

Om de pacht ook voor eigenaars aantrekkelijker te maken werd de wet tot beperking van de pachtprizen aangepast door o.m. driejaarlijkse i.p.v. vijfjaarlijkse aanpassingen zowel voor gronden als gebouwen in te voeren; voor de loopbaanpacht (art. 8, § 3) mag de pacht prijs worden verhoogd met de helft voor gronden en met een vierde voor gebouwen.

De lectuur van dit boek is aan te bevelen om een eerste inzicht te krijgen in de gewijzigde pachtwetgeving. De verschillende thema's zijn niet al te uitvoerig beschreven, daar het in essentie voordrachten waren op een studiedag. Meer dan de helft van de omvang van het boek bestaat uit de parlementaire stukken, de nieuwe wet, de gewijzigde wet tot beperking van de pachtprizen en diverse bepalingen (o.m. overgangsbepalingen).

De vorige wet heeft aanleiding gegeven tot talrijke betwistingen; rechtspraak inzake pacht is uitvoerig gepubliceerd.

Het is voorbarig om thans reeds te besluiten dat het beoogde economisch evenwicht tussen pachters en verpachters, ook werkelijk in een juridische vrede zal eindigen.

G. Suetens-Bourgeois

A. PRIMS, **Codex van het gezondheidsrecht**, Kortrijk-Heule, UGA, 1989, 2e bijgewerkte druk

De Codex van het gezondheidsrecht verscheen voor het eerst in 1986 (zie voor een bespreking door T. Vansweevelt, *R.W.*, 1987-88, nr. 28, 967). De tweede druk is bijgewerkt tot 15 april 1989. Gelet op een aantal belangrijke wetwijzigingen zoals de wet zwangerschapsafbreking en de wet bescherming persoon geesteszieke kan een derde uitgave van deze codex binnen afzienbare tijd worden verwacht.

De verzameling wetteksten is opgebouwd rond vier thema's: gebruikers, verstrekkers, instellingen en sturende instanties. Voor ieder van deze thema's worden de belangrijkste wetteksten weergegeven. Maar bovendien worden sommige onderwerpen verder uitgediept aan de hand van rechtspraak en rechtsleer. Dat is m.n. het geval voor abortus, euthanasie, medisch beroepsgeheim en medische aansprakelijkheid en medisch dossier. Deze selectie lijkt me nogal lukraak te zijn gebeurd en de behandelde onderwerpen worden vrij algemeen bestudeerd. Daartegenover staat een handzame verzameling wetteksten en dat lijkt toch de belangrijkste bedoeling van een codex.

Herman Nys

C.J. VAN ZEBEB en T.A.W. STERK, **Arresten Handelsrecht en Burgerlijk Procesrecht met annotaties ten behoeve van het onderwijs**, zesde druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 1789 blz.

Vijftien jaar na de uitgave van de eerste druk verscheen reeds de zesde herziene druk van de bundel *Arresten Handelsrecht en Burgerlijk Procesrecht met annotaties*. Hij bevat een bundeling van 217 belangrijke arresten van de Hoge Raad gewezen tussen 1903 en 1988, alsmede enkele arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Benelux-Gerechtshof in het domein van het handelsrecht en het burgerlijk procesrecht, waarvan de studie aan de juridische faculteiten in Nederland verplicht is of wordt aanbevolen. Teneinde de bundel hanteerbaar te houden werd voor nieuwe arresten in deze druk plaats gevonden door een aantal oudere niet meer op te nemen. In het voorwoord geeft T.A.W. Sterk enkele nuttige wenken bij het lezen van arresten.

De arresten werden langs fotografische weg in offset overgenomen, zodat ook de drukfouten die voorkomen in de tijdschriften waaruit werd gefotografeerd, overgenomen zijn. Zoals uit het voorwoord blijkt zou het herstel van deze fouten dermate de kosten hebben verhoogd van de bundel, die thans nog vrij betaalbaar is voor de studenten tot wie hij gericht is.

De arresten werden overgenomen in de volgorde van verschijning in de *Nederlandse Jurisprudentie* samen met de belangrijke conclusies en adviezen van het openbaar ministerie, evenals de noten van de gezaghebbende annotatoren van de *Nederlandse Jurisprudentie*, van wie de initialen in het voorwoord worden toegelicht. De consultatie van de bundel wordt vergemakkelijkt door de opname van de arresten in de volgorde van verschijning en door twee registers aan het einde waarin de arresten enerzijds chronologisch en anderzijds artikelsgewijs worden gerangschikt.

De bundel is alleszins een zeer bruikbaar werkinstrument bij de studie van het Nederlands handelsrecht en burgerlijk procesrecht, niet alleen voor de Nederlandse student maar voor ieder ook niet Nederlandse jurist, doordat hij een zeer actueel overzicht biedt van de rechtspraak van de Hoge Raad in de behandelde domeinen.

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

H.A. DEMEERSSEMAN, **Met voorbedachten rade**, Monografieën strafrecht, deel 10, Gouda Quint BV, Arnhem, 159 pp.

De uitdrukking «met voorbedachten rade» wordt veelal als een onbestemd begrip aangemerkt en heeft in de loop van de tijd herhaaldelijk aan kritiek blootgestaan. De kritiek is toegespitst op het onderscheid tussen doodslag en moord.

Met deze studie wil de auteur een inzicht verschaffen in de vele facetten van de voorbedachte raad zoals deze voorkomen in de artikelen 108, 115, 117, 289, 301 en 303 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht.

Voorbedachttheid heeft niet altijd gefungeerd als een onderscheidend kenmerk van de moord. Tot de 15e eeuw was voor moord veel meer bepalend of levensberoving heimelijk had plaatsgevonden en de dader niet voor zijn daad was uitgekomen.

Volgens de auteur mag uit de wetgeschiedenis niet worden afgeleid dat de voorbedachte raad louter bestaat uit het afwezig zijn van een plotselinge gemoedsopwelling. De daad moet het gevolg zijn van een besluit en er moet zijn nagedacht.

De Hoge Raad acht de voorbedachte raad aanwezig indien de daad het gevolg is van een besluit en in het tijdsverloop tussen besluit en uitvoering is nagedacht over de betekenis en de gevolgen van de voorgenomen daad. Uit een analyse van de rechtspraak blijkt voorts dat het nadenken ook wel voor of tijdens de totstandkoming van het besluit wordt gesitueerd. De drijfveer van de dader is irrelevant. Van voorbedachttheid kan tevens gesproken worden wanneer het besluit om tot actie over te gaan afhankelijk is van de intrede van bepaalde voorwaarden.

Handelen met voorbedachte raad impliceert dat men met opzet handelt. De auteur is van oordeel dat voorbedachte raad met alle vormen van opzet kan samengaan, dus ook met het volmaakte opzet, het opzet met zekerheidsbewustzijn en het voorwaardelijk opzet.

De uitdrukking «met voorbedachten rade» dwingt volgens de auteur niet tot de opvatting dat er sprake moet zijn van een oogmerk.

Mr. H.A. Demeersman is verder de mening toegedaan dat voorbedachte raad als een delictsbestanddeel moet worden aange-merkt en geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de des-betreffende wetsartikelen. Geestelijke stoornis hoeft de voorbe-dachte raad niet in de weg te staan.

In verband met de vraag aan welke eisen de telastlegging van voorbedachte raad moet voldoen, geeft het arrest van de Hoge Raad van 27 mei 1986, *N.J.*, 1987, 8, een algemeen richtsnoer. Richt men zich naar de opvatting van de Hoge Raad omtrent de voorbedachte raad, dan zou, volgens de auteur, een modeltelastlegging van moord (art. 289 Sr.) of mishandeling met voorbedachte raad (art. 301 Sr.) er als volgt kunnen uitzien: «dat zij/hij op of omstreeks (datum)/ in de periode van (datum t/m datum) te (plaats/plaatsen), nadat eni-ge tijd tevoren door haar/hem het voornemen was opgevat om (slachtoffer) opzettelijk van het leven te beroven/te mishandelen en nadat zij/hij tussen het opvatten van dit voornemen en de uitvoering hiervan als na te noemen had nagedacht over en zich rekenschap had gegeven van de betekenis en de gevolgen van haar/zijn voor-genomen daad, ter uitvoering van dit voornemen opzettelijk (wijze van levensberoving/mishandeling van slachtoffer) ten gevolge waar-van die (slachtoffer) is overleden/pijn heeft ondervonden/lichame-lijk letsel / zwaar lichamenlijk letsel» (p. 104).

Daar met de voorbedachte raad een psychisch (innerlijk) «pro-ces» wordt aangegeven, zal het bewijs ervan niet altijd gemakkelijk zijn.

Een nadere analyse van de feiten en omstandigheden (die uit de bewijsmiddelen blijken) leert dat het daarbij voornamelijk gaat om:

- gedachten voor of na de daad;
- het treffen van voorbereidingen voor de daad zelf;
- het voor of na de daad nemen van maatregelen om onmid-dellijke ontdekking van de daad te voorkomen;
- uitingen of gedrag voor of na de daad;
- aard van de daad zelf en/of wijze waarop deze gesteld is.

In tegenstelling met een arrest van de Hoge Raad van 5 december 1932, *N.J.*, 1933, 551 is de auteur van mening dat een veroordeling wegens doodslag niet mogelijk is wanneer bij een telastlegging van moord de voorbedachte raad niet bewezen is. Hij steunt hierbij op het argument dat het misdrijven met een verschillend rechtskarak-ter betreft (p. 120).

Ten slotte gaat de auteur nader in op enkele kritieken op de uit-drukking «met voorbedachten rade» zoals deze in de rechtsleer tot uiting komen. Volgens deze zou de betekenis van voorbedachte raad ongewis zijn, zouden de motieven en/of wijze van handelen ty-perender zijn, zou het wetssystematisch minder fraai zijn de voor-bedachte raad op slechts enkele plaatsen in het Wetboek van Straf-recht te noemen, zou de gevaarlijkheid van degene die nadenkt, niet groter zijn dan degene die impulsief handelt en zou de voorbedach-te raad moeilijk te bewijzen zijn.

Na deze kritieken weerlegt te hebben komt de auteur tot de con-clusie dat de praktijk met de voorbedachte raad redelijk om schijnt te kunnen gaan zodat er voor de wetgever geen, of althans onvol-doende, aanleiding bestaat om activiteiten te ontplooiën gericht op het doen verdwijnen uit het Nederlandse strafrecht van de voorbe-dachte raad.

Het boek sluit af met een rechtspraakregister, een auteursregis-ter en een register van verwerkte literatuur. De materie werd bij-gehouden tot 1 maart 1989.

De verdienste van dit werk is dat het, aan de hand van tal van voorbeelden uit de rechtspraak en rechtsleer, de ontwikkeling be-schrijft en een grondige analyse geeft van het begrip «voorbedachte raad». Een strafverzuwarende omstandigheid die op het eerste ge-zicht niet zo helder voorkomt maar, wat betreft de formeelrechtel-ijke aspecten, kan steunen op een algemene consensus.

J. Luyckx

AANGEKONDIGD

La réparation des dommages catastrophiques. Les risques techno-logiques majeurs en droit international et en droit communautaire (Tra-vaux des XII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin), Brussel, Bruylant, 592 p., 4.235 fr.

J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/-Apeldoorn, Maklu, 578 p., 4.500 fr.

M. TIMMER, J.W. KOTEN, *Verzekeringsgeneeskunde in de praktijk II* (serie Menselijke schade nr. 20), Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 246 p., 1.975 fr.

J.W. KOTEN, M. TIMMER, *Stoornissen en arbeid* (serie Menselijke schade nr. 19), 302 p., 2.450 fr.

Huren zonder kuren. Wegwijs in de nieuwe huurwet (Reeks paper-clip 1/1991), Brussel, S.E.V.I., 138 p., 210 fr.

J.M.M. MAELJER, K. GEENS (red.), *Defensive measures against hos-tile takeovers in the Common Market*, Dordrecht / Boston / London, Martinus Nijhoff, Graham & Trotman, 236 p., 145 fl.

D. DE GRAEVE, J. GUSSELS, H. NYS, P. SCHOTSMANS, W. VAN GER-ven, J. VAN HOUTTE, F. VAN NESTE, J. VELAERS, J. VERMYLEN, *Recht en medisch begeleide bevruchting* (Verslag van de studiedag Leerstoel rector E. Dhanis s.j. van 4 mei 1990), Antwerpen, Kluwer, 246 p., 795 fr.

W. PENNINGCKX, P. BUYSE, *Correct taalgebruik*, Kortrijk-Heule, Uga, 260 p., 795 fr.

Beroep tegen O.C.M.W.-beslissingen inzake bestaansminimum en maatschappelijke dienstverlening. Profiel van de werking van de Ar-beidsrechtbanken en van de Beroepskamers van Vlaanderen (eerste se-mester 1987), (Project uitgevoerd door het Instituut voor Sociaal Recht (K.U.Leuven) in opdracht van mevrouw M. Smet, staatsse-cretaris voor Maatschappelijke Emancipatie), 170 p.

J. HOLVAST, J.J.C. KABEL (red.), G. OVERKLEEF-VERBURG, J.H. SNEEP, A.M.C.C. TUBBING, H.A. VAN DER ZANDEN, *Privacybesche-rming in de particuliere sector* (Serie Praktijkhandleidingen), Zwolle, Tjeenk Willink, 96 p., 38,50 fl.

MEDEDELINGEN

Symposium «Burgerlijk procesrecht in Europa» te Utrecht

Naar aanleiding van de aanwezigheid in Nederland van de zgn. Commissie Storme, organiseert de vakgroep Privaatrecht van het Molengraaff Instituut op 20 april 1991 in de Senaatszaal Academie-gebouw te Utrecht een symposium over harmonisering van burger-lijk procesrecht in Europa.

De Commissie Storme, die sinds 1987 doende is een voorstel voor te bereiden voor een Europese richtlijn tot harmonisering van be-paalde onderdelen van het burgerlijk procesrecht van de twaalf E.G.-lidstaten, wil op dit symposium haar project presenteren. Te-vens zullen twee hoogleraren uit niet E.G.-landen, prof. L. Gaspar-dy (Hongarije) en prof. A. Miaczynski (Krakow) een bijdrage leveren.

Het symposium is gratis en toegankelijk voor alle belangstellenden die zich tevoren schriftelijk hebben opgegeven bij mevr. mr. M. Freudenthal (tel. 030/393.153) of prof. mr. P.A.M. Meijknecht (tel. 070/370.62.20).

Europese Vereniging voor Bank- en Financieel Recht te Brussel

De in 1988 te Parijs opgerichte vereniging Association Européen-ne pour le Droit Bancaire et Financier, heeft thans een belgische afdeling (A.E.D.B.F. Belgium) te Brussel aan de A. Reyerslaan 103/30, met mr. Jean-Pierre Buyle als voorzitter.

Deze afdeling organiseert een eerste voordracht op 18 april 1991 te 15u00 in de Foyer Européen, Kortenberglaan 66 te 1040 Brussel over het thema: «La transparence dans la réglementation Euro-péenne en matière bancaire et financière».

Spreekers zijn: P. Troberg (EEG-Commissie), J. Pardon (Direc-teur, Belgische Vereniging van Banken) en J. Biancarelli (Rechter, Rechtbank van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen).

Inlichtingen: A.E.D.B.F. Belgium, A. Reyerslaan 103/30, 1040 Brussel (tel. 02/736.40.57; fax 02/733.62.13)