

REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID IN HET HUWELIJSVERMOGENSRECHT. EEN RECHTSVERGELIJKENDE BENADERING ¹

I. Probleemstelling

1. In 1971 treden Gloria en John O'Brien in het huwelijk. John vat een studie in de geneeskunde aan, terwijl Gloria werkt als lerares. Daarnaast neemt zij ook het huishouden voor haar rekening. Met haar inkomsten worden de huishouding en de studie van John gefinancierd. In 1978 wordt John stagiair-internist. In oktober 1980 verkrijgt hij de vergunning om het beroep van geneesheer uit te oefenen. Tot op dat ogenblik lijken de O'Briens een goed huwelijk te hebben. De vraag naar het toepasselijke huwelijksvermogensrecht komt zelden ter sprake. In december 1980 stelt dokter John O'Brien echter een vordering tot echtscheiding in. Nu wordt de vraag naar het toepasselijke huwelijksgoederenrecht en de regels voor de verdeling van het vermogen wel zeer relevant. Op het ogenblik van de echtscheidingsvordering bestaat het vermogen van Gloria en John uit een aantal tweedehandsmeubelen, een donkergroene Chevrolet van 1972 en een bankrekening met een tegoed van 900 dollar. Wanneer men bij de verdeling enkel met deze goederen rekening houdt, zal het resultaat onbillijk zijn voor Gloria die de studie van John heeft gefinancierd en haar eigen carrièrekansen heeft opgeofferd.

Deze problematiek van de goederenverdeling bij echtscheiding en de billijkheid hiervan, wordt in deze bijdrage onderzocht in rechtsvergelijkend perspectief. De zaak O'Brien illustreert de twee kernbegrippen van het onderzoek naar de goederenverdeling: de verdeelbare massa en de verdeelsleutel ². Bij de samenstelling van de verdeelbare massa wordt de vraag gesteld welke goederen voor de verdeling in aanmerking komen. Houdt men hierbij enkel rekening met het klassieke eigendomsconcept, of kunnen ook persoonlijke rechten zoals een diploma, een beroepsvergunning of een pensioen, de zogenaamde *new property*, bij de verdeling betrokken worden ³? Ten tweede is de verdeelsleutel die wordt gehanteerd om deze verdeelbare massa te verdelen, van doorslaggevend belang om tot een billijke goederenverdeling te komen.

II. Verdeelbare massa

2. De vraag welke goederen worden opgenomen in de verdeelbare massa wordt onderzocht aan de hand van drie criteria: het tijd-, oorsprong- en soortcriterium. Het tijdcriterium bepaalt welke goederen volgens het ogenblik van de verwerving, voor of na het huwelijk, tot de massa kunnen behoren. De oorsprongparameter verwijst naar de verwervingswijze van de goederen: onder bezwarende titel of om niet, namelijk bij schenking, erfenis of testament. Het soortcriterium refereert aan de aard van een bepaald goed: strikt persoonsgebonden goederen zoals kleding, maar ook rechten met een sterk persoonlijk karakter, de zogenaamde *career assets* of *new property*, zoals een pensioen, de *goodwill* van een onderneming of een diploma.

Hierna worden eerst de toepassing van het tijd- en oorsprongcriterium, en vervolgens de toepassing van het soortcriterium onderzocht.

A. Tijd- en oorsprongcriterium

1. Wettelijk stelsel

3. Binnen het wettelijk stelsel van diverse landen kunnen, aan de hand van het tijd- en oorsprongcriterium, twee types worden onderscheiden: een beperkte en een ruimere verdeelbare massa.

Tot het type van de beperkte verdeelbare massa behoren de rechtsstelsels waarvan enkel de goederen die verworven zijn tijdens het huwelijk (tijdcriterium) en onder bezwarende titel (oorsprongcriterium), in de verdeelbare massa vallen. Allereerst zijn er een aantal stelsels van gemeenschap van goederen, zoals België en Frankrijk, en vrijwel alle Amerikaanse *community property*-staten, zoals bijvoorbeeld Californië ⁴. Ook verschillende stelsels van uitgestelde gemeenschap, waarbij het gemeenschappelijk vermogen slechts ontstaat bij de ontbinding van het stelsel, kunnen bij dit type worden ondergebracht. Voorbeelden hiervan zijn niet alleen te vinden in *Civil Law*-stelsels, zoals Duitsland, Zwitserland en Québec, maar ook in landen uit de *Common Law*-rechtsfamilie, zoals de Canadese *Common Law*-provincies en Nieuw-Zeeland ⁵. Tot slot ontstaat ook in een aantal stelsels van scheiding van goederen bij de ontbinding van het huwelijk een beperkte verdeelbare massa. Dit is het geval in de Amerikaanse *Common Law*-staten die een wetgeving invoerden naar het model van section 307, Alternative B van

¹ Deze tekst is een bewerkte versie van de inleidende uiteenzetting gehouden op de openbare verdediging van een proefschrift over *Redelijkheid en billijkheid in het huwelijksvermogensrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, tot het behalen van de graad van doctor in de rechten aan de Katholieke Universiteit Leuven, op woensdag 23 januari 1990.

² Cf. HAUSERMAN, «Homemakers and Divorce: Problems of the Invisible Operation», *Fam. L.O.*, 1983, 47.

³ Zie hierover GLENDON, *The New Family and the New Property*, Toronto, 1981.

⁴ Zie § 5107-5108 *California Civil Code*.

⁵ Duitsland: § 1373 e.v. BGB. Zwitserland: art. 181 e.v. ZGB. Québec: art. 462.1, 462.2, 462.3 jo 464 C.C. Canada (*Common Law*-provincies): art. 4 *Ontario Family Law Act* 1986. Nieuw-Zeeland: sections 8-10 *Matrimonial Property Act* 1976.

de *Uniform Marriage and Divorce Act* van 1974⁶, zoals bijvoorbeeld de *Equitable Distribution Law* van 1980 in New York⁷.

Tot het type van de ruimere verdeelbare massa behoren de rechtsstelsels die ook goederen die verworven werden vóór de aanvang van het huwelijk (tijdscriterium) of goederen die tijdens het huwelijk om niet werden verworven (oorsprongcriterium), of zelfs alle mogelijke goederen, in aanmerking nemen voor een verdeling tussen de echtgenoten. Ook van dit type gelden bepaalde gemeenschapsstelsels, zoals Nederland en Zuid-Afrika, Noorwegen en de Amerikaanse staat Washington, als voorbeeld⁸. Tevens ontstaat bij bepaalde stelsels van uitgestelde gemeenschap van goederen, zoals Finland en Zweden, een ruimere verdeelbare massa⁹. Ook onder dit type kunnen diverse stelsels van scheiding van goederen worden ondergebracht. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het Engelse en Australische recht en voor tal van Amerikaanse *Common Law*-staten waar een wetgeving naar het model van section 307, Alternative A van de *Uniform Marriage and Divorce Act* werd ingevoerd¹⁰.

4. De billijkheid vereist enkel dat hetgeen tijdens het huwelijk door de gemeenschappelijke inspanningen van de echtgenoten is opgebouwd, verdeelbaar is. Goederen verworven vóór het huwelijk of goederen verkregen tijdens het huwelijk door erfenis of schenking, komen billijkheidshalve niet voor verdeling in aanmerking. Een dergelijke billijke samenstelling van de verdeelbare massa biedt het type van de beperkte verdeelbare massa. Hier wordt de verdeelbare massa automatisch verbonden met de duur van het huwelijk. Bovendien komt ook hetgeen de echtgenoten verwerven door erfenis of schenking niet voor verdeling in aanmerking. Zo wordt een aanvaardbaar evenwicht bereikt tussen de spanningspolen van de autonomie van elke echtgenoot en de huwelijkssolidariteit.

2. Conventioneel stelsel van scheiding van goederen

5. Binnen het conventionele stelsel van scheiding van goederen bestaat in beginsel geen verdeelbare massa. Bij de ontbinding van het stelsel behoudt elke echtgenoot zijn eigen goederen. De toepassing van de zakenrechtelijke beginselen van de scheiding van goederen leidt vaak tot onbillijke gevolgen voor de niet-beroepsactieve echtgenoot, die geen vermogen heeft kunnen opbouwen.

Toch kan het huwelijkscontract, hoewel het bewust door de echtgenoten werd gekozen, in bepaalde gevallen geen excuus vormen om de inspanningen en bijdragen geleverd door een der echtgenoten ten aanzien van het vermogen van de partner, niet op afdoende wijze te vergoeden.

6. Daarom bepaalt de wetgever in een aantal rechtsstelsels, zoals in de *Common Law*-rechtsfamilie, in Zweden en Zuid-Afrika¹¹, dat de rechter de goederenverdeling die door de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden wordt voorgeschreven, kan aanpassen of aan de kant zetten op grond van billijkheidsoverwegingen. Een dergelijke wettelijke regeling verdient aanbeveling.

7. Soms voorzien de echtgenoten zelf in een (gedeeltelijke) oplossing voor bepaalde onbillijkheden, via een conventionele correctie van de scheiding van goederen. Hierbij kunnen twee types, de interne en de externe oplossingen, worden onderscheiden.

Bij de interne oplossingen wordt de externe zakenrechtelijke werking van het stelsel van scheiding van goederen ten aanzien van geen enkel der vermogensbestanddelen gewijzigd. De zakenrechtelijke aanspraken uit de scheiding van goederen, gelden onbeperkt voor alle goederen¹². Men voorziet enkel in een interne correctie, door de echtgenoten onderling tegenover elkaar een verbintenissenrechtelijke plicht tot verrekening op te leggen. In een dergelijke situatie kan er niet van een zuivere scheiding worden gesproken. Zij geldt immers niet meer absoluut: van de externe zakenrechtelijke werking wordt in de interne verhouding der echtgenoten afgeweken.

Het voorbeeld bij uitstek van een dergelijke interne oplossing is het verrekeningsbeding, waarbij de echtgenoten overeenkomen op periodiek of op een welbepaald ogenblik de aanwinsten onder elkaar te verrekenen. Het meest bekende periodieke verrekeningsbeding is het nieuw Amsterdams verrekeningsbeding: «Per het einde van elk jaar voegen de echtgenoten ter verdeling bij helfte bijeen, hetgeen van hun inkomens over dat jaar onverteerd is»¹³. Soms voorziet de wetgever expliciet in de mogelijkheid om een stelsel van finale verrekening van de aanwinsten als conventioneel stelsel aan te nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval in Frankrijk (*participation aux acquêts*) en Nederland (wettelijk deelgenootschap)¹⁴. In België werd het voorstel *de Stexhe* afgewezen om de goedkeuring van de wet van 14 juli 1976 niet nog langer te vertragen¹⁵.

Bij de externe oplossingen blijkt het stelsel van de zuivere scheiding van goederen onverminderd als huwelijksgoede-

⁶ Zie FREED en WALKER, «Family Law in the Fifty States. An Overview», *Fam. L.O.*, 1990, 523-524.

⁷ 1980 N.Y. Laws, chapter 281, § 9, ter wijziging van § 236, Part B, *New York Domestic Relations Law*.

⁸ Nederland: art. 94, eerste lid Ned. B.W. Zuid-Afrika: SINCLAIR, *Inleiding tot die Wet op huwelijksgoedere* 1984, Kaapstad, 1984, 15. Noorwegen: § 11, Wet nr. 1 van 20 mei 1927. Washington: § 26-09-080 *Washington Revised Code*.

⁹ Finland: § 35, tweede lid Wet nr. 234 van 1929. Zweden: chapter 1, section 3 Wet van 14 mei 1987 (hierna: Wet 1987).

¹⁰ Engeland: sections 23-24 *Matrimonial Causes Act* 1973. Australië: section 79 *Family Law Act* 1979. USA: zie FREED en WALKER, o.c., *Fam. L.O.*, 1990, 523-524.

¹¹ Engeland: section 24 *Matrimonial Causes Act* 1973. Nieuw-Zeeland: section 21 (10) *Matrimonial Property Act* 1976. Zweden: chapter 12, section 3, eerste lid Wet 1987. Zuid-Afrika: art. 7 (3) *Wet op Egskeiding* 70 van 1979.

¹² VAN DER BURGH, *Het wettelijk deelgenootschap*, Deventer, 1973, 21.

¹³ VAN DER PLOEG, «De positie van de vrouw in het regime van de uitsluiting van elke gemeenschap van goederen», *W.P.N.R.*, 1959, 4586, 255. Zie ook VAN DER BURGH, o.c., 22 en 193-194; VAN MOURIK, *Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Zwolle, 1983, 104.

¹⁴ Frankrijk: art. 1569 e.v. C.C. Zie MAZEAUD, MAZEAUD en MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV/1, *Régimes matrimoniaux*, Parijs, 1982, 5e uitg., 596 e.v. Nederland: art. 132-145 Ned. B.W. Zie VAN DER BURGH, *Het wettelijk deelgenootschap*, Deventer, 1973.

¹⁵ *Gedr.St.*, Senaat, 1975-76, nr. 683/7, amendement de Stexhe. Zie HAMBEYE, «Régimes matrimoniaux. La réforme de 1976», in *Répertoire Notarial*, V/1, Brussel, 1977, 195 e.v.; SIMON, «La participation aux acquêts», *Ann.Dr.*, 1977, 305-308. Zie ook HAYEZ, SOHET en REMY, «La séparation de biens avec participation aux acquêts», *Rev.Not.B.*, 1990, 438-455.

renstelsel behouden. Men brengt evenwel via overeenkomst, al dan niet in het huwelijkscontract, een aantal correcties aan. Deze bestaan hierin dat aan bepaalde goederen een ander zakenrechtelijk statuut wordt gegeven, dan krachtens het stelsel van scheiding van goederen. Ten aanzien van die goederen is het stelsel van scheiding van goederen derhalve niet van toepassing. Voor de goederen waaromtrent geen afspraak is gemaakt, blijft de scheiding van goederen absoluut en ongecorrigeerd gelden. Voor deze goederen is het resultaat op het extern en het intern vlak identiek. In dit model blijft het stelsel van de scheiding van goederen, in zoverre men het nog toepast op een gedeelte der goederen, een zuivere scheiding van goederen.

Zo kan bijvoorbeeld een gemeenschap of vennootschap van welbepaalde goederen gecreëerd worden¹⁶. Een ander voorbeeld is de situatie waarbij de echtgenoten samen een goed aankopen of waarbij de beroepsactieve echtgenoot een goed aankoopt op naam van zijn partner. De moeilijkheid hierbij is dat de echtgenoot die een aandeel van de prijs heeft betaald dat groter is dan zijn aandeel in het goed, dit te veel betaalde van de partner kan terugvorderen¹⁷. Een eventueel verweer van deze laatste dat de financiering een schenking is, kan gemakkelijk gecounterd worden door de financier, op grond van het argument dat hij de schenking herroept¹⁸. Ten derde kan ook aan de hand van conventionele eigendomsvermoedens een vermogensoverdracht tussen echtgenoten gerealiseerd worden, zoals het arrest van 20 oktober 1978 van het Belgische Hof van Cassatie aantoon¹⁹.

8. Heel vaak voldoen deze conventionele oplossingen niet, zoals blijkt uit de volgende casus. Gerard De Brouwer is eigenaar van een goed draaiende kruidenierszaak. Zijn echtgenote Tineke doet het drukke huishouden en zorgt voor de vier kinderen. Daarnaast helpt zij vaak mee in de winkel, zodat men geen personeel dient aan te werven. In 1975 koopt Gerard een mooi appartement met uitzicht op de zee in Scheveningen, en plaatst dit op naam van zijn vrouw. Vier jaar later zet hij de echtscheidingsprocedure in en vordert van Tineke de betaling van de prijs van het appartement dat hij indertijd heeft gekocht. Aldus wordt het eigenaarschap van Tineke precair. Zij heeft nagenoeg geen eigen vermogen en zal de vordering niet kunnen voldoen.

¹⁶ BAETEMAN, *De hervorming van het huwelijksgoederenrecht in West-Europa*, Brussel, 1964, 220-232. Vgl. met de «séparation de biens avec société d'acquêts» in het oude art. 1581 van de Franse Code civil. In geval van medewerking van de ene echtgenoot in het beroep of bedrijf van de ander, kan een overeenkomst omtrent deze medewerking worden gesloten, bijvoorbeeld in de vorm van een arbeidsovereenkomst of een vennootschapscontract (zie TERRÉ en SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Parijs, 1989, 710, nr. 799; WEYTS, *Vennootschappen met echtgenoten. Deelneming van een of beide echtgenoten aan een vennootschap*, Antwerpen, 1980, 348-353).

¹⁷ Zie CASMAN en VAN LOOK, *Huwelijksvermogensstelsels*, Brussel, losbl., V/2, 9-10. De vordering kan ingesteld worden tijdens het huwelijk (FACQ, «Art. 1466 B.W.», in *Comm. Pers.*, Antwerpen, losbl., 11-12, nr. 16).

¹⁸ Art. 1096 B.W. Zie CASMAN en VAN LOOK, *o.c.*, V/2, 11-13; FACQ, «Art. 1468 B.W.», *l.c.*, 18-24, nrs. 23-31.

¹⁹ Cass., 20 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 201, *R.W.*, 1978-79, 2368, noot CASMAN, *Pas.*, 1979, I, 217, *Rev. Not. B.*, 1980, 536, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22562, 47, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 272. Vgl. ook Antwerpen, 19 maart 1985, *T. Not.*, 1985, 168.

De Nederlandse Hoge Raad besliste dan ook dat de financiering door Gerard, diende te worden gekwalificeerd als de voldoening van een natuurlijke verbintenis jegens Tineke, die gedurende jaren in zijn bedrijf had meegewerkt tegen een laag salaris²⁰. Het ontbreken van een wettelijke of een bevredigende conventionele correctie van mogelijke onbillijke zakenrechtelijke gevolgen van de scheiding van goederen, ontslaat de rechter immers niet van de plicht om erop toe te zien dat een zo billijk mogelijke goederenverdeling wordt gerealiseerd.

Ook de Belgische rechtspraak aanvaardt in bepaalde gevallen dat de terugbetalingsvordering van de financierende echtgenoot niet gegrond is, omdat de meerbetaling dient te worden gekwalificeerd als een vergoeding ter uitvoering van een natuurlijke verbintenis jegens de partner. In het bekende arrest *Lintermans* paste het Hof van Beroep te Brussel deze redenering toe ten gunste van de echtgenoot die had meegewerkt in het beroep van de partner, op een wijze die de normale samenwerkingsplicht in het gezin overschreed²¹. De financiering wordt niet als een schenking, maar als een vergeldende schenking gekwalificeerd²². Ook het Franse Hof van Cassatie aanvaardt dat de medewerking in het beroep van de partner die de normale bijdrageplicht overschrijdt, de vermogensverschuiving tussen de echtgenoten tot een vergoeding maakt voor bewezen diensten²³. Ook de indirecte financiering door één der echtgenoten in een tweeverdienerhuwelijk, die erin bestaat dat de echtgenoot die zijn inkomsten volledig aanwendt voor huishoudelijke uitgaven, de ander in staat stelt (meer) kapitaalgoederen aan te schaffen, kan aan de vermogensverschuiving het karakter van een schenking ontnemen²⁴. Zelfs de bijdrage via huishoudelijke prestaties kan, vanuit de redenering dat de partner hierdoor besparingen heeft genoten en zijn inkomsten heeft kunnen verhogen, een vergoeding rechtvaardigen²⁵. Het dient hierbij steeds te gaan om prestaties die de grenzen van wat redelijkerwijze van de betreffende echtgenoot in het huishouden kan worden verwacht te boven gaan²⁶. Soms wordt de vermogensverschuiving tus-

²⁰ H.R., 4 december 1987, *N.J.*, 1988, 610, noot LUITEN.

²¹ Brussel, 6 maart 1963, *Pas.*, 1963, II, 293, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1966, nr. 20907,99. Vgl. CASMAN, noot onder Antwerpen, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1978-79, 910, nr. 4 in fine en 911, nr. 8; DEMBLON, noot onder Rb. Namen, 17 september 1985, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 152; FACQ, «Art. 1466 B.W.», *l.c.*, 16, nr. 25.

²² CASMAN en VAN LOOK, *o.c.*, V/2, 12.

²³ Cass. fr., 24 oktober 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19220, noot PATARIN, *Rép. Defr.*, 1979, 945, noot CHAMPENOIS, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22594, 143; Cass. fr., 10 juli 1979, *Rép. Defr.*, 1980, 44, noot PONSARD; Cass. fr., 25 februari 1981, *J.C.P.*, 1981, II, 265.

²⁴ Hof Versailles, 17 maart 1980, *Rép. Defr.*, 1981, 49, noot BRETON.

²⁵ Hof Versailles, 7 en 8 januari 1980, *Rép. Defr.*, 1981, 206, noot BRETON; Hof Versailles, 17 maart 1980, *Rép. Defr.*, 1981, 49; BRETON, noot onder Cass. fr., 2 oktober 1985, *Rép. Defr.*, 1987, 85; CASMAN, noot onder Cass., 20 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2371, nr. 3; FACQ, «Art. 1466 B.W.», *l.c.*, 16, nr. 25; TERRÉ en SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Parijs, 1989, 713, nr. 800.

²⁶ Vgl. Cass., 20 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2368, noot CASMAN, dat het principe erkent van de vergoeding voor huishoudelijke activiteiten als grondslag voor de eigendomsovergang van gelden van de man naar de vrouw. Zie CASMAN, *o.c.*, *R.W.*, 1978-79, 2373, nr. 8.

sen echtgenoten ook gekwalificeerd als een compensatie voor het inkomstenverlies van de echtgenoot die zijn beroepsactiviteit heeft stopgezet om zich te wijden aan de huishoudelijke activiteit ²⁷.

Hoewel de figuur van de natuurlijke verbintenis in bepaalde gevallen een onbillijke situatie kan remediëren, biedt zij geen daadwerkelijke oplossing. Professor Van der Burght noemt dit terecht «een onvolwaardige niet-oplossing» ²⁸. Zij is enkel bruikbaar als verweermiddel tegen een terugbetalingsvordering van een echtgenoot.

9. Ook andere mechanismen zoals bijvoorbeeld de verrijking zonder oorzaak ²⁹ of het wettelijk vermoeden van onverdeeldheid van art. 1468, tweede lid, B.W. ³⁰, bieden slechts een onvolkomen remedie. De constructie die ons Hof van Cassatie in zijn bekende arrest van 22 april 1976 heeft gehanteerd, is eveneens slechts in een beperkte hypothese bruikbaar: wanneer een onroerend goed bestemd om er de gezinswoning in te vestigen, wordt aangeschaft op naam van beide echtgenoten, dan zijn beiden hierin voor de helft medeëigenaar, ongeacht het aandeel dat zij in de prijs hebben betaald, zodra beide echtgenoten naar behoren hebben bijgedragen in de lasten van het huwelijk ³¹.

10. Een betere oplossing kan worden gevonden in de uitleg naar billijkheid van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Het huwelijkscontract bindt tot hetgeen partijen, gelet op alle omstandigheden, redelijkerwijze mochten verwachten. Zo kan de billijkheid in bepaalde gevallen nopen tot de verbintenisrechtelijke negatie tussen de echtgenoten van het zakenrechtelijk statuut van scheiding van goederen ³². Aldus wordt in recente rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad erkend dat een regel uit een huwelijkscontract niet van toepassing is, voor zover hij in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ³³.

B. Soort criterium

11. Naast het tijd- en oorsprongcriterium vormt het soortcriterium een derde element voor de samenstelling van de verdeelbare massa. Het belang van dit soortcriterium wordt duidelijk geïllustreerd door de Amerikaanse rechtspraak. Zo is er bijvoorbeeld de recente zaak Joe Piscopo, een bekende naam voor wie enigszins vertrouwd is met het glitterwereldje van de New Yorkse show business. Als befaamd entertainer zet Piscopo regelmatig het society-gebeuren in de *Big Apple* op zijn kop. Dat wist ook zijn echtgenote, Antonella. Toen Joe haar wou vervangen door een andere Italiaanse schone, en de echtscheiding vorderde, repliceerde zij op het punt van de goederenverdeling meteen met de eis dat de status van Joe als beroemdheid een verdeelbaar huwelijksgoed was, zodat zij recht had op een paar honderdduizend dollar. De rechtbank aanvaardde dit standpunt ³⁴.

In het kader van het soortcriterium geldt dus als belangrijke vraag of persoonsgebonden rechten zoals deze *celebrity status*, als verdeelbaar huwelijksgoed kunnen worden beschouwd. Een billijke oplossing van de zaak O'Brien (cf. supra, nr. 1) ligt precies in de toepassing van dit soortcriterium. De centrale vraag was hier of de *medical license* van John kon worden beschouwd als een verdeelbaar huwelijksgoed. Het hoogste gerechtshof van New York beslechtte de vraag in positieve zin ³⁵.

12. Een billijke samenstelling van de verdeelbare massa vereist dat alle goederen en rechten die tot stand zijn gebracht dank zij de gemeenschappelijke inspanningen van de echtgenoten, daartoe behoren. De bijdrage van de echtgenoot-niet-houder van een bepaald recht kan rechtstreeks zijn, zoals het geval was bij Gloria O'Brien, die werkte terwijl John studeerde. De bijdrage kan ook onrechtstreeks zijn door activiteiten als huisvrouw of door morele steun. De *career assets* vormen, naast de gezinswoning, de belangrijkste componenten van het huwelijksvermogen. De uitsluiting ervan uit de verdeelbare massa komt neer op «promising to divide the family jewels equally, but allowing the husband to keep all of the diamonds» ³⁶.

In diverse rechtsstelsels worden rechten als pensioenen en *goodwill* dan ook als verdeelbare huwelijksgoederen beschouwd. Dit is onder meer het geval in vrijwel geheel de *Common Law*-rechtsfamilie, Duitsland en Nederland ³⁷. In

²⁷ Cass. fr., 20 mei 1981, *Bull. Civ.*, I, 175; STORCK, «Séparation de biens. Gestion des patrimoines des époux. Dissolution. Liquidation du régime», *Jur.-Cl. Civ.*, Fasc. 2, 17, nr. 37.

²⁸ VAN DER BURGHT, «De notaris en de huwelijksvoorwaarden», in *Notariaat en 150 jaar B.W.*, Ars Notariatus 38, Deventer, 1988, 31.

²⁹ Vgl. Gent, 3 november 1983, *T. Not.*, 1986, 355. De *actio de in rem verso* is een subsidiaire rechtsfiguur, die niet kan worden gebruikt binnen een contractuele context (DIRIX, «Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhouding», *T.P.R.*, 1981, 1024-1025, nr. 2; VAN OEVELEN en DIRIX, «Kroniek van het verbintenisrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-86, 159-160, nr. 74). Zij is bijgevolg niet hanteerbaar ten aanzien van het contract van scheiding van goederen (SCHOORDIJK, «Luijtens visie op de koude uitsluiting», *W.P.N.R.*, 1988, 5868, 200).

³⁰ Voor een toepassing, zie Antwerpen, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1978-79, 906, noot CASMAN, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22357, 112.

³¹ Cass., 22 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 997, noot CASMAN, *Pas.*, 1976, I, 914, *R.C.J.B.*, 1978, 127, noot RENARD, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1977, nr. 22165, 317, *Rev. Not.B.*, 1977, 297. Zie ook Cass.fr., 24 oktober 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22594, 143.

³² SCHOORDIJK, «Twee recente arresten van de Hoge Raad over koude uitsluiting van iedere gemeenschap en hun betekenis voor de rechtspraktijk, deel 2», *W.P.N.R.*, 1988, 5859; SCHOORDIJK, o.c., *W.P.N.R.*, 1988, 5868, 201.

³³ H.R., 25 november 1988, *N.J.*, 1989, 529, concl. adv.-gen. BIEGMAN-HARTOGH, noot LUIJTEN, *R.v.d.W.*, 1988, 207; H.R., 5 oktober 1990, *R.v.d.W.*, 1990, 170, rechtsoverwegingen 3.5 en 3.7.

³⁴ *Piscopo v. Piscopo*, 231 N.J. Super, 576, A.2d 1190 (1988), *affirmed*, 232 N.J. Super, 559, 557 A.2d 1040 (1988).

³⁵ *O'Brien v. O'Brien*, 66 N.Y. 2d 576, 498 N.Y.S.2d 743, 489 N.E.2d 712 (1985). Zie GRIMES, «New York Rules a Professional Practice is Marital Property Subject to Distribution. *O'Brien v. O'Brien*», *Suffolk U.L. Rev.*, 1986, 1241-1250.

³⁶ WEITZMAN, *The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, 1985, 388.

³⁷ *Common Law*-rechtsfamilie; inzake pensioenrechten, zie onder meer in Engeland, section 25 (2) (h) *Matrimonial Causes Act* 1973; in Nieuw-Zeeland, section 8 (i) *Matrimonial Property Act* 1976; in de U.S.A., FREED en WALKER, o.c., *Fam. L.Q.*, 1990, 541-543; MC CAHEY, *Valuation and Distribution of Marital Property*, New York, 1987, Chapter 20, 97; omtrent *goodwill*, zie bijvoorbeeld FREED en WALKER, o.c., *Fam. L.O.*, 1990, 507; WALL, «The Recognition and Valuation of Professional Goodwill in the Marital Estate», *Marq. L. Rev.*, 1983, 697-743. Duitsland: inzake pensioenrechten, zie de

veel mindere mate worden diploma's, beroepsvergunningen en de daaruit volgende verhoogde verdien capaciteit in de verdeelbare massa betrokken. Deze tendens lijkt zich voornamelijk in het Angelsaksische recht te manifesteren ³⁸.

III. Verdeelsleutel

13. Het tweede deel van het onderzoek betreft de verdeelsleutel. Een goede verdeelsleutel dient enerzijds de echtgenoten een idee te bieden van de manier waarop een gerechtelijke verdeling zal worden doorgevoerd, maar dient anderzijds de mogelijkheid te bieden tot soepele aanpassing gelet op de omstandigheden van het geval.

Twee types kunnen worden onderscheiden: de verdeling naar billijkheid, gekenmerkt door een zeer soepele verdeelsleutel, en de gelijke verdeling, waarbij de verdeelsleutel mathematisch vastligt. Deze types dienen zich op het eerste gezicht aan als exponenten van de twee extremen. De verdeling naar billijkheid staat dan voor flexibiliteit, de gelijke verdeling voor zekerheid. In de praktijk is er echter meestal geen sprake van volledige striktheid of totale soepelheid. De meeste rechtsstelsels combineren beide elementen.

A. Verdeling naar billijkheid

14. Een rechtbank in South-Carolina die de goederen naar billijkheid diende te verdelen, volgde hierbij de volgende methode. Alle vermogensbestanddelen werden in een genummerde lijst opgenomen. De goederen met een even nummer werden aan de man toegekend, terwijl de vrouw de «oneven goederen» toegewezen kreeg ³⁹. Dit extreem geval toont duidelijk de noodzaak aan van een zekere dosis rechtszekerheid binnen de soepele verdeelsleutel naar billijkheid ⁴⁰. Hiertoe kunnen een drietal mechanismen worden onderscheiden.

Allereerst is er een wettelijke lijst van factoren die de rechter in overweging dient te nemen bij de verdeling naar billijkheid. Deze techniek komt in vrijwel geheel de *Com-*

mon Law-rechtsfamilie voor ⁴¹. Een stelsel zoals New York ⁴², dat enkel dit mechanisme hanteert als tegenwicht voor flexibiliteit, slaagt er evenwel niet in om voldoende voorspelbaarheid en rechtszekerheid te bieden ⁴³. Men is te ver gegaan in de richting van flexibiliteit en billijkheid en is de behoefte aan zekerheid en voorspelbaarheid te veel uit het oog verloren ⁴⁴.

Bepaalde stelsels beperken zich niet tot een wettelijke lijst van factoren en combineren deze techniek met een mathematisch uitgangspunt, zoals bijvoorbeeld de gelijke verdeling ⁴⁵. De rechter dient ervan uit te gaan dat de billijke verdeling in het normale geval overeenkomt met het uitgangspunt ⁴⁶. Het is duidelijk dat dit de voorspelbaarheid van de rechterlijke beslissing ten goede komt.

Het Engelse recht voegt nog een derde beperking toe aan de vorige twee mechanismen, door het formuleren van algemene doelstellingen die de rechter met een billijke goederenverdeling dient te beogen. Allereerst is er het *clean break*-objectie ⁴⁷. Dit betekent dat voor zover mogelijk alle economische aspecten van de echtscheiding onmiddellijk en definitief dienen te worden geregeld, zodat deze niet blijven aanslepen zoals bijvoorbeeld bij alimentatie het geval is. Een tweede en belangrijkste objectief is het economisch welzijn van de minderjarige kinderen van het gezin ⁴⁸.

15. Slechts met de combinatie van die drie elementen wordt een aanvaardbaar evenwicht bereikt tussen soepel-

Versorgungsungleich in § 1587 e.v. BGB; omtrent *goodwill*, zie BGH, NJW, 1977, 378; PILTZ en WISSMANN, «Unternehmensbewertung beim Zugewinnausgleich nach Scheidung», NJW, 1985, 2673-2684. Nederland: omtrent pensioenrechten, zie H.R., 27 november 1981, N.J., 1982, 507; SCHOORDIJK, «De civielrechtelijke aspecten van verevening van pensioenrechten bij echtscheiding, meer in het bijzonder tussen in algehele gemeenschap gehuwde echtgenoten», W.F.R., 1982, 226 e.v. Zie vooral ook bod, *Pensioen en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn, 1979. Omtrent *goodwill*, zie PITLO-VANDEBURGH, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, I, *Het Personen- en Faimierecht*, titels 6, 7 en 8, Arnhem, 1989, 210.

³⁸ Zie FREED en WALKER, o.c., *Fam. L.O.*, 1990, 539; SHELburn en CHASTAIN, «Career Assets and the Equitable Apportionment of Marital Property», S.C.L. Rev., 1987, 755. Cf. SCHWENZER, «The Medical Student Syndrome». Ausgleich von Karrierechancen nach Ehescheidung?, *FamRZ*, 1988, 1114.

³⁹ Deze beslissing werd in hoger beroep vernietigd (Bauer v. Bauer, 287 S.C. 217, 337 S.E.2d 211 (Sup. Ct. 1985)).

⁴⁰ «What person would enter a business or professional partnership (...) if the only liquidation rule is that a court will have the discretion to make any order it thinks fit in regard to all the money and the property?» (BAXTER, «Family Law Reform in Ontario», *U. Toronto L.J.*, 1975, 236).

⁴¹ Zie bijvoorbeeld in *Australië*, section 79 (4) *Family Law Act* 1979; in *Engeland*, section 25 (2) *Matrimonial Causes Act* 1973; in de *U.S.A.*, FINEMAN, «Societal Factors Affecting the Creation of Legal Rules for Distribution of Property on Divorce», *Fam. L.Q.*, 1989, 285 e.v.; FREED en WALKER, o.c., *Fam. L.Q.*, 1990, 532-533; MC CAHEY, o.c., Chapter 19, 18 e.v.

⁴² Zie § 236, Part B (5), *New York Domestic Relations Law*; KAUFMAN, «The New York Equitable Distribution Statute: An Update», *Brooklyn L. Rev.*, 1987, 845 e.v.

⁴³ BRYNTESON, *Equitable Distribution in New York*, *Alb. L. Rev.*, 1981, 504; GLENDON, *Family Law Reform in the 1980's*, *La. L. Rev.*, 1984, 1556-1557; SHAINSWIT, «Some Thoughts from the Bench on Equitable Distribution», *N.Y. St. B.J.*, 1982, 532.

⁴⁴ VERBEKE, «Die Güteraufteilung nach Billigkeit aus Anlass der Ehescheidung. Anwendung des New Yorker statutes' in der richterlichen Praxis», *ZRVgl.*, 1989, 214, nrs. 66-67.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld in *Schotland*, section 10 (1) *Family Law Act* 1985. In de *U.S.A.*, zie de wetgeving in Arkansas (Ark. Stat. Ann., § 34-1214 (A)(1) (Supp. 1985)), North Carolina (N.C. Gen. Stat., § 50-20 (c) (Supp. 1983)) en Wisconsin (Wis. Stat. Ann., § 767.255 (1981)), en de rechtspraak in Alaska (Burcell v. Burcell, 713 P.2d 802 (Alaska Sup. Ct. 1986)), Arizona (Hatch v. Hatch, 113 Ariz. 130, 547 P.2d 1044 (Sup. Ct. 1976); Lee v. Lee, 133 Ariz. 118, 629 P.2d 997 (Ct. App. 1982); Tester v. Tester, 597 P.2d 194 (Arizona Ct. App. 1979)), Ohio (Cherry v. Cherry, 421 N.E.2d 293 (Ohio Sup. Ct. 1981)), Pennsylvania (LaBuda v. LaBuda, 509 Pa.Super. 282, 502 A.2d 109 (1986) en Texas (Eggemeyer v. Eggemeyer, 554 S.W.2d 137 (Texas Sup. Ct. 1977); Campbell v. Campbell, 625 S.W. 2d 41 (Texas Civ. App. 1981)). Vgl. met de one-third rule uit het Engelse recht (Wachtel v. Wachtel, (1973), *Fam. 72* (C.A.); Bullock v. Bullock, (1986) *Fam. 129* (C.A.)).

⁴⁶ FINEMAN, «Implementing Equality: Ideology, Contradiction and Social Change. A Study of Rhetoric and Results in the Regulation of the Consequences of Divorce», *Wis.L.Rev.*, 1983, 870.

⁴⁷ Section 25 A (1) *Matrimonial Causes Act* 1973.

⁴⁸ Section 25 (1) *Matrimonial Causes Act* 1973.

heid en zekerheid⁴⁹. Flexibiliteit en discretionaire bevoegdheid worden ingebed in een stevige structuur van fundamentele principes. Dit is precies wat in een stelsel van billijke verdeling zoals New York ontbreekt. Het probleem is niet zozeer een teveel aan discretionaire macht van de rechter, maar wel de incoherentie op het conceptuele en principiële vlak⁵⁰. Enkel een evenwichtig compromis tussen zekerheid en soepelheid kan recht doen aan de voordelen van beide elementen, zonder in extremen te vervallen en nieuwe nadelen te creëren⁵¹. Het Engelse systeem toont aan dat rechterlijke discretie niet noodzakelijk arbitraire rechtspraak voortbrengt⁵².

B. Gelijke verdeling

16. De tegenpool van de verdeelsleutel naar billijkheid is de gelijke verdeling. Deze dient zich aan als de voor de hand liggende verdeelsleutel voor een huwelijk als leefgemeenschap van gelijkwaardige partners. Beide echtgenoten leveren elk, naar hun vermogen en capaciteiten, hun bijdrage aan de opbouw van de huwelijksgemeenschap. Vandaar dat gesteld wordt dat in het normale geval een gelijke verdeling van de huwelijksgoederen een billijk resultaat zal bereiken.

Een groot voordeel van de gelijke verdeling is dat zij door haar mathematische eenvoud een onbetwistbare rechtszekerheid en voorspelbaarheid van het resultaat biedt. Zo bestaat een uitstekende wettelijke achtergrond voor de onderhandelingen van partijen in het kader van een minnelijke verdeling. Anderzijds is ook hier een dosis soepelheid noodzakelijk⁵³. In bepaalde gevallen van grote onbillijkheid dient een uitzondering op het beginsel van de gelijke verdeling te worden toegelaten. Een dergelijke combinatie is aantrekkelijk. Rheinsteen is terecht van oordeel dat deze benadering de deur opent voor een zekere dosis rechterlijke discretionaire macht, terwijl dit anderzijds toch wordt beperkt tot een aantal voorspelbare gevallen, zodat de partijen weten dat de

verdeling in het normale geval gelijk zal zijn en dat procederen hieromtrent zinloos is⁵⁴.

17. Verschillende rechtssystemen voorzien, op grond van de billijkheid, in de mogelijkheid dat in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden kan worden afgeweken van het beginsel van de gelijke verdeling⁵⁵. In de Canadese *Common Law*-provincies worden de billijkheidsoverwegingen die relevant zijn in het kader van een eventuele afwijking van de gelijke verdeling, opgesomd in een wettelijke lijst van factoren⁵⁶. In Nederland geschiedt de verdeling van pensioenrechten naar billijkheid⁵⁷.

De minst billijke verdeelsleutel is die van het Belgische wettelijk stelsel, waarin behoudens conventionele aanpassingen, geen afwijking mogelijk is van de gelijke verdeling. Ons recht bevindt zich op het continuüm tussen soepelheid en zekerheid, meer dan andere systemen van gelijke verdeling, te dicht bij het extreem van de zekerheid. Van een evenwicht tussen flexibiliteit en rechtszekerheid is geen sprake.

C. Voorkeur

18. Aldus blijkt dat het noodzakelijke evenwicht tussen soepelheid en rechtszekerheid zowel met de verdeelsleutel naar billijkheid als met de gelijke verdeelsleutel kan worden bereikt, mits voorzien wordt in afdoende correcties. Ofwel kiest men voor de soepelheid van de billijke verdeling als hoofdcomponent, met een voldoende aantal correctiemechanismen in de richting van zekerheid. Een andere mogelijkheid biedt een systeem met de zekerheid en voorspelbaarheid van de gelijke verdeling als principe, met correcties in de richting van soepelheid.

Mijn voorkeur gaat uit naar dit laatste model. Het stelt terecht als principe dat de gelijke verdeling de billijke oplossing is voor het normale geval⁵⁸. Dat is de voor de hand liggende verdeelsleutel binnen het huwelijk als gezamenlijk engagement van twee echtgenoten. Bovendien wordt zodoende de onvoorspelbaarheid die in al te veel systemen van billijke verdeling bestaat, vermeden en biedt het een goede wettelijke achtergrond voor minnelijke verdelingsovereenkomsten. Toch biedt het anderzijds voldoende soepelheid om onbillijkheden in specifieke gevallen op te vangen.

⁴⁹ Vereist zijn «a statement of goals to be achieved plus formulae and factors to guide the way» (KRAUSKOPF, «Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solutions to the Mystery», *Fam. L.Q.*, 1989, 278, noot 87).

⁵⁰ GLENDON, «Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law», *Tul. L. Rev.*, 1986, 1171; KRAUSKOPF, o.c., *Fam. L.Q.*, 1989, 256; VERBEKE, o.c., *ZRVgl.*, 1989, 214, nr. 67, in fine.

⁵¹ EEKELAAR, «Some Principles of Financial and Property Adjustment on Divorce», *Law Q. Rev.*, 1979, 95, 254; SCHOORDIJK, «Reallocatie van vermogen tussen echtgenoten vanuit rechtsvergelijkend perspectief», *W.P.N.R.*, 1986, 5776, 196-197, nr. 6.

⁵² «The British experience demonstrates, however, that equity and certainty are not incompatible» (DAVIS, «The Marital Home: Equal or Equitable Distribution?», *U. Chi. L. Rev.*, 1983, 1114).

⁵³ «How (...) could child custody (...) be governed by fixed and invariable rules? How could support law be made rigid, given the variety of differences in the needs and resources of individual support debtors and creditors? Even property division, which until recently had the outward form of a set of fixed rules in both separate and community property states, cannot escape the discretionary power of the judge in those cases where there are complex valuation questions» (GLENDON, o.c., *Tul.L.Rev.*, 1986, 1171).

⁵⁴ RHEINSTEIN, «Division of Marital Property», *Willamette L.J.*, 1976, 435.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld in de *Amerikaanse community property-staten*, § 4800 (b) (1) en (3) *California Civil Code*, § 32-712-714 *Idaho Code*, § 40-4-7 (A) en 40-4-12 *New Mexico Statutes Annotated*; in *Duitsland*, § 1381 BGB voor de *Zugewinnausgleich* en § 1587c BGB voor de *Versorgungsausgleich*; in *Nieuw-Zeeland*, sections 13-14 *Matrimonial Property Act 1976*; in *Québec*, art. 462.9 C.C.; in *Zweden*, chapter 12, section 1, Wet 1987.

⁵⁶ Zie McLEOD, *Introduction to Family Law*, Toronto, 1983, 54-85.

⁵⁷ H.R., 27 november 1981, *N.J.*, 1982, 507; PITLO-VANDEBURGH, o.c., 204.

⁵⁸ Hoewel men kan stellen dat slechts een subtiel verschil bestaat tussen dit systeem en een verdeling naar billijkheid met de gelijke verdeling als uitgangspunt, ben ik toch van mening dat het beter is om op het conceptuele vlak de gelijke verdeling als beginsel voorop te stellen.

IV. Besluit*A. Wettelijk stelsel*

19. Tot besluit kan gesteld worden dat, binnen het wettelijk stelsel, het meest billijke compromis voor de goederenverdeling bij echtscheiding wordt geboden door een wettelijk stelsel dat een beperkte verdeelbare massa hanteert, die volgens de tijd- en oorsprongcriteria wordt beperkt tot hetgeen tijdens het huwelijk werd verworven dank zij de gemeenschappelijke inspanningen van de echtgenoten. Met betrekking tot het soortcriterium dienen ook de zogenaamde *career assets* in de verdeelbare massa te worden begrepen. Op deze massa dient een verdeelsleutel te worden toegepast die uitgaat van een gelijke verdeling, waarvan evenwel in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden kan worden afgeweken. Bij dit alles dient de wetgever, naast het algemeen objectief van het *clean break*-effect, als fundamentele doelstelling van een billijke goederenverdeling het economisch welzijn van de kinderen uitdrukkelijk te formuleren.

Geen enkel wettelijk stelsel voldoet aan alle bovenstaande vereisten. Toch wordt dit model benaderd door bijvoorbeeld het Californische en het Duitse recht. Het Belgische recht schiet op diverse punten te kort. Met betrekking tot het soortcriterium worden tal van rechten uit de verdeelbare massa geweerd. Zelfs pensioenrechten worden als onverdeelbaar beschouwd. Ook op het vlak van de verdeelsleutel voldoet ons recht niet. De gelijke verdeling geldt als een te strak principe, waarop geen afwijkingen op grond van de billijkheid mogelijk zijn.

B. Conventioneel stelsel

20. Binnen een conventioneel huwelijksgoederenstelsel kan een billijke goederenverdeling slechts worden bereikt voor zover in de onderlinge verbintenisrechtelijke relatie tussen de echtgenoten correcties op de zakenrechtelijke principes worden toegelaten. Een aantal wetgevingen voorzien dan ook terecht in de mogelijkheid voor de rechter om op grond van de billijkheid corrigerend op te treden ten aanzien van de goederenverdeling die volgt uit de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Voor zover de wetgever daarin niet voorziet, dient de rechter er via een redelijke uitleg van de overeenkomst op toe te zien dat de goederenverdeling billijk is.

Ook hier voldoet ons recht niet. De Belgische rechter dient in te zien dat ook het huwelijkscontract (van scheiding van goederen) een overeenkomst is tussen twee partijen, waarop binnen hun interne verhouding de algemene verbintenisrechtelijke beginselen, zoals bijvoorbeeld de uitleg van overeenkomsten, dienen te worden toegepast. Beter nog ware dat de wetgever ook hier de verantwoordelijkheid op zich zou nemen en dit beginsel, naar het voorbeeld van onder meer het Zweedse of het Engelse recht, duidelijk zou formuleren ten aanzien van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

*Alain VERBEKE
Aspirant N.F.W.O.*

OVER DE MONSTERNEMING IN HET MILIEURECHT: DEMYSTIFICATIE VAN EEN BIJZONDERE WIJZE VAN BEWIJSVOERING? *

I. Monsterneming in het kader van de toezichtsprocedures

1. Sedert enkele jaren mag de handhavingsproblematiek van het milieurecht zich op een toenemende belangstelling verheugen. Een belangrijk punt in dit onderzoeksdomein is het bewijs van leefmilieudelicten. Hoewel de bewijsregeling in het milieustrafrecht in wezen niet verschilt van dat van het commune strafrecht, lijken er zich in de praktijk problemen te manifesteren. Deze bewijsperikelen houden o.m. verband met de monsterneming. De wetgever heeft net zoals in andere domeinen van het recht die worden gekenmerkt door een hoge mate van technische normen, in een proce-

dure voorzien teneinde, met eerbiediging van het recht van verdediging, de miskenning van deze normen vast te stellen. De vaststelling van deze overtredingen zijn allereerst taak van de administratieve toezichtsdiensten. Hiertoe bepaalt elke milieuwet een uitgebreid instrumentarium aan bevoegdheden waarover de controlerende ambtenaren beschikken tot uitvoering van hun opdracht. De bevoegdheid tot het nemen van monsters past in die controleopdracht.

2. Bij onderzoek van de controleregelingen in het milieurecht kunnen twee modellen worden onderkend. Het onderscheid tussen beide modellen duidt op de onderlinge verhouding tussen de handhavingsopties: de administratieve of de strafrechtelijke handhaving. Een korte beschrijving van de kenmerken van beide modellen is niet zonder belang voor het probleem van de monsterneming.

Het eerste model, met zijn minimalistische omschrijving van bevoegdheden, moet in de eerste plaats de nodige middelen verschaffen voor een louter administratieve handha-

* Met bijzondere dank aan prof. dr. A. DE NAUW, gewoon hoogleraar aan de V.U.B., voor de uitstekende wetenschappelijke begeleiding die de auteur mocht ontvangen o.m. bij de totstandkoming van deze studie.

ving. Naar de strafrechtelijke handhavingsoptie wordt enkel verwezen door de principiële bevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie en door de vaststellingsbevoegdheid van de controleambtenaren (opstellen van processen-verbaal). De toezichtsregeling van de wet van 28 december 1964 betreffende de bestrijding van de luchtverontreiniging¹ kan als basismodel worden gezien voor de regelingen van de latere wetgevingen betreffende de bescherming van de oppervlaktewateren² en het grondwater³ en de bestrijding van de geluidshinder⁴.

Het tweede model staat daarentegen niet alleen borg voor een administratieve handhaving maar het karakter van de controlebevoegdheden wijst ook op de schakelfunctie van de controle in het strafrechtelijk handavingsmodel. Controle kan buiten enige vorm van verdenking van een misdrijf leiden tot de vaststelling van een inbreuk en de vervolging ervan. Hiertoe beschikken de aangewezen ambtenaren over controlebevoegdheden die de controle moeten toelaten zelfs in gevallen waar afbreuk moet worden gedaan aan de rechten en vrijheden van de gecontroleerde. Het model dat hier wordt besproken, heeft als uitgangspunt de toezichtsregeling van de wet op de giftige afval⁵, die ontleend is aan het sociaal handavingsrecht, in het bijzonder aan het Verdrag nummer 81 van de Internationale Arbeidsorganisatie⁶. Deze regeling ligt ten grondslag aan de toezichtsregeling in de afvalstoffenwetgeving. Kenmerkend voor de tot deze groep behorende wetgeving is de algemene onderzoeksbevoegdheid die aan de controleambtenaren wordt toegekend. De controleambtenaren mogen bij de uitoefening van hun opdracht overgaan tot elk onderzoek, elke controle en enquête, alsook alle inlichtingen inwinnen die zij nodig achten

om zich te vergewissen dat de bepalingen van de milieuwet of de uitvoeringsbesluiten ervan daadwerkelijk worden nageleefd⁷. In de betreffende wetsbepalingen worden in het bijzonder enkele handelingen vermeld die in het kader van een controleonderzoek door de controleambtenaren kunnen worden verricht. De rechtsleer wijst op het enuntiatieve karakter van deze bepalingen. De opgesomde bevoegdheden behoren de ambtenaar toe wanneer hij zich op een dergelijke habilitatiebepaling kan beroepen⁸. Een algemene onderzoeksbevoegdheid laat dus niet alleen de onderzoeksdaeden toe die eronder opgesomd zijn, maar alle onderzoeksmaatregelen, voor zover zij gericht zijn op controle⁹. De controleregelingen die behoren tot het eerste model, kennen geen habilitatiebepaling tot onderzoek en beperken de controlemogelijkheden van de optredende ambtenaar tot de uitdrukkelijke opgesomde bevoegdheden en tot de controleactiviteiten die geen dwang impliceren. Zo kent de wet betreffende de bestrijding van de luchtverontreiniging aan de controleambtenaren naast de verbaliseringsbevoegdheid enkel een toegangs- en een monsternemingsbevoegdheid toe (met inbegrip van het beproeven van toestellen of inrichtingen)¹⁰.

Een variant op het eerste controlemodel is de toezichtsregeling van het decreet op de milieuvergunning¹¹. Deze regeling kent aan de controleambtenaren noch een algemene habilitatiebepaling tot onderzoek, noch een uitdrukkelijke monsternemingbevoegdheid toe. In dit geval impliceert de loutere toezichtsbevoegdheid van de ambtenaren de bevoegdheid tot het nemen van monsters. Dit is althans de stelling van de Raad van State in zijn advies betreffende het ontwerp van decreet betreffende de milieuvergunning¹². Deze stelling kan worden aangenomen in zoverre de uitvoering van de monsterneming zonder dwang kan geschieden. Deze beschouwing lijkt evenwel overbodig daar in artikel 30, § 4, van het milieuvergunningsdecreet uitdrukkelijk wordt bepaald dat de controleambtenaren de nodige onderzoeksmaatregelen kunnen treffen volgens de modaliteiten bepaald door de Vlaamse Executieve. Onder deze onderzoeksmaatregelen kan de monsterneming worden begrepen.

⁷ Zie o.m. art. 22, 4°, Wet van 22 juli 1974 op de giftige afval, *B.S.*, 1 maart 1975; art. 55, § 1, 2°, Decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen, *B.S.*, 25 juli 1981; art. 44, 3°, Décret relatif aux déchets van 5 juli 1985, *B.S.*, 14 december 1985; art. 17 Wet van 9 juli 1984 betreffende de invoer, de uitvoer en de doorvoer van afvalstoffen, *B.S.*, 4 oktober 1984.

⁸ LEBRUN, A., «La sanction pénale en matière d'environnement en Région wallonne»; in *La répression des infractions en matière d'environnement... en Région wallonne*, ed. JADOT, B., Brussel, Story Scientia, 1987, 64.

⁹ Zie ook BRONDERS, B., «Strafprocessuele aspecten van de toezichtsregeling in de milieureglementering», in *De vervuiler aan banden gelegd, Strafrechtelijke en politieke handhaving van het milieurecht*, red. ELIAERTS, CH., ENHUS, E. en SENDEN, R., Antwerpen, Kluwer, 1990, 59.

¹⁰ Zie artt. 6 en 7, Wet van 28 december 1964 betreffende de bestrijding van de luchtverontreiniging, *B.S.*, 14 januari 1965.

¹¹ Art. 29 e.v., Decreet VI.R. van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, *B.S.*, 17 september 1985.

¹² Ontwerp van decreet betreffende de milieuvergunning, Advies van de Raad van State, *Gedr. St., VI.R.*, 1984-85, nr. 1, stuk 291, nr. 1, 29.

¹ Wet van 28 december 1964 betreffende de bestrijding van de luchtverontreiniging, *B.S.*, 14 januari 1965.

² Zie art. 36 e.v. Wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, *B.S.*, 1 mei 1971; art. 32 e.v. K.B. 3 augustus 1976 houdende algemeen reglement voor het lozen van afvalwater in gewone oppervlaktewateren, in de openbare riolen en in de kunstmatige afvoerwegen voor regenwater, *B.S.*, 29 september 1976; art. 41, § 2, Decreet VI.R. van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, *B.S.*, 17 september 1985; art. 66 e.v. Decreet W.R. van 7 oktober 1985 inzake de bescherming van het oppervlaktewater tegen vervuiling, *B.S.*, 7 oktober 1985; M.B. 6 november 1987 tot aanwijzing van de ambtenaren bevoegd voor het nemen of doen nemen van watermonsters en voor het opsporen en vaststellen van overtredingen van de verordening van 7 oktober 1985 inzake de bescherming van het oppervlaktewater tegen de vervuiling (Waals Gewest), *B.S.*, 28 januari 1988.

³ Zie o.m. art. 7 e.v. Wet van 26 maart 1971 op de bescherming van het grondwater, *B.S.*, 1 mei 1971; art. 11 e.v. Decreet VI.R. van 24 januari 1984 houdende maatregelen inzake het grondwaterbeheer, *B.S.*, 5 juni 1984; B. VI. Ex. van 22 maart 1984 houdende modaliteiten voor het nemen van monsters in het kader van het opsporen en vaststellen van overtredingen op het decreet van 24 januari 1984 houdende maatregelen inzake het grondwaterbeheer, *B.S.*, 7 juni 1984.

⁴ Zie art. 9 Wet van 18 juli 1973 betreffende de bestrijding van de geluidshinder, *B.S.*, 14 september 1973.

⁵ Wet van 22 juli 1974 op de giftige afval, *B.S.*, 1 maart 1975.

⁶ Zie Wet van 29 maart 1957 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag (nr. 81) betreffende de arbeidsinspectie, in de industrie en de handel, aangenomen op 11 juli 1947, te Geneve door de Internationale Arbeidsorganisatie, tijdens haar dertigste zitting, *B.S.*, 10 mei 1957.

Het verschillend concept van deze wetgevingsmodellen vindt zijn weerslag in de monsternemingsprocedures. De monsternemingsprocedures die bij de groep van het eerste model kunnen worden gerangschikt, besteden meer aandacht aan de technische vereisten die bij de monsterneming en de daaropvolgende analysehandelingen geboden zijn om een administratieve opvolging van de verontreinigingsactiviteit mogelijk te maken teneinde een politiek van vergunning en vergunningsvoorwaarden te ontwikkelen. In de wetten die zijn geconcipeerd naar het tweede model, past de monsternemingbevoegdheid van de controleambtenaren in de algemene bevoegdheid tot het instellen van elk onderzoek dat zij nodig achten om de naleving van de wetgeving te controleren. De modaliteiten van deze monsternemingbevoegdheid wijzen, in tegenstelling tot die van het eerste model, op een strafrechtelijke afhandeling van een mogelijk vast te stellen overtreding op basis van de monsterneming.

3. Los van deze onderverdeling vertoont de monsterneming een tweezijdig karakter. Enerzijds is de monsterneming een van de toezichtsbevoegdheden terwijl anderzijds de monsterneming en de daaropvolgende analysehandelingen een bijzondere vorm van bewijsvoering zijn¹³. De analyse van het monster kan immers een milieumisdrijf aan het licht brengen. Het monster kan het materieel bewijs hiervan in zich houden. Het tweezijdig karakter van de monsternemingsprocedure stemt overeen met het ambigue karakter van de controleprocedure zelf. Als toezichtsbevoegdheid betreft het in de eerste plaats een administratieve procedure, die in de door de wetgever beoogde gevallen moet worden uitgevoerd zoals is voorgeschreven. Als bijzondere wijze van bewijsvoering zullen de strafprocessuele beginselen en waarborgen in acht dienen te worden genomen. Het laatste vereist een duidelijke karakterisering van het bewijsmiddel en een onderzoek naar de relatie met de andere bewijsmiddelen.

Daar de opzet van deze studie de strafprocessuele aspecten van de monsterneming betreft, zal de aandacht in hoofdzaak worden gericht op het karakter in het strafproces van een administratieve bewijsgaring door monsterneming. In het bijzonder zal de strafprocessuele relevantie van dit ogenschijnlijk bijzonder administratief bewijsmiddel worden onderzocht. In het licht van de regelmatigheid van het strafrechtelijk bewijs dringt de vraag zich op welke consequenties verbonden zijn aan een niet regelmatige monsternemingsprocedure. Het ligt niet in de opzet van deze studie een overzicht te geven van de ter zake van de monsterneming toepasselijke bepalingen. Er wordt slechts melding gemaakt van de in het kader van deze studie relevante bepalingen.

II. Monsterneming als toezichtsbevoegdheid

4. Aangezien de monsternemingsprocedure uitvoerig is geregeld, moet worden aangenomen dat de monsterneming als toezichtsbevoegdheid in de door de wetgever beoogde gevallen in beginsel moet worden uitgeoefend volgens de

procedure zoals deze is bepaald in de kaderwetgeving en/of in de uitvoeringsbesluiten ervan¹⁴. De onderzoeksbevoegdheid van de controlerende ambtenaar wordt hier dus beperkt, in die zin dat hij bij de uitoefening van een van zijn toezichtsbevoegdheden de voorgeschreven uitvoeringsprocedure in acht moet nemen. In de door de wetgever beoogde gevallen is het voor hem in beginsel de enige wijze waarop hij tot monsterneming kan overgaan.

In door de regelgever niet beoogde gevallen kan de controleambtenaar ook monsters nemen¹⁵. Dit kan worden afgeleid uit een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 26 januari 1973¹⁶. Het Hof oordeelde dat, voor zoveel alinea 2 van artikel 6 van de wet van 11 maart 1950 toepasselijk zou zijn op de bewijsvoering van wanbedrijven voorzien bij artikel 1 van deze wet, vooralsnog geen koninklijk besluit werd bekendgemaakt waarin de wijze en de voorwaarden bij het nemen van waterstalen, evenals de inrichting en de werking van de ontledingslaboratoria worden geregeld, en dat derhalve het bewijs van de inbreuken op de bepalingen van artikel 1 van de wet van 11 maart 1950 mag worden geleverd overeenkomstig het gemene recht, en de staalnemingen en de eropvolgende deskundige onderzoeken en verslagen van de gerechtsdeskundigen rechtsgeldig zijn en niet van die aard dat het recht van verdediging erdoor werd geschonden. In casu had dus een monsterneming plaatsgevonden buiten een door de regelgever beoogde situatie. In voorkomend geval is de ambtenaar niet verplicht de voorgeschreven procedure (voor wel beoogde gevallen) te volgen. Het is immers een ieder toegelaten monsters te nemen.

III. De monsterneming als bewijsmiddel

5. Wanneer de wet geen bijzonder bewijsmiddel voorschrijft, mag volgens een vaststaande rechtspraak de feitenrechter zijn overtuiging putten uit alle regelmatig verkregen gegevens van de zaak, op voorwaarde dat de partijen ze hebben kunnen bespreken¹⁷.

Opdat de rechter tot zijn overtuiging kan komen, moet het bewijs waarnaar hij zijn oordeel richt, regelmatig zijn. Het bewijs in strafzaken is in België niet op een systematische

¹⁴ Zie MORRENS, P., *Afvalgids - Juridische wegwijzer voor de Vlaamse ondernemer*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 189.

¹⁵ Contra ROEF, A., «Bewijsproblemen in het milieustrafrecht», *R.W.*, 1990-91, 8-16, i.h.b. 15.

¹⁶ Gent, 26 januari 1973, *R.W.*, 1973-74, 205.

¹⁷ Cass., 3 februari 1943, *Pas.*, 1943, I, 49; Cass., 11 oktober 1943, *Pas.*, 1943, I, 387; Cass., 14 februari 1949, *Pas.*, 1949, I, 127; Cass., 13 februari 1950, *Pas.*, 1950, I, 417; Cass., 23 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 544; Cass., 27 februari 1961, *Pas.*, 1961, I, 695; Cass., 27 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 827; Cass., 19 december 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 405; Cass., 26 maart 1974, *Pas.*, 1974, I, 764; Cass., 13 september 1976, *Pas.*, 1977, I, 37; Cass., 22 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 321; Cass., 13 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 690; Cass., 3 april 1979, *Pas.*, 1979, I, 914; Cass., 22 januari 1980, *Pas.*, 1980, I, 574; Cass., 17 december 1980, *Pas.*, 1981, I, 446; Cass., 22 juni 1982, *Pas.*, 1982, I, 1234; Cass., 31 december 1985, *Pas.*, 1986, I, 549; Cass., 28 mei 1986, *Pas.*, 1986, I, 1186; Cass., 27 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1325; zie ook HENRY, P., «De l'intime conviction», in *Les droits de la défense en matière pénale*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1985, 207; HOLSTERS, D., «Bewijsvoering in strafzaken», in *Commentaar Strafrecht - Stravordering*, losbl., Antwerpen, Kluwer, 1985, 11.

¹³ Cass., 10 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 952; zie ook art. 7, Wet van 28 december 1964 betreffende de bestrijding van de luchtverontreiniging, *B.S.*, 14 januari 1965, waar uitdrukkelijk wordt vermeld dat de controleambtenaren monstren nemen of laten nemen «om bewijsgronden bijeen te brengen».

wijze geregeld¹⁸. Het begrip «regelmaticheid» omschrijven is dan ook geen sinecure. Zelfs gezaghebbende auteurs beperken zich tot een schematische opsomming van gevallen waar het bewijs niet regelmatig is¹⁹. De regelmatigheid van een bewijsmiddel betreft niet alleen de omstandigheden waarin het is verkregen, maar heeft ook betrekking op de inhoudelijke waarde van de bewijselementen. Franchimont, Jacobs en Masset vermelden ter zake «sont également à rejeter les moyens incertains (...)»²⁰. Een dergelijk bewijsmiddel zou immers een deloyaal bewijsprocédé uitmaken. Hieronder kan worden begrepen de monsterneming en de daaropvolgende analysebewerkingen die op een zodanige wijze zijn uitgevoerd dat het analyseresultaat niet meer de noodzakelijke waarborgen biedt waardoor met een grote mate van zekerheid het te bewijzen gegeven zou kunnen worden vastgesteld. Dit zou o.m. het geval zijn wanneer aan de stalen bepaalde stoffen worden toegevoegd die een vervalsende werking hebben op het analyseresultaat. Het is de rechter dus geboden, alvorens de regelmatigheid van de verkrijging van het bewijs en de bewijswaarde ervan te beoordelen, de vraag te beantwoorden of het aangevoerde middel het te bewijzen gegeven kan bewijzen, m.a.w. of het aangevoerde middel wel een bewijsmiddel is. Immers een bewijsmiddel is, zoals Faustin Hélie het schrijft, «(En thèse générale) tout moyen de produire la certitude est un moyen de preuve»²¹.

6. Hierbij dringt zich de vraag op naar de waarde van een regelmatig uitgevoerde geregelde administratieve bewijsgaring in het strafprocesrecht. Wanneer de wetgever in een bijzondere procedure tot bewijsgaring voorziet, moet worden aangenomen dat de door de regelgever bepaalde procedure in overeenstemming is met het recht, zo ook met het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, dit alles onder voorbehoud van de miskenning van een door een hogere rechtsnorm gewaarborgd rechtsgoed²². Bijgevolg kan de strafrechter die tot het oordeel komt dat de voorgeschreven administratieve procedure tot bewijsgaring is gevolgd, niet meer beslissen dat hierdoor enig rechtsregel of beginsel is geschonden, voor zover de bewijsprocedure is geregeld en onder voorbehoud van strijdigheid van de voorgeschreven procedure met een hogere rechtsnorm. Dit gevolg kan als het «vermoeden van regelmatigheid» worden omschreven. Het zou echter verkeerd zijn hieruit af te leiden dat, ingeval de administratieve procedure niet is gevolgd (door de controleambtenaar), dit ipso facto een schending van enig strafprocessueel beginsel zou inhouden. Daar de monsternemingsprocedure niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, zal de rechter in voorkomend geval de regelmaticheid van het bewijsmiddel moeten beoordelen. Dit laatste geldt ook voor alle delen van de procedure van monsterneming die niet in het bijzonder zijn geregeld.

7. Wanneer aan deze vereisten is voldaan, kan de rechter de bewijswaarde van de hem voorgelegde elementen vrij beoordelen, behoudens wanneer de wetgever in een bijzonder bewijsmiddel heeft voorzien. Met bijzonder bewijsmiddel lijkt het Hof van Cassatie te bedoelen, (a) hetzij het middel dat in rechte alleen toelaatbaar is om een bepaald misdrijf te bewijzen, met uitsluiting van elk ander bewijsmiddel²⁴, (b) hetzij het bewijsmiddel dat een bijzondere bewijswaarde heeft die behoudens tegenbewijs of vaststelling van valsheid bindend is voor de rechter²⁵.

8.(a) Als vorm van bewijsvoering is de monsterneming steeds facultatief. Dit betekent dat de controlerende ambtenaar nooit verplicht is om tot monsterneming over te gaan. Wanneer een overtreding hetzij klaarblijkelijk is, hetzij op een andere manier kan worden vastgesteld, hoeft hij niet over te gaan tot monsterneming²⁶. Alle andere regelmatig verkregen bewijsmiddelen kunnen voor het bewijs van milieumisdrijven in aanmerking worden genomen. Zo besliste het Hof van Cassatie dat overtredingen van de wet van 5 september 1952 betreffende de vleeskeuring en de vleeshandel met alle gemeenrechtelijke bewijsmiddelen kunnen worden bewezen en niet alleen door de monsterneming als bedoeld in het artikel 16, laatste lid, van dezelfde wet²⁷. Van deze zienswijze werd toepassing gemaakt door het Hof van Beroep te Gent in een voedingsmiddelenzaak²⁸. In casu betrof het de vaststelling van een overtreding van voornoemde wet die door een opperwachtmeester van de rijkswacht samen met een eerste wachtmeester werd vastgesteld. Het bewijs van de bedorven staat van het in voorraad gehouden vlees werd voldoende geleverd wanneer dit gewoon op het enkel zicht en door de geur kon worden vastgesteld. In dit geval doet zich eenvoudig geen geval van staalneming voor. Deze zienswijze werd door het Hof van Cassatie ook bevestigd ter zake van de monsterneming in het milieurecht. In een zaak van oppervlaktewaterverontreiniging²⁹ vocht de eiser in cas-

23 DECLERCO, R., o.c., 25; zie ook DE NAUW, A., l.c., 714.

24 Zie bv. art. 16, V.T.Sv.

25 Bv. processen-verbaal die gelden tot het bewijs van het tegendeel of tot inschrijving van valsheid.

26 Zie o.m. Conseil Régional Wallon, Projet de décret sur la protection des eaux de surface contre la pollution, Exposé des motifs, *Gedr. St., W.Gew.R.*, 1983-84, 107/1, 24.

27 Cass., 8 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1070.

28 Gent, 9 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 1295.

29 Cass., 10 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 952; contra VAN PEEL, H., «De Belgische en Vlaamse wetgeving inzake de bescherming van de oppervlaktewateren», in *Milieurecht. Recente ontwikkelingen. Verslagboek van de studienamiddagen over milieurecht*, I, red. BOCKEN, H., Brussel, Story-Scientia, 1988, 50. VAN PEEL vermeldt dat de over-

¹⁸ DE NAUW, A., «Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge», *R.D.P.*, 1990, 705.

¹⁹ Zie DECLERCO, R., *La preuve en matière pénale*, Prolegomena 13, Brussel, Swinnen, 1988, 52-58; MASSET, A., «La preuve et les techniques de protection des droits de la défense», *Limites de certains modes de preuve. Les droits de la défense en matière pénale*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 176-195; FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, i.h.b. 757-762.

²⁰ FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A., o.c., 759.

²¹ FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Brussel, Bruylant, 1865, 322, nr. 2316.

²² Zie o.m. MAST, A., ALLEN, A., DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 8.

satie de wettigheid aan van een door de onderzoeksrechter bevolen deskundigenonderzoek, terwijl volgens hem het onderzoek van de stalen dwingend diende te geschieden volgens de door wet van 27 maart 1971 vastgestelde (monster-nemings)procedure. Het Hof besliste in deze zaak dat artikel 36 van de wet van 26 maart 1971 een bijzondere wijze van bewijsvoering inricht, waarvan de modaliteiten door de Koning worden bepaald, maar dit geenszins de bewijsmid-delen van het gemene recht, met name het deskundigenon-derzoek als geregeld bij de artikelen 43 en 44 van het Wet-boek van Strafvordering uitsluit. De regel van de innerlijke overtuiging van de rechter wordt door het bestaan van de procedure van de monsterneming niet verminderd³⁰. Zo kunnen ook getuigenissen van of gegevens verstrekt door personen die niet in het bijzonder worden belast met de con-trole van de naleving van de milieuwetgeving³¹ of die ter zake van die misdrijven geen enkele vaststellingsbevoegdheid bezitten, door de rechter in aanmerking worden geno-men. Een bekend voorbeeld hiervan in de gepubliceerde rechtspraak is het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Hasselt³², in een zaak waarin de beklagde verweten werd de lozingsvergunningvoorwaarden niet te hebben na-geleefd. In de lozingsvergunning werd namelijk bepaald dat de temperatuur van het geloosde water de 25°C niet te bo-ven mocht gaan. De rechtbank achtte de overtreding van deze voorwaarde bewezen op grond van een getuigenis van iemand die met de omgeving vertrouwd scheen te zijn. Deze getuige had ter zitting verklaard dat hij het vanop de brug van de openbare weg altijd had zien stomen, zelfs wij warm weer. Het bewijs van milieumisdrijven mag dus worden ge-leverd door alle regelmatig verkregen bewijsmiddelen³³. Dit facultatief karakter van de monsterneming als bewijsmiddel verhindert dat de procedure van monsterneming als een bij-zonder bewijsmiddel kan worden beschouwd.

9.(b) Hoewel de processen-verbaal opgesteld door con-troleambtenaren in het milieurecht over het algemeen bij-zondere wettelijke bewijswaarde hebben, is de monsternemingsprocedure geen bijzonder bewijsmiddel in die zin dat de resultaten van het onderzoek imperatief zijn voor de rechter. De bijzondere bewijswaarde van processen-verbaal strekt zich alleen uit tot de door de verbalisant persoonlijk, binnen de perken van zijn wettelijke opdracht, regelmatig gedane materiële (zintuigelijke) vaststellingen betreffende de samenstellende elementen van het misdrijf en de ermee verbonden omstandigheden, en niet tot de deducties of ver-

moedens die de verbalisant uit die vaststellingen afleidt, en evenmin de inlichtingen die hij buiten die vaststellingen krijgt³⁴. M.a.w. alle materiële verrichtingen die met de monsterneming gepaard gaan en als zodanig worden vermeld in het proces-verbaal van monsterneming, worden geacht te hebben plaatsgevonden, tenzij het tegenbewijs hiervan wordt geleverd.

10. Bijzondere aandacht verdient artikel 67, § 4, van het Waals Oppervlaktewaterdecreet³⁵. Dit artikel bepaalt: «Les analyses exécutées conformément au présent article font foi de manière irréfutable lorsqu'elles sont confirmées par la contre-analyse effectuée régulièrement». Uit de voor-bereidende teksten en de opstelling van het artikel blijkt dui-delijk dat de decreetgever een einde heeft willen maken aan de discussiemogelijkheden van de experts omtrent de ana-lysemethodes, waarachter de milieudelinquent kon schuil-gaan³⁶. Volgens Lebrun wordt door toepassing van dit arti-kel een onweerlegbaar vermoeden ingevoerd³⁷. Zoals reeds vermeld is aan de in overeenstemming met de voorgeschre-ven procedure uitgevoerde monsterneminghandelingen en -analyses het vermoeden van regelmatigheid verbonden. D.w.z. dat deze handelingen worden vermoed in overeen-stemming met het recht te zijn verricht. Elke partij kan even-wel de eenstemmigheid van de monsterneminghandelingen en -analyses met de voorgeschreven procedure betwisten. Indien de rechter aan de overeenstemming tussen de gevolg-de procedure en de voorgeschreven procedure twijfelt, ver-valt hierdoor het vermoeden van regelmatigheid. Het begin-sel dat de twijfel in het voordeel werkt van de beklagde, vindt hier onverkort zijn toepassing. In voorkomend geval komt het aan de vervolgende partij toe te bewijzen dat de niet in overeenstemming met de voorgeschreven procedure verrichte monsternemingsoperatie regelmatig is. Dit zal o.m. inhouden dat wordt aangetoond dat de monsterneming en de daaropvolgende analyseverrichtingen een zekere graad van wetenschappelijkheid vertonen waardoor met een grote mate van zekerheid het te bewijzen gegeven kan wor-den vastgesteld. M.a.w. de genomen monsters moeten na de analysebewerkingen een aanwezigheid of een bepaalde con-centratie van stoffen aantonen waardoor met een bepaalde zekerheidsfactor kan worden aangenomen dat deze stoffen aanwezig zijn of in een zelfde concentratie voorhanden zijn in de massa waarvan het staal is genomen. Dit door de rech-ter afgeleid vermoeden zal bijdragen tot de vorming van zijn innerlijke overtuiging. De partijen kunnen anticiperen op de vorming van deze overtuiging door resultaten van eveneens regelmatig bevonden analysemethoden voor te dragen. De rechter beslist dan op onaantastbare wijze welke bewijs-

trekking van artikel 2 van de wet van 26 maart 1971 niet dient te wor-den vastgesteld door monsterneming (blijkbaar in tegenstelling met de vaststelling van inbreuken op artikel 5 van deze wet). Doch ook voor de vaststelling van de inbreuken op het artikel 5 van deze wet (misdrijven die verband houden met de vergunningsplicht en -voor-waarden) is o.i. monsterneming niet vereist.

³⁰ LURQUIN, P., *Traité de l'expertise en toutes matières*, II, Brus-sel, Bruylant, 1987, 192.

³¹ Gent, 26 januari 1973, *R.W.*, 1973-74, 205 (vaststellingen door een adjunct-politiecommissaris).

³² Corr. Hasselt, 18 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 775.

³³ Zie ook MORRENS, P., *Afvalgids - Juridische wegwijzer voor de Vlaamse ondernemer*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 151; LEBRUN, A., *l.c.*, *La répression des infractions en Région wallonne*, 63; zie ook RO-vert, J.H., GUILLOUD, M.R., *DROIT PÉNAL DE L'ENVIRONNEMENT*, PA-rijs, MASSON, 1983, 268, NR. 344.

³⁴ Cass., 10 maart 1987, *Arr.Cass.*, 1985-86, 905; zie HOLSTERS, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vast-stelling van de misdrijven», *R.W.*, 1980-81, 1382.

³⁵ Decreet van 7 oktober 1985 inzake de bescherming van het oppervlaktewater tegen vervuiling (Waals Gewest), *B.S.*, 7 oktober 1985.

³⁶ Conseil Régional Wallon, Projet de décret sur la protection des eaux de surface contre la pollution, Exposé des motifs, *Gedr. St.*, *W.Gew.R.*, 1983-84, 107/1, 24.

³⁷ LEBRUN, A., *l.c.*, *La répression des infractions en Région wallon-ne*, 63.

waarde hij toekent aan deze verschillende analyseverslagen, zonder de bewijskracht van deze te miskennen ³⁸.

Door artikel 67 van het Waals oppervlaktewaterdecreet wordt aan het analyseresultaat van de in overeenstemming met de voorgeschreven modus operandi verrichte handelingen, dat wordt bevestigd door de op dezelfde wijze verrichte contra-analyse, een onweerlegbaar vermoeden gekoppeld ³⁹. M.a.w. wanneer de rechter (a) de overeenkomst van de verrichte handelingen met het bepaalde in het artikel 67 en (b) de regelmatigheid heeft vastgesteld van de niet geregelde handelingen en als (c) het resultaat van de eveneens overeenkomstig artikel 67 verrichte contra-analyse gelijkkluidend is, moet hij het gezamenlijk resultaat van de monsternemingoperaties als waar beschouwen.

(a) Alleen wanneer de monsterneming is geschied overeenkomstig de bepalingen van artikel 67 van het vermeld decreet en de uitvoeringsbepalingen van dit artikel, zal het analyseresultaat als onweerlegbaar kunnen worden beschouwd. Hiertoe is nochtans niet vereist dat alle monsterneminghandelingen en analysemethoden en -modaliteiten reglementair zijn geregeld. De regelmatigheid van de in overeenstemming met de in artikel 67 verrichte handelingen kan alleen worden aangevochten op basis van een aantasting van een door een hogere norm gewaarborgd rechtsgoed.

(b) Het spreekt voor zich dat alle niet-geregelde monsternemingactiviteiten regelmatig moeten zijn verricht wil de rechter ze in aanmerking nemen. Zolang de analysemethodes niet reglementair zijn bepaald, bestaat de mogelijkheid om de significantie van de analyses verricht in een erkend laboratorium aan te vechten en hiermee de regelmatigheid ervan in twijfel te trekken.

(c) Het resultaat van de tegenanalyse verricht in een ander erkend laboratorium moet gelijkkluidend zijn met dat van de officiële analyse. Slechts dan kan het resultaat van de volledige monsternemingoperatie als onweerlegbaar worden aangemerkt. De verdediging heeft er dus alle belang bij te beletten dat een tegenanalyse wordt uitgevoerd in de omstandigheden zoals deze zijn bepaald in artikel 67 van het decreet.

Wanneer aan al die voorwaarden is voldaan, kunnen de door de partijen aangehaalde analyseresultaten van andere regelmatige monsteranalyses niet meer in aanmerking worden genomen. De gelijkkluidende resultaten moeten in voorkomend geval als bewijs worden geacht van het te bewijzen gegeven. M.a.w. de rechter kan in voorkomend geval niet meer de bewijswaarde van de analyseresultaten beoordelen. In het licht hiervan lijkt het eerder om een bijzonder bewijsmiddel te gaan waardoor afbreuk wordt gedaan aan de vrije beoordelingsmacht van de rechter dan om, zoals Lebrun schrijft, een onweerlegbaar vermoeden. Nu is het strafrecht het werken met vermoedens, zelfs onweerlegbare, niet

vreemd ⁴⁰. Evenwel betreft het in de bekende gevallen steeds objectief waarneembare omstandigheden en niet de resultaten van een technisch onderzoek. Dit laatste laat immers de mogelijkheid open om de regelmatigheid van de handelingen en gevolgtrekkingen in twijfel te trekken. De in ons strafrecht bekende (wettelijke) vermoedens betreffen steeds de schuld (of onschuld) van de verdachte of beklaagde. Het vermoeden waarvan hier sprake is, doet geen uitspraak over de schuld, en heeft alleen betrekking op de waarachtigheid van het verkregen analyseresultaat. Hoe dan ook, de monsterneming is een precair bewijsmiddel. De complexiteit van de technische procedure ligt aan de basis van de vraagstellingen omtrent de regelmatigheid van dit bewijsprocédé en van de bewijswaarde die aan het middel moet worden toegekend. In het licht hiervan moet de inspanning van de Waalse decreetgever worden gezien om de monsterneming tot een «sterk» bewijsmiddel te maken, waarvan het uiteindelijk resultaat als onweerlegbaar wordt beschouwd. Het onweerlegbaar karakter dat het gevolg is van de toepassing van het besproken artikel 67, werd door de doctrine als een belangrijke innovatie gezien ⁴¹. Niettemin blijkt dat, zolang de regelgever niet uitvoerig alle stappen van het monsteronderzoek heeft beschreven, tal van discussiemogelijkheden blijven bestaan over de regelmatigheid van de toegepaste methodes. De voorwaarde van een gelijkkluidende tegenanalyse paralyseert de beoogde werking van de bepaling.

Het past hier tevens te wijzen op de rechtspraak van het Arbitragehof ter zake van de bevoegdheid van de decreetgever inzake de strafprocedure. Volgens het Arbitragehof is het de decreetgever niet toegestaan een bijzonder bewijsmiddel te bepalen, aangezien dit deel uitmaakt van de vorm van de vervolging, een aangelegenheid die volgens artikel 7 van de Grondwet aan de nationale wetgever is voorbehouden en die buiten de toepassingsfeer van artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 valt ⁴².

IV. Tot monsterneming bevoegde ambtenaren

a) Controleambtenaren

11. Over het algemeen vermelden de uitvoeringsbesluiten alleen de door de Koning of de Executieve aangewezen toezichtsambtenaren als bevoegd tot het nemen van monsters. Dit is volkomen verklaarbaar. Enerzijds zijn zij alleen gerechtigd alle door de wet of het decreet bepaalde controlebevoegdheid aan te wenden, anderzijds zij zij de enigen wier toezichtsbevoegdheid ook gericht is op een strafrechtelijke handhaving van de te controleren reglementering.

³⁸ Cf. Cass., 7 december 1964, *Pas.*, 1965, I, 349.

³⁹ Hoewel artikel 67 het over de «in overeenstemming met onderhavig artikel verrichte analyses» heeft, kan het vermoeden logischerwijze alleen de resultaten van deze analyses betreffen. Dit wordt bovendien duidelijk bevestigd in de memorie van toelichting, waar men aangeeft dat de rechter de regelmatigheid van de monsternemingprocedure, analyse en contra-analyse moet beoordelen; zie Conseil Régional Wallon, *Projet de décret sur la protection des eaux de surface contre la pollution*, Exposé des motifs, *Gedr. St., W.Gew.R.*, 1983-84, 107/1, 24.

⁴¹ DEMEY, Th., *Droit pénal de l'environnement - Inventaire et perspectives*, U.C.L., F.R.F.C., 1989, 31; VAN REMOORTERE, F., «Le droit régional wallon en matière de protection des eaux de surface contre la pollution - situation en 1987», in *Milieurecht - Recente ontwikkelingen*, I, red. BOCKEN, H., Brussel, Story-Scientia, 1988, 74, in het bijzonder noot 46.

⁴² Arbitragehof, 11 mei 1989, nr. 11/89, B.5, B.S., 31 mei 1989.

b) Tot monsterneming bevoegde toezichtsambtenaren. In aanwezigheid en volgens de onderrichtingen van een controleambtenaar

12. Sommige milieuwetten bepalen dat ook andere personen kunnen overgaan tot monsterneming. Zo bepaalt het Besluit van de Vlaamse Executieve van 12 augustus 1982 betreffende de monsterneming dat de gouverneur van de provincie, de burgemeester van de gemeente en personen die behoren tot de erkende laboratoria, kunnen overgaan tot monsterneming in aanwezigheid van en volgens de onderrichtingen van de «toezichthoudende ambtenaar» (lees: door het Executievebesluit aangewezen ambtenaar)⁴³.

In het Vlaams Afvalstoffendecreet wordt de burgemeester en de gouverneur een eigen specifieke bevoegdheid verleend ten einde de nodige maatregelen te nemen wanneer afvalstoffen worden achtergelaten of worden aangetroffen in strijd met de afvalreglementering⁴⁴. In het licht van deze bevoegdheid lijkt het aannemelijk dat zij tot monsterneming kunnen overgaan. De vraag rijst evenwel waarom zij dit alleen kunnen in aanwezigheid van en volgens de onderrichtingen van de ambtenaar van de controlerende administratie. Dit is opmerkelijk daar zij binnen het kader van hun opdracht wel een beroep kunnen doen op de andere toezichtsbevoegdheden⁴⁵. Toch lijkt dit begrijpelijk aangezien de burgemeester en de gouverneur geen reële toezichtsoptocht hebben, die gericht is op een strafrechtelijke handhaving. Er moet eerder worden gesproken van een bevoegdheid tot optreden in dringende situaties, waarbij de vaststelling van overtredingen niet centraal staat, maar de volksgezondheid en de veiligheid als doel voorop worden gesteld⁴⁶. De monsterneming als administratieve bewijsgaring lijkt in tegenstelling tot de andere controlebevoegdheden niet vereist om zich van deze taak te kunnen kwijten. Dit sluit niet uit dat de gouverneur van de provincie of de burgemeester van de gemeente waar de afvalstoffen worden aangetroffen, geen monsters kunnen nemen of laten nemen. In het licht van de te nemen maatregelen zal dit dikwijls noodzakelijk zijn. Wanneer ter uitvoering van de door hen bevolen monsterneming enige dwang noodzakelijk zou zijn, kunnen zij zich naar gelang van het geval beroepen, hetzij op hun toezichtsbevoegdheden in de afvalstoffenwetgeving, hetzij op hun algemene bevoegdheid waarover zij beschikken om de openbare rust, veiligheid en gezondheid te handhaven⁴⁷. Wanneer de monsterneming door de gouverneur of de burgemeester is geschied, volgens de onderrichtingen van de

(eigenlijke) controleambtenaar, geniet ze het «vermoeden van regelmatigheid».

13. Dezelfde redenering moet worden gevolgd voor de monsterneming die wordt uitgevoerd door personen die behoren tot een erkend laboratorium. In de administratieve controle wordt aan de erkende laboratoria niet alleen een secundaire rol toebedeeld in de procedure van monsterneming maar vermelden verschillende uitvoeringsbesluiten de bevoegdheid van deze laboratoria om vooraf bepaalde periodieke monsternemingen te verrichten. De monsterneming verricht door de personeelsleden van de erkende laboratoria in het kader van die wetgeving geniet echter niet het vermoeden van regelmatigheid, ook al is de voorgeschreven procedure gevolgd, omdat deze personen geen misdrijven kunnen vaststellen.

Anders is de toestand wanneer de milieuwet bepaalt dat de tot monsterneming bevoegde ambtenaren monsters mogen laten nemen. Daar het hier enkel een materiële uitvoering betreft op initiatief van de controlerende ambtenaar, zal de regelmatig uitgevoerde monsterneming het vermoeden van regelmatigheid blijven genieten.

V. Officiëren van gerechtelijke politie

14. De officieren van gerechtelijke politie worden in de milieuwetgeving meestal niet als controleambtenaren aangewezen⁴⁸. Dit betekent dat zij zich ter uitvoering van hun opdracht niet kunnen beroepen op de toezichtsbevoegdheden die controleambtenaren worden toegekend⁴⁹. Dit betekent echter niet dat de stalen van monsternemingen uitgevoerd door een agent of officier van gerechtelijke politie, in het kader van een opsporings- of gerechtelijk onderzoek niet als bewijsmiddel in aanmerking kunnen komen. Sommige auteurs⁵⁰ hebben gemeend de monsternemingsbevoegdheid van officieren van gerechtelijke politie (a contrario) te kunnen afleiden uit een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 25 april 1985, waarbij werd beslist dat de stalen voorkomende van een monsterneming die noch door een officier van gerechtelijke politie, noch door een controleambtenaar werd verricht, niet als bewijsmiddelen kunnen gelden⁵¹. In casu was dit niet zo daar de schepmonsters werden genomen door een samsmeester. Deze auteurs vereisen dus, opdat een bewijsmiddel in strafzaken geldig kan worden aangewend, het moet zijn verkregen door een persoon die ook de bevoegdheid bezit het te bewijzen misdrijf strafprocesueel vast te stellen (opmaken van een proces-verbaal). Het lijkt ons juist te stellen dat enerzijds de bevoegdheid van officieren van gerechtelijke politie tot monsterneming deel uitmaakt van hun opdracht alle nuttige inlichtingen betreffende de feiten en daders te mogen inwinnen, in zoverre geen dwangmaatregelen hiertoe vereist zijn⁵², terwijl ander-

⁴³ Art. 1, § 2, tweede lid, B.VI.Ex. van 12 augustus 1982 houden de bepaling en wijze waarop en de voorwaarden waaronder monsters worden genomen ter uitvoering van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen en de uitvoeringsbesluiten ervan, *B.S.*, 10 september 1982, err., *B.S.*, 10 februari 1983.

⁴⁴ Art. 54 Decreet VI.R. van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen, *B.S.*, 25 juli 1981.

⁴⁵ Zo beschikken zij over een bevoegdheid tot toegang, tot onderzoek en kunnen zij de bijstand van de gemeentepolitie of de rijkswacht vorderen.

⁴⁶ Zie ontwerp van decreet betreffende het beheer van afvalstoffen, Advies Raad van State, *Gedr.St.*, VI.R., 1980-81, nr. 131/1, 23 en Amendementen R. Van Rompay c.s., *Gedr.St.*, VI.R., 1980-81, nr. 131/3, 7.

⁴⁷ Artikel 128 Provinciewet en artikel 135 Nieuwe Gemeentewet.

⁴⁸ Zie ROEF, A., *l.c.*, 11.

⁴⁹ Zie ook DE NAUW, A. BRONDERS, B., «De bevoegdheden van toezichtsambtenaren in de milieuwetten. Van onderzoek naar opsporing en van opsporing naar controle», in *Liber Amicorum Procureur-Generaal Krings*, ter publicatie.

⁵⁰ ROEF, A., *l.c.*, 15; DE PUE, E., STRIJCKERS, P., VANDENBILCKE, C., *Milieuzaakboekje 1990, 1990, Leidraad voor de milieuwetgeving in Vlaanderen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 134.

⁵¹ Gent, 25 april 1985, *R.W.*, 1986-87, 2121, noot BOES, M.

⁵² Zie Cass., 20 maart 1919, *Pas.*, 1916, I, 310.

zijds het bewijs in het strafprocesrecht niet afhankelijk is (wanneer het verkrijgen ervan geen gebruik van dwangmiddelen impliceert) van de hoedanigheid van degene die het bewijsmiddel kan leveren. Dit betekent dat ook het monster genomen door een persoon die noch controleambtenaar, noch officier van gerechtelijke politie is, als bewijs kan gelden mits het op een zodanige wijze is genomen dat het een wetenschappelijke verantwoorde analyse niet uitsluit. De rechter die in het strafproces met een dergelijk bewijsmiddel wordt geconfronteerd, zal de regelmatigheid hiervan onderzoeken en de bewijswaarde op onaantastbare wijze beoordelen.

De officieren van gerechtelijke politie (of andere personen) dienen de procedure van monsterneming zoals is voorgeschreven in de uitvoeringsbesluiten, niet te volgen. Wanneer ze wel de voorgeschreven procedure volgen, is echter aan hun optreden geen vermoeden van regelmatigheid verbonden zoals dat is met de controleambtenaren. Het Waals Oppervlaktewaterendecreet vormt hier eens te meer de uitzondering. Dit decreet wijst de officieren van gerechtelijke politie niet aan als controleambtenaren, doch kent hen dezelfde toezichtsbevoegdheden toe als de controleambtenaren⁵³. Deze techniek brengt met zich mee dat, in tegenstelling tot de eigenlijke controleambtenaren, de officieren van gerechtelijke politie hun door de milieuwet toegekende bevoegdheden slechts kunnen aanwenden wanneer er sprake is van enige verdenking van een inbreuk op het oppervlaktewaterdecreet. Artikel 66, § 3, waar sprake is van «zelfs wanneer er nog geen overtreding is vastgesteld», doet hieraan geen afbreuk. De vaststelling van een overtreding is geen voorafgaande voorwaarde voor het optreden van de officieren van gerechtelijke politie; wel is een verdenking vereist. In de gevallen waarin zij optreden, zullen de genomen monsters en de daaropvolgende analysehandelingen die conform de voorgeschreven procedure geschieden, het regelmatigheidsvermoeden genieten.

In het kader van een opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek kunnen de controleambtenaren worden verzocht een monsterneming te verrichten. Zij treden dan op als technisch adviseurs⁵⁴. Daar de monsterneming bijgevolg niet ambtshalve in het kader van de controle geschiedt, maar in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, moet de monsternemingsprocedure niet worden gevolgd. Is dit wel het geval, dan zal hieraan niet het «vermoeden van regelmatigheid» verbonden zijn.

We kunnen dus besluiten dat, met uitzondering van de monsterneming in het kader van het Waalse Oppervlaktewaterdecreet uitgevoerd door officieren van gerechtelijke politie, het vermoeden van regelmatigheid slechts is verbonden aan het optreden van de controleambtenaren en aan dat

van andere personen in aanwezigheid en volgens de onderrichtingen van de controleambtenaren, voor zover de voorgeschreven procedure is gevolgd.

VI. Het nemen van monsters: procedure

15. De procedure van monsterneming verschilt naar gelang van het type van toezichtsregeling. De monsterneming die behoort tot het eerste wetgevingsmodel, bestaat uit een dubbele staalneming, waarbij de stalen binnen de bepaalde termijn worden verstuurd naar een laboratorium belast met de officiële analyse. De mogelijkheid tot tegenanalyse in een daartoe erkend laboratorium wordt geboden en is verbonden met de monsterneming zelf. Deze tegenanalyse moet binnen een bepaalde termijn na de monsterneming worden uitgevoerd. In deze regelingen wordt meer aandacht besteed aan de vereisten die een verantwoorde wetenschappelijke analyse in een laboratorium mogelijk moeten maken. De monsterneming in de afvalstoffenwetgeving (het tweede model) vereist daarentegen een drievoudige staalneming. De contra-analyse is hier gekoppeld aan de vaststelling van een overtreding door de controleambtenaar op basis van het analyseverslag. Enkel bij betwisting van het analyseverslag door de houder van de afval mag op zijn kosten een tegenonderzoek door een erkend laboratorium van het aan hem overhandigd exemplaar van het monster worden verricht.

Het twee- of driedelig karakter van de monsterneming wijst heel duidelijk op het onderscheid van de toezichtsmodellen. De driedelige monsterneming sluit beter aan bij een strafrechtelijke afhandeling. Ondanks de mogelijkheid tot een tegenanalyse teneinde het analyseverslag te kunnen betwisten voorziet deze wetgeving impliciet in een mogelijk «onafhankelijk» analyseonderzoek in opdracht van de gerechtelijke diensten, terwijl het eerste toezichtsmodel de discussie omtrent de geldigheid en accuraatheid van monsterneminghandelingen volledig in handen legt van de in het geding betrokken partijen.

De beschrijving van de technische procedure van de monsterneming volgens de verschillende milieuwetten zou ons in het kader van dit artikel te ver leiden.

VII. Proces-verbaal of verslag van monsterneming

16. Alle verrichtingen die bij de monsterneming plaatshebben, moeten in het proces-verbaal of verslag van monsterneming worden vermeld. In het proces-verbaal of verslag van monsterneming wordt de uitvoering van de monsterneming vastgesteld. De opstelling van een proces-verbaal of verslag van monsterneming maakt integraal deel uit van de monsternemingsprocedure. Wanneer dit niet geschiedt, gaat het vermoeden van regelmatigheid van de procedure verloren. Immers, het proces-verbaal of verslag van monsterneming heeft niet alleen tot doel de uitvoering van de monsterneming te bevestigen maar ook de regelmatigheid van de monsterneming vast te stellen. Dikwijls moet het proces-verbaal of verslag van monsterneming worden opgemaakt in de vorm van een door een uitvoeringsbesluit bepaald model. De tweeledige procedure (inzake oppervlakte- en grondwater) waar de mogelijkheid tot tegenanalyse verbonden is aan de monsterneming zelf, vereist de toezending binnen een bepaalde termijn van het proces-verbaal of verslag van mon-

⁵³ Zie de artikelen 66 en 69 decreet van 7 oktober 1985 inzake de bescherming van het oppervlaktewater tegen vervuiling (Waals Gewest), *B.S.*, 7 oktober 1985.

⁵⁴ Cf. D'HAENENS, J., «Het formeel fiscaal strafrecht na de hervormingen van 1980 en 1986», in *Actuele problemen van strafrecht*, Interuniversitaire reeks criminologie en strafwetenschappen, red. DE NAUW, A., D'HAENENS, J., STORME, M., Antwerpen, Kluwer, 1988, 166; zie ook Cass., 27 maart 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 1033; Luik, 15 januari 1987, *Rev.Liège*, 1987, 416, noot CLOSE, Controleambtenaren zouden ook als deskundigen kunnen optreden: cf. Cass., 18 februari 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, 844.

sterneming aan de vergunninghouder of aan de vermoedelijke overtreder.

VIII. Analyse in een erkend laboratorium en analyseverslag

17. De analyse van het monster dient te geschieden in een erkend laboratorium of in een laboratorium belast met de officiële analyse⁵⁵. Wanneer dit niet geschiedt, kan het monster nog steeds als bewijsmiddel worden aangewend, aangezien de procedure van monsterneming geen bijzonder bewijsmiddel is in die zin dat het bewijsmiddel in rechte alleen toelaatbaar is om het milieumisdrijf te bewijzen, met uitsluiting van elk ander bewijsmiddel. Maar in voorkomend geval zal het regelmatigheidsvermoeden verdwijnen.

Bij gebrek aan rechtspraak hieromtrent in het milieurecht kan uit de rechtspraak inzake de bloedproef worden geleerd dat, wanneer de analyseopdracht niet binnen de reglementaire of door de ambtenaar bepaalde termijn is afgesloten, de rechter nog de uitslagen van deze analyse in aanmerking kan nemen bij zijn beoordeling, op voorwaarde dat niets deze resultaten in twijfel kan trekken en indien het recht van verdediging werden gevrijwaard⁵⁶. M.a.w. het vermoeden van regelmatigheid valt in deze gevallen weg.

Uit de rechtspraak inzake de berekening van het alcoholgehalte in het bloed kan worden afgeleid dat, behoudens wanneer de analysemethode verplicht is opgelegd door de wetgever, de rechter dient te oordelen over de representativiteit en de wetenschappelijke nauwkeurigheid van de verrichte analyses en de bewijswaarde van het resultaat ervan⁵⁷. In het andere geval dient de rechter zijn onderzoek te beperken tot de vraag of de analyse is uitgevoerd in een erkend laboratorium en of de analyse conform de voorgeschreven analysemethode is verricht. M.a.w. hij kan niet meer oordelen over de regelmatigheid van de aangewende analysemethode⁵⁸.

Wanneer de monsterneming een bijzonder bewijsmiddel is, kan de rechter niet meer oordelen over de bewijswaarde van het verkregen resultaat. De richtlijnen⁵⁹ inzake de ana-

lysemethodes bepaald door de erkennende overheid die de erkende laboratoria dienen te volgen, kunnen niet worden beschouwd als eigenlijke rechtsregelen⁶⁰, die de rechter binden bij zijn beoordeling van de aangewende analysemethoden. Uit de enkele erkenning van een laboratorium kan niet worden afgeleid dat de analysemethoden per definitie regelmatig zijn. Wij menen dat de erkenning zich dienaangaande niet verder uitstrekt dan de bevestiging van de mogelijkheid van het laboratorium om een analyse met de nodige wetenschappelijke garanties uit te voeren.

Ter gelegenheid van de analyse wordt een analyseverslag door het erkend laboratorium opgesteld. Van dit analyseverslag worden afschriften overgezonden aan de ambtenaar die de analyse heeft aangevraagd of aan de administratie waaronder hij ressorteert.

IX. Vaststelling overtreding

18. Indien uit het analyseverslag een overtreding blijkt, wordt hiervan proces-verbaal opgemaakt. In de gevallen waarin aan de processen-verbaal van controleambtenaren bijzondere bewijswaarde wordt toegekend, geldt het proces-verbaal van vaststelling van overtreding dat bij gelegenheid van de studie van het analyseverslag wordt opgesteld, tot bewijs van het tegendeel. De bijzondere wettelijke bewijswaarde strekt zich echter alleen uit tot de materialiteit van de vaststellingen⁶¹. Zo zal, wanneer het is opgenomen in een proces-verbaal, het feit van de ontvangst van het analyseverslag en het feit dat de controleambtenaar op basis van dat analyseverslag is overgegaan tot de vaststelling van een overtreding (die uit het analyseverslag blijkt) als waar moeten worden beschouwd zolang het tegendeel niet is bewezen. Maar de bijzondere wettelijke bewijswaarde strekt zich niet uit tot de waarachtigheid en geldigheid van hetzij de analysemethoden, hetzij het analyseverslag, hetzij de eventuele deducties, vrucht van de intellectuele arbeid van de controleambtenaar, die tot de vaststelling van overtredingen hebben geleid. De rechter beoordeelt vrij de bewijswaarde van al deze elementen, zonder echter de bewijskracht hiervan te mogen miskennen.

In de afvalstoffenwetgeving moet het proces-verbaal van overtreding samen met het derde exemplaar van het monster en het analyseverslag worden overgezonden aan de griffie van de bevoegde rechtbank⁶² of aan de procureur des Konings⁶³. Het derde exemplaar kan het voorwerp uitmaken van een (gerechtelijk) deskundigenonderzoek. In de wetten waaromtrent hier niets wordt bepaald, moet de controleambtenaar in elk geval aangifte doen overeenkomstig artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering.

het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van de afvalstoffen, B.S., 25 januari 1983.

⁶⁰ Zie MAST, A., ALLEN, A., DUJARDIN, J., o.c., 39, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁶¹ HOLSTERS, D., l.c., R.W., 1980-81, 1382.

⁶² Artikel 31 van het K.B. van 9 februari 1976 houdende Algemeen Reglement op de giftige afval, B.S., 14 februari 1976.

⁶³ Artikel 4 van het B.VI.Ex. van 12 augustus 1982 houdende bepaling en wijze waarop en de voorwaarden waaronder monsters worden genomen ter uitvoering van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen en de uitvoeringsbesluiten ervan, B.S., 10 september 1982, err., B.S., 10 februari 1983.

⁵⁵ In de waterwetgeving is een laboratorium erkend voor de uitvoering van de officiële analyse of voor de uitvoering van de tegenanalyse.

⁵⁶ Cf. Corr. Bergen, 8 november 1979, *De Verz.*, 1980, 515.

⁵⁷ Cf. Cass., 24 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1227, *Arr. Cass.*, 1968, 1301; Cass., 4 april 1979, *Pas.*, 1976, I, 922; Brussel, 10 april 1968, *J.T.*, 1968, 385; Corr. Brussel, 17 juni 1960, *R.D.P.*, 1960-61, 179; Corr. Namen, 10 januari 1969, *J.T.*, 1969, 223; Corr. Gent, 18 januari 1972, *R.W.*, 1971-72, 1368; Corr. Leuven, 16 november 1972, *R.W.*, 1973-74, 1106; Pol.Bree, 17 april 1968, *T.Vred.*, 1968, 341.

⁵⁸ Cf. Brussel, 10 april 1968, *J.T.*, 1968, 385; in casu betrof het een zaak van alcoholintoxicatie; hierbij overwoog het Hof: «il est sans intérêt de vérifier si la circonstance que la méthode de dosage de l'alcool a été prévue par arrêté royal a bien le même effet de droit que si cette méthode avait été prévue par une loi, cas où il serait certain que le juge serait sans pouvoir pour apprécier la valeur probatoire de cette méthode». In die zin zou de bloedproef als een bijzonder bewijsmiddel moeten worden beschouwd. Wij menen eerder dat de rechter in het geval dat de methode is bepaald, niet meer de regelmatigheid van de bepaalde methode in twijfel kan trekken.

⁵⁹ Zie artikel 7, 4°, van het B.VI.Ex. van 30 juli 1982 houdende nadere regels inzake de erkenning van laboratoria ter uitvoering van

X. Afschrift proces-verbaal van overtreding

19. Milieuwetgeving vereist dat een afschrift van het proces-verbaal aan de overtreder ter kennis wordt gebracht of wordt betekend. De termijn waarbinnen het afschrift ter kennis moet worden gebracht of worden betekend aan de overtreder, neemt een aanvang de dag dat de controlerende ambtenaar het misdrijf uit het analyseverslag distilleert en niet op het ogenblik van de monsterneming. De tardieve toezending van het proces-verbaal van vaststelling van overtreding tast de bewijswaarde van het analyseverslag niet aan. Daarentegen zal de vaststelling van overtreding door de controleambtenaar op basis van het analyseverslag als onwettig moeten worden beschouwd wanneer de toezending van het proces-verbaal van vaststelling op straffe van nietigheid is voorgeschreven⁶⁴. De vraag rijst of deze sanctie niet overdreven is.

In tegenstelling tot de wetgeving inzake de bescherming van het oppervlaktewater en het grondwater vereist de afvalstoffenwetgeving alleen dat het proces-verbaal van overtreding aan de overtreder ter kennis wordt gebracht of hem wordt betekend. De formulering van de desbetreffende artikelen, waarin uitdrukkelijk de term «overtreder» wordt vermeld, staat niet toe anders te besluiten. Bijgevolg is het niet het proces-verbaal van monsterneming dat ter kennis moet worden gebracht, maar wel het proces-verbaal dat is opgesteld naar aanleiding van het analyseverslag dat op het bestaan van een misdrijf wijst. De stelling dat ook het proces-verbaal van monsterneming moet worden betekend of ter kennis gebracht van de vermoedelijke overtreder, ter vrijwaring van zijn recht van verdediging, kan moeilijk worden gevolgd aangezien de monsterneming (in beginsel) in zijn aanwezigheid wordt uitgevoerd.

XI. Betwisting van het analyseverslag

20. Ter vrijwaring van het recht van verdediging wordt ter zake van de monsterneming steeds de mogelijkheid gegeven aan de overtreder een tegenanalyse te laten verrichten in een daartoe erkend laboratorium. Daar de monsterneming geen bijzonder bewijsmiddel is (in die zin dat het bewijsmiddel alleen, met uitsluiting van alle andere, een misdrijf kan aantonen) kan de rechter nochtans met de resultaten van het tegenonderzoek dat in wetenschappelijke verantwoorde omstandigheden en volgens representatieve analysemethoden is verricht in een niet-erkend laboratorium, rekening houden. Het is immers niet omdat een analyse het regelmatigheidsvermoeden geniet doordat ze is uitgevoerd overeenkomstig de reglementair bepaalde analysemethode, dat de andere analyse in andere omstandigheden of volgens een andere methode uitgevoerd niet regelmatig zou kunnen zijn.

De feitenrechter beoordeelt op onaantastbare wijze, zonder de voorkeur te geven aan de ene of de andere analyse, de resultaten van beide analyses, waarbij hij dan rekening houdt met de omstandigheden waarin ze zijn verricht en met de betwistingen die de verschillende analyseresultaten tot gevolg hebben⁶⁵. Dit heeft tot gevolg dat de bewijswaarde van een analyse in beginsel niet afhangt van een op een iden-

tiek monster verrichte tegenanalyse. Zelfs wanneer er geen tweede analyse is geschied of deze inherent onregelmatig is, kan de rechter (in beginsel) zijn oordeel vormen door te steunen op de ene regelmatige analyse⁶⁶.

Hoewel de rechter ook met een analyseresultaat rekening kan houden dat tot stand is gekomen met miskennen van de voorgeschreven procedure, maar die regelmatig is (omdat er zekerheid omtrent de bewijsrelevantie bestaat en het recht van verdediging niet is geschonden), moet evenwel worden aangeraden de tegenanalyse te laten verrichten in een erkend laboratorium. In voorkomend geval is aan de tegenanalyse het vermoeden van regelmatigheid gekoppeld en zal de rechter in de praktijk waarschijnlijk geneigd zijn een grotere feitelijke bewijswaarde toe te kennen aan het analyseresultaat dat het gevolg is van een analyse die conform de wetgeving is geschied en in een erkend laboratorium is verricht.

21. Hierbij moet ook worden gewezen op de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de tegenanalyse betreffende de bloedproef⁶⁷. In een zaak waarover het Hof uitspraak deed op 9 september 1963, had de beklaagde, die zelf geen tegenanalyse had laten uitvoeren, een motiveringsgebrek aangevoerd daar de rechter ten gronde niet was ingegaan op zijn bewering dat hij leed aan bepaalde kwalen die tot gevolg hebben de bepaling van het alcoholgehalte in het bloed te vervalsen, terwijl de rechter er zich toe had beperkt te vermelden dat de bloedanalyse die door de wetgever minutieus geregeld is, volkomen wettelijk was verlopen en dat het resultaat niet vertekend kan worden door het bestaan van een kwaal waarvan de beklaagde beweerd onderhevig te zijn. Het Hof stemde met de stelling van de feitenrechter in op grond van de overweging: «... comme il résulte de l'exposé des motifs du projet de cette loi déposé devant la Chambre, d'organiser les modalités des analyses du prélèvement sanguin, de manière telle que celles-ci soient entourées du maximum de garanties scientifiques et qu'il puisse être accordé un juste crédit à leurs résultats; qu'à cette fin de législateur a voulu imposé de s'adresser exclusivement à des laboratoires spécialisés et régulièrement agréés», en dat «le jugement attaqué a pu légalement décider que cette analyse était probante et qu'il n'y avait, dès lors, pas lieu de s'arrêter à l'allégation du demandeur faisant état de certaines affections, d'ailleurs hypothétiques, dont il pourrait être atteint». Het blijft een open vraag of men zoals sommige auteurs⁶⁸ hieruit kan afleiden dat de tegenanalyse inzake de bloedproef noodzakelijk moet geschieden binnen de termijn en met naleving van de vormen en voorwaarden bepaald door de artikelen 9 en 10 van het K.B. van 10 juni 1959, terwijl het Hof hier enkel uitspraak heeft gedaan over de bewijswaarde van een in een erkend laboratorium op verzoek van de gerechtelijke overheden verrichte analyse.

22. Het besproken arrest van 1963 heeft blijkbaar als basis gediend voor de uitspraak van het Hof van 15 april 1981 ter zake van het rechtskarakter van artikel 7, derde lid, van het K.B. van 10 juni 1959, dat de deskundige belast met de

⁶⁶ Zie Cass., 9 september 1963, *Pas.*, 1964, I, 29.

⁶⁷ Cass., 9 september 1963, *Pas.*, 1964, I, 29, zie ook Cass., 15 maart 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 679.

⁶⁸ LURQUIN, P., o.c., 192; HUTSEBAUT, F., «Ademtest en bloedproef in verkeerszaken», *Strafrecht Strafvordering*, losbl., 16, nr. 28.

⁶⁴ Zie HOLSTERS, D., l.c., 1374.

⁶⁵ Cf. Cass., 7 december 1964, *Pas.*, 1965, I, 349.

ontleding van het bloedstaal oplegt binnen zeven dagen na de vordering van de rechterlijke overheid tot ontleding zijn verslag te doen geworden aan deze overheid. Het Hof beslist dienaangaande «dat uit de opzet van artikel 7, derde lid, van het K.B. van 10 juni 1959 blijkt dat de termijn van zeven dagen niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven en dat, voor zover de verdediging niet in haar recht wordt geschaad, de niet-naleving van die termijn de bewijswaarde van de bloedanalyse niet kan ontkrachten; dat daarentegen, bij de vaststelling van de termijn van vijftien dagen die door artikel 9, derde lid, van genoemd besluit wordt voorgeschreven om een tweede analyse te doen uitvoeren, rekening werd gehouden met de tijd gedurende welke het staal kan worden bewaard in het laboratorium waaraan de deskundige verbonden is, en dat die termijn tot doel heeft het teloorgaan van het bewijsmateriaal te voorkomen en de tweede analyse te omringen met wetenschappelijke waarborgen die de betrouwbaarheid van de uitslagen kunnen verzekeren». Dit zou dus betekenen dat de loutere overschrijding van de termijn van vijftien dagen te rekenen van de dag der kennisgeving door de ambtenaar van het O.M. of door de onderzoeksrechter, waarbinnen de persoon van wie het bloed is afgenomen, een tegenanalyse kan laten verrichten (art. 9, derde lid, K.B. 10 juni 1959) tot gevolg heeft dat aan de tweede analyse geen bewijswaarde meer kan worden toegekend. Ter ondersteuning van deze stelling voert het Hof redenen van wetenschappelijk betrouwbaarheid aan. Deze redenen kunnen evenwel niet volledig overtuigen. Het alcohol in het bloed verdampt door verloop van tijd. Het is daarom aangeraden dat de analyses zo vlug mogelijk na de bloedafname gebeuren. Evenwel beschikt het O.M. of de onderzoeksrechter over een termijn van uiterlijk dertig dagen na het verstrijken van de termijn van zeven dagen, waarover de deskundige beschikt om zijn verslag over te maken, om de persoon van wie het bloed is afgenomen, in kennis te stellen van het resultaat en van de mogelijkheid tot tegenanalyse die, wanneer hij meent ze te moeten laten verrichten, binnen vijftien dagen moet geschieden. Deze rechtspraak zou tot gevolg hebben dat een tegenanalyse verricht de zestiende dag na de kennisgeving die heeft plaatsgevonden de eerste dag van de periode van dertig dagen waarover dat de ambtenaar van het O.M. of de onderzoeksrechter beschikt om het positief analyseresultaat ter kennis te brengen van de persoon wiens bloed is afgenomen, geen enkele bewijswaarde kan worden toegekend, omdat moet worden verondersteld dat deze analyse niet meer de noodzakelijke wetenschappelijke waarborgen vertoont die de betrouwbaarheid van de uitslag kan verzekeren, terwijl het evengoed mogelijk zou zijn dat het analyseresultaat van de eerste analyse te laat door de deskundige werd overgezonden (zonder evenwel het recht van verdediging te schenden) en door de niet zo snelle ambtenaar van het O.M. of door de onderzoeksrechter nog niet zou zijn meegedeeld aan de betrokken persoon en de tegenanalyse uitgevoerd binnen de termijn van vijftien dagen wel bewijswaarde zou hebben, hoewel ze misschien later is uitgevoerd dan in het eerste geval.

23. Deze rechtspraak volgen zou bovendien betekenen dat de bloedproef een bijzonder bewijsmiddel is. In het licht van de recente uitspraak van het Hof van Cassatie waarin werd beslist dat, al is het de bedoeling geweest van de wetgever dat bloedproef en bloedanalyse zo wetenschappelijk mogelijk geschieden, de rechter toch vermag zijn overtuiging

te gronden op andere bewijselementen⁶⁹, lijkt het ons dat deze zienswijze moeilijk kan worden volgehouden. Het past ook erop te wijzen dat in tegenstelling tot de bloedproef en -analyse de monsterneming in het milieurecht bijlange niet zo minutieus geregeld is, zodat een analogische toepassing van principes die gelden voor de bloedproef en -analyse, op de monsterneming in het milieurecht tot een ongenueanceerd besluit kan leiden.

24. Uit dit alles volgt dat de rechter ter zake van de monsterneming in het milieurecht zijn oordeel kan gronden op een regelmatig analyseresultaat dat niet-conform de wetgeving tot stand is gekomen en het resultaat van de officiële (wetsconforme) analyse doet betwijfelen. Anders beslissen zou immers tot gevolg hebben dat de voordelen van de vrije bewijsvoering enkel voorbehouden zijn aan de vervolgende partij.

Tot slot

25. In de doctrine wordt weinig aandacht besteed aan de problematiek van de monsterneming. Paul Lurquin vermeldt in zijn zeer omvangrijke studie over de expertise: «En droit pénal il existe un grand nombre de dispositions législatives et réglementaires organisant l'expertise elle-même et plus précisément la prise des échantillons, et leur mode d'analyse par des laboratoires agréés. Il est absolument impossible d'en faire un relevé complet (...) En vérité, il n'y a ici que peu de jugements et pas de jurisprudence»⁷⁰.

In de praktijk wordt men echter meer en meer geconfronteerd met het onoverzichtelijk geheel van bepalingen inzake de monsterneming. Dit geeft aanleiding tot vele vragen omtrent het bewijskarakter van de monsterneming en tot verschillende standpunten en dikwijls weinig onderbouwde theorieën hieromtrent die alle wijzen in de richting van een bijzonder bewijsmiddel. De procedures van monsterneming in ons milieurecht voeren echter geenszins een bijzonder bewijsmiddel in. Het milieumisdrijf kan worden bewezen met alle regelmatige bewijsmiddelen. Daaruit volgt dat de monsterneming als administratieve procedure tot bewijsgaring moet worden gezien in het licht van de bewijsregeling in strafzaken⁷¹. Zo kan worden vermeden dat het controle- en opsporingsbeleid zich enkel rond de monsterneming gaat concentreren. Het bewijs van milieumisdrijven kan zonder monsterneming worden verkregen. Bovendien is het bewijs dat is verkregen door een monsterneming en analysehandelingen die niet conform de voorgeschreven procedure zijn geschied, niet automatisch uitgesloten en kan het worden aangevuld met andere regelmatige bewijsmiddelen. Aan het resultaat van de monsternemingprocedure wordt ook geen bijzondere bewijswaarde gekoppeld. Het lijkt ook niet wenselijk om een dergelijk bijzonder bewijsmiddel in te voeren. Terecht kan worden aangesloten bij de zienswijze terzake van prof. Declercq, die in zijn studie over *La preuve en ma-*

⁶⁹ Cass., 1 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 745; zie ook LURQUIN, P., o.c., 161; PANIER, G., noot bij Pol. Antwerpen, 26 februari 1986, *T.Vred.*, 1986, 127; contra HUYBRECHTS, L., «Betreffende alcoholintoxicatie», noot bij Pol. Antwerpen, 26 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 1965.

⁷⁰ LURQUIN, P., o.c., 192.

⁷¹ Zie ook MORRENS, P., Enkele actuele knelpunten in het leefmilieustrafrecht, *R.W.*, 1987-88, 1284.

tière pénale vermeldt: «Il est, en effet, malsain qu'un juge soit forcé de condamner, contra sa conviction, uniquement parce qu'un policier affirme une chose que le juge n'est pas autorisé à contredire ou à mettre en doute. La robotisation du juge est la négation de la fonction judiciaire»⁷². Men moet ook voor ogen houden dat de monsterneming een uiterst technische materie is. Een bijzondere bewijswaarde aan het resultaat ervan toekennen zou in vele gevallen erop neerkomen dat men de deskundige (erkende laboratoria) tot rechter maakt. Dienaangaande kan Lurquin worden gevolgd wanneer hij het niet wenselijk acht dat alleen de uitslag van een expertise een veroordeling zou schragen... «car, il faut toujours avoir à l'esprit que nombre d'erreurs judiciaires furent des erreurs d'expert»⁷³.

26. Hoewel de procedure van monsterneming geen bijzonder bewijsmiddel tot gevolg heeft is de juridische regeling ervan niet overbodig. Uit deze studie blijkt dat het belangrijkste gevolg van de monsternemingsprocedure ligt op het vlak van de regelmatigheid van het aangevoerde bewijs. Het mag duidelijk zijn dat het vermoeden van regelmatigheid in een voor juristen uiterst technische materie een aan-

zienlijke vereenvoudiging van de bewijsvoering inhoudt. Er moet hierbij echter worden gewezen op het vacuüm zie p. 31* omtrent de accuraatheid van de gevolgde methode. Hoewel de analysemethoden in de milieusector in alle gevallen niet zo eenvoudig te bepalen zijn, moet worden aangeraden ze zoveel mogelijk normatief vast te leggen. Het regelmatigheidsvermoeden is immers enkel gebonden aan hetzij bij wet, hetzij bij uitvoeringsbesluit bepaalde methodes. Mochten deze door de regelgever bepaalde analysemethoden achterhaald zijn door de stand der wetenschap, dan sluit niets uit dat de rechter bij zijn beoordeling van de bewijswaarde van de voorgedragen analyseresultaten rekening houdt met het door een partij voorgedragen resultaat dat volgens een accuratere (modernere) methode is verkregen. Het regelmatig analyseresultaat verkregen met behulp van door de wetgever bepaalde methodes doet geen afbreuk aan de regel van de innerlijke overtuiging van de rechter. «Le juge a le devoir de se faire une conviction personnelle, même s'il consulte des experts»⁷⁴.

Bart BRONDERS

Wetenschappelijk Medewerker V.U.B.

⁷² DECLERCQ, R., o.c., 73.

⁷³ LURQUIN, P., o.c., 7; zie ook FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A., o.c., 798.

⁷⁴ FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A., o.c., 798.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Caenepeel

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. De Gryse en Claeys Bouuaert

Onteigening – Spoedprocedure – Vordering tot herziening – Middel – Onregelmatigheid van de onteigening

De onteigende kan zijn vordering tot herziening laten steunen op gronden die hij met betrekking tot de onregelmatigheid van de procedure niet heeft aangevoerd voor de vrederechter.

Van W. en S. t/ Stad Izegem

Conclusie van de advocaat-generaal J. du Jardin

Eisers werden onteigend met toepassing van de spoedprocedure uit de wet van 26 juli 1962.

Eerst tijdens de procedure tot herziening, die door de onteigenaar werd ingesteld, hebben de eisers de onregelmatigheid van de onteigening aangevoerd.

De rechtbank van eerste aanleg, uitspraak doende op de vordering tot herziening, besliste dat de onteigening wettig was verlopen. De appelrechters oordeelden echter dat eisers

de onregelmatigheid van de onteigening laattijdig als exceptie hadden ingeroepen. Zij lieten hun beslissing steunen op art. 7, tweede lid, van de wet van 1962, dat betrekking heeft op de eerste verschijning van de partijen voor de vrederechter tot plaatsopneming en bepaling van de provisionele vergoeding. Dat tweede lid van art. 7 bepaalt o.m. dat «de aanwezige verweerders (d.i. de onteigenden) op straffe van verval gehouden (zijn) alle excepties die zij menen te kunnen opwerpen, ineens voor te brengen. De vrederechter beschikt, ten laatste 48 uren na de verschijning, bij één enkel vonnis over het geheel».

In art. 16 van dezelfde wet, dat betrekking heeft op de procedure tot herziening voor de rechtbank van eerste aanleg, leest men evenwel dat «de vordering tot herziening ook gegrond (kan) zijn op de onregelmatigheid van de onteigening».

In de stelling van de appelrechters moet uit de onderlinge samenhang van de artikelen 7 en 16 worden afgeleid dat de onteigenden de onregelmatigheid van de onteigening reeds voor de vrederechter moesten opwerpen, anders zou de in art. 7, tweede lid, gestelde sanctie van «verval» geen reden van bestaan hebben en zelfs dode letter zijn.

Tegen die beslissing van de appelrechters voeren eisers één middel aan, dat twee onderdelen bevat (...)

Het tweede onderdeel is afgeleid uit schending van de artt. 7 en 16 van de wet van 26 juli 1962 in hun onderlinge samenhang: art. 7 verplicht de partij die onteigend wordt

«op straffe van verval» alle excepties ineens op te werpen voor de vrederechter tijdens de eerste fase van de onteigeningsprocedure, d.i. vóór de vrederechter de provisionele vergoeding bepaalt.

Volgens het betoog van eisers, doet de regel van art. 7 geen afbreuk aan de regel van art. 16; de rechtbank van eerste aanleg, d.i. de rechter van de herzieningsprocedure, is aldus bevoegd om «het hele proces over te doen»¹, met inbegrip van de beoordeling van onregelmatigheden in de onteigeningsprocedure, die door de onteigende voor de vrederechter niet werden ingeroepen.

Tot staving van die stelling, kunnen drie argumenten aangevoerd worden: (A) een tekstargument, (B) een argument uit de economie van de wet en (C) een argument uit de wil van de wetgever, zoals die uit de parlementaire voorbereiding kan blijken.

A. Als tekstargument kan gesteld worden dat art. 7 uitsluitend betrekking heeft op de procedure voor de vrederechter, terwijl de herzieningsprocedure van art. 16 «een op zichzelf staande procedure» uitmaakt². Daarbij bepaalt art. 16 uitdrukkelijk dat de vordering tot herziening ook op de onregelmatigheid van de onteigening gegrond kan zijn. Die tekst houdt geen beperking in m.b.t. de excepties of middelen die partijen voor de rechtbank van eerste aanleg zouden inroepen.

B. De economie van de wet van 26 juli 1962 leidt eveneens tot de vaststelling dat de procedures voor de vrederechter, enerzijds, en voor de rechtbank van eerste aanleg, anderzijds, essentiële verschillen vertonen die onverenigbaar zijn met een onderlinge afhankelijkheid van de ene procedure t.a.v. de andere.

De spoedprocedure van de wet van 1962 verloopt als volgt:

Bij gebreke van overeenstemming tussen de onteigenaar en de onteigende verschijnen de partijen op verzoek van de onteigenaar voor de vrederechter (art. 3); deze laatste beschikt bij één enkel vonnis over het geheel van de gestelde problemen nadat de aanwezige verweerders, d.i. de onteigende eigenaars, op straffe van verval, alle excepties ineens hebben voorgebracht (art. 7). Uit de context van art. 7 blijkt dat die excepties niet alleen op de vaststelling van de onteigeningsvergoeding betrekking kunnen hebben maar ook op het vervullen van de door de wet voorgeschreven formaliteiten.

De vrederechter kan twee beslissingen nemen:

a. Hij kan de vordering van de onteigenaar afwijzen, zodat er geen aanleiding is om de onteigeningsprocedure voort te zetten. Die beschikking is vatbaar voor hoger beroep, maar enkel vanwege de onteigenaar (art. 7, derde lid)³.

b. Indien de vrederechter het verzoek van de onteigenaar inwilligt, houdt zijn beslissing, die de provisionele vergoeding bepaalt, tevens een regelmatigheidscontrole in (art. 7, eerste en tweede lid). Noch voor de onteigenaar, noch voor de onteigende staat tegen die beslissing hoger beroep of beroep in cassatie open⁴, noch tegen de vaststelling van het

bedrag van de vergoeding, noch tegen de beslissing nopens de regelmatigheid van de procedure en de wettigheid van de onteigening⁵.

Het bedrag van de provisionele vergoeding die door de vrederechter wordt vastgesteld, wordt in de Deposito- en Consignatiekas gestort (art. 9).

Bij het later indienen van het verslag van de door de vrederechter aangestelde deskundige, worden de partijen opnieuw opgeroepen: de vrederechter kan dan het bedrag van de voorlopige vergoeding bepalen (art. 14).

Dit vonnis is evenmin vatbaar voor beroep (d.i. geen hoger beroep en geen cassatieberoep).

De voorlopige vergoeding wordt onherroepelijk, behoudens het instellen van de herzieningsprocedure voor de rechtbank van eerste aanleg, «een op zichzelf staande procedure» die krachtens art. 16, tweede lid, van de wet van 26 juli 1962 aan de regels van het gemeene recht, d.i. van het Gerechtelijk Wetboek, is onderworpen⁶.

Tegen de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg staan dus de gewone rechtsmiddelen open⁷.

De procedure tot herziening betreft niet alleen de schatting van de onteigeningsvergoeding, maar kan ook gegrond zijn op de onregelmatigheid van de onteigening (art. 16, tweede lid).

Samenvattend kan aldus uit de economie van de wet worden afgeleid dat de wetgever in een eerste fase, om redenen van algemeen nut en gelet op bepaalde «hoogdringende omstandigheden», een expeditieve en summiere procedure heeft ingevoerd, die leidt tot een eerste en «ruwe» schatting, van een «provisionele» vergoeding.

De wetgever voorziet evenwel, ditmaal om het recht van de onteigende tot een billijke en volledige schadeloosstelling te vrijwaren, in een procedure tot herziening tijdens welke de onteigende al zijn verweermiddelen kan doen gelden, m.n. ook de middelen en excepties die noch de partijen, noch de vrederechter zelf, in de haast die de eerste fase van de procedure kenmerkt, hebben aangevoerd. Er zou aldus geen tegenstrijdigheid, geen onverenigbaarheid bestaan tussen de bepalingen van de artt. 7 en 16 van de wet van 26 juli 1962.

Te dezen hebben de appelrechters geoordeeld dat, niet-tegenstaande de tekst van art. 16, tweede lid, de onteigenden laattijdig de exceptie van onregelmatigheid hebben aangevoerd, nu zij krachtens art. 7, tweede lid, op straffe van verval gehouden waren alle excepties ineens voor de vrederechter voor te brengen.

Gelet op die stelling rijst dan de vraag naar de draagwijdte van art. 16, tweede lid, volgens hetwelk «de vordering tot herziening ook gegrond kan zijn op de onregelmatigheid van de onteigening».

Betekent die wettekst dat de onteigende voor de rechtbank van eerste aanleg slechts die onregelmatigheid mag aanvoeren die hij voor de vrederechter al «in limine litis» heeft opgeworpen en waarover de vrederechter dan ook reeds uitspraak heeft gedaan?

¹ Cass., 22 jan. 1982, *A.C.*, 1981-82, nr. 310.

² Cass., 3 feb. 1989, *A.C.*, 1988-89, nr. 327.

³ Cass., 15 juni 1973, *A.C.*, 1973, 1007; Cass., 20 juni 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 637.

⁴ Cass., 15 juni 1973, *A.C.*, 1973, 1004.

⁵ Cass., 20 juni 1985 reeds geciteerd; 3 maart 1989, *A.C.*, 1988-89, nr. 377.

⁶ Cass., 3 febr. 1989, nr. 327, reeds geciteerd.

⁷ Cass., 23 juni 1986, *A.C.*, 1985-86, nr. 667.

Dat is de stelling van het Hof in een arrest van 29 januari 1990⁸: «Wanneer een vordering tot herziening op grond van de onregelmatigheid van de onteigening wordt ingesteld, overeenkomstig art. 16, kan de onteigende geen excepties opwerpen die hij nog niet ineens had voorgedragen voor het vonnis bedoeld in art. 7, tweede lid.»

Is het mijnerzijds niet stoutmoedig, zelfs verwaand, aan het Hof te vragen op die stelling terug te komen? De zopas aangevoerde argumenten, afgeleid uit een letterlijke opvatting van art. 7 of uit de economie van de wet, zijn wellicht nog niet afdoend, als men meteen aanneemt dat de tekst van art. 7 formeel is en geen enkele interpretatie toelaat.

«Interpretatio cessat in claris» pleegt men te zeggen; en het voormelde arrest van het Hof maakt blijkbaar toepassing van die «letterlijke-tekstdoctrine».

Daartegenover stelt men dat de wil van de wetgever determinerend moet zijn: «Toute loi (...) doit être interprétée selon la volonté du législateur» heeft het Hof gezegd o.m. in een arrest van 16 juni 1936⁹. Ook Laurent schreef in zijn *Précis de droit civil*: «L'interprétation est une nécessité permanente.»

Een tekst die zo duidelijk is dat hij geen enkele interpretatie behoeft, bestaat eigenlijk niet; in zijn studie over «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation» schreef professor van de Kerckhove: «Il n'existe pas de texte clair dont le sens serait 'en soi' manifeste ou évident» (p. 19). «La reconnaissance du caractère clair ou obscur du texte implique toujours une interprétation au moins implicite de celui-ci» (p. 37)¹⁰.

Het is zelfs een algemeen aanvaarde stelregel dat een wettekst moet worden gelezen en slechts een betekenis, een draagwijdte mag krijgen tegen de achtergrond van het gehele rechtssysteem waarvan hij deel uitmaakt¹¹. Men gewaagt dan niet alleen van een «textuele of letterlijke interpretatie» maar ook van een «contextuele» uitlegging, een door de context bepaalde interpretatie. Chaïm Perelman schreef in zijn werk *L'interprétation juridique*: «Une règle de droit s'interprète nécessairement dans le contexte d'un système juridique»¹².

Interpreteren wordt zelfs een absolute noodzaak, wanneer de gelijktijdige lezing van wetsartikelen een vraag, of een tegenstrijdigheid doet rijzen.

En dat is te dezen het geval: de lezing van de artikelen 7 en 16 in hun onderlinge samenhang, nopen ons naar de wil van de wetgever te speuren, zoals die uit de wordingsgeschiedenis van de wet kan blijken.

Portalís, geciteerd door procureur-generaal Dumon in zijn rede over «De opdracht van de hoven en rechtbanken»,

⁸ A.C., 1989-90, nr. 330.

⁹ Cass., 16 juni 1936, *Pas.*, I, 297.

¹⁰ M. VAN DE KERCKHOVE, «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation», in *Publ. Fac. St. Louis*, 1978 – *L'interprétation en droit*, pp. 19 en 37.

¹¹ M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Kluwer 1979, nrs. 145 e.v.; F. OST en M. VAN DE KERCKHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, 134 e.v.

¹² Ch. PERELMAN, *L'interprétation juridique*, Archives de philosophie de droit, XVII (1972), 30.

heeft gezegd: «C'est au magistrat (...) pénétré de l'esprit général des lois à en diriger l'application»¹³.

Ik moge het Hof even uitnodigen tot een doorzien, tot een doorgronden van die «esprit de la loi».

De twee wetsartikelen in kwestie maken ontegenzeggelijk deel uit van een specifiek en complex rechtssysteem, dat door de wetgever is geconcipieerd om de belangen, enerzijds, van de onteigenaar, en, anderzijds, van de onteigende, in aanmerking te nemen.

Aan dat rechtssysteem dient een toepassing te worden gegeven die met de bedoelingen, met de opzet van de wetgever strookt. Die teksten moeten derhalve de interpretatie krijgen waardoor ze hun doel niet missen.

Procureur-generaal Dumon zei in zijn reeds vermelde rede: «Object en toepassingsgebied (van de wet) dienen afgeleid te worden, niet enkel uit de bewoordingen en zelfs (niet enkel) uit de context, maar ook uit de omstandigheden die tot de aanneming van de tekst geleid hebben»¹⁴. Beslissend voegde hij daaraan toe: «De tekst volstaat natuurlijk niet», om onmeedogend de leer «interpretatio cessat in claris» te bekritisieren¹⁵.

Afzien van enige interpretatie, omdat een tekst duidelijk is of blijkt te zijn, is gevaarlijk; Chaïm Perelman heeft dit op overtuigende wijze aangetoond¹⁶.

C. Het derde argument is afgeleid uit de wil van de wetgever.

De onderstelling van de wil, waaraan ik mij nu waag en waarop ik een oplossing meen te mogen gronden die afwijkt van die van het arrest van 29 januari 1990, is meer dan een gissing waarvan de juistheid enkel mogelijk of waarschijnlijk zou zijn. Zij berust op een diepgaande ontleding van de parlementaire voorbereiding die geleid heeft tot het instellen van de spoedprocedure van de wet van 26 juli 1962.

Niemand zal betwisten dat «raadpleging van de parlementaire voorbereiding – natuurlijk met de vereiste omzichtigheid (...) – onontbeerlijk is»¹⁷.

Bij de wet van 17 april 1835 «op de onteigening ten algemenen nutte» was de onteigende reeds gehouden «op straffe van verval» ineens alle excepties te doen gelden, op het ogenblik dat hij voor de rechtbank van eerste aanleg verscheen. Tegen de beslissing van de rechtbank stond hoger beroep open; geen andere bezwaren, dan die welke in de akte van beroep waren vermeld, konden ter discussie komen.

Door de wet van 10 mei 1926 werd een eerste spoedprocedure ingesteld en door de besluitwet van 3 februari 1947 in een nog meer versnelde procedure voorzien.

Die besluitwet werd ingetrokken bij art. 5 van de wet van 26 juli 1962 «betreffende de onteigening ten algemenen nutte en de concessie voor de bouw van de autosnelwegen».

Het oorspronkelijk ontwerp van deze laatste wet nam tal van regels van de besluitwet van 3 februari 1947 over. Het

¹³ F. DUMON, «De opdracht van de hoven en rechtbanken», A.C., 1975, bl. 22.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Ch. PERELMAN, *ibid.*, gecit. door F. DUMON, *op. cit.*, 25, noot 73.

¹⁷ F. DUMON, *op. cit.*, 26.

desbetreffend advies van de Raad van State is belangrijk, omdat zijn ontleding van het systeem van de besluitwet van 3 februari 1947, dat gedeeltelijk door de wet van 1962 overgenomen werd, geldig blijft en dus dienend is voor de uitlegging van het nieuwe systeem.

Het systeem van de besluitwet van 3 februari 1947 – zo adviseerde de Raad van State – bestaat erin de gewone rechtspleging te doen voorafgaan door een vereenvoudigde tussenkomst van de vrederechter, wiens beslissing, gelet op de summier instructie, moet worden beschouwd als in wezen voorlopig, dit behoudens berusting der partijen¹⁸; de onteigende vond compensatie voor het summier karakter van de procedure in het feit dat, na de beslissing van de vrederechter, hem nog de gemeenschappelijke rechtsmiddelen ter beschikking stonden.

«De bedoeling van het wetsontwerp was de nog te langzaam geachte procesgang» van de besluitwet van 1947 te bespoedigen door een «snellere inbezitting mogelijk te maken, door een provisionele vergoeding door de vrederechter te doen vaststellen nog voor enige summier instructie, d.i. op het ogenblik zelf dat partijen voor het eerst voor de vrederechter verschijnen».

De Raad van State voegde daaraan toe: «de herziening van de eindbeslissing van de vrederechter zal niet alleen kunnen gesteund worden op het onvolledig karakter van de door hem toegekende schadeloosstelling, maar eventueel ook op de al dan niet voor de vrederechter ingeroepen onwettigheid der onteigening»¹⁹.

Anders dan in de besluitwet van 1947 werd de regelmatigheidstoetsing met betrekking tot de onteigeningsprocedure aangehouden, door uitdrukkelijk de in de wet van 17 april 1835 reeds bestaande clausule in te lassen, nl. dat alle excepties voor de vrederechter ineens moesten worden voorgebracht.

Bij de behandeling van het wetsontwerp voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers kwam er uitgebreide kritiek, o.m. van volksvertegenwoordiger Van Damme die de volgende pertinente vraag stelde: «De tekst (van art. 7) voorziet dat de verweerders, of straffe van verval, gehouden zijn alle excepties ineens voor te brengen. Hoe komt deze tekst overeen met art. 16, tweede alinea, dat bepaalt dat de vordering tot herziening ook gegrond kan zijn op de onregelmatigheid van de onteigening?»²⁰. Door volksvertegenwoordiger Cooreman werd de regel, dat alle excepties op straffe van verval ineens moeten opgeworpen worden, als «een zeer strenge maatregel» en «geen gelukkige oplossing» aangemerkt²¹.

De minister wuifde de bezwaren weg met de nadruk te leggen op de noodzakelijkheid van een snelle inbezitting zonder daarom de belangen van de onteigende te verwaarlozen.

Wat meer bepaald de procedure betreft, stelde de minister dat er geen tegenstelling bestond tussen, enerzijds, het voorschrift dat er aan de kant van de onteigende geen hoger beroep mogelijk was tegen de beslissing van de vrederechter en, anderzijds, de regel dat men zich tot de rechtbank van

eerste aanleg kon wenden om een herziening te verkrijgen: «Il n'y a pas de recours, dis-je. Cela signifie qu'il n'y a pas d'appel possible du jugement fixant l'indemnité provisoire, mais ce jugement est susceptible d'une action en révision devant le tribunal civil. A ce moment-là, la procédure entière recommence. Il y a fixation de l'indemnité par le tribunal, et la possibilité d'un appel devant la Cour d'appel. C'est précisément une protection intégrale des droits de l'exproprié»²².

Hoewel dit geen rechtstreeks antwoord was op de precieze vraag die was gesteld, vermag men toch uit de tekst zelf van art. 16, uit zijn context en uit zijn commentaar af te leiden dat de wetgever, onverminderd de spoedprocedure voor de vrederechter, de belangen van de onteigende onverkort heeft willen verzekeren, maar dan enkel in het kader van een herzieningsprocedure gevoerd voor de rechtbank van eerste aanleg, volgens de regels van het gemeene recht.

Dit blijkt ook uit het reeds aangehaalde advies van de Raad van State, waarnaar de Regering zich heeft geschikt: «Wordt de hierboven voorgestelde regeling aanvaard, dan betekent dit dat de herziening van de eindbeslissing van de vrederechter niet alleen zal kunnen gesteund worden op het onvolledig karakter van de door hem toegekende schadeloosstelling, maar eventueel ook op de al dan niet voor de vrederechter ingeroepen onwettigheid der onteigening»²³.

Besluit

Samenvattend kan men stellen dat de gerechtelijke procedure, bepaald bij de wet van 26 juli 1962, in twee fasen verloopt:

1. Een vereenvoudigd optreden van de vrederechter, die in een eerste tijd een regelmatigheidstoetsing uitvoert en de provisionele vergoeding vaststelt en daarna, ingevolge de neerlegging van een deskundigenverslag dat een beredeerde schatting van de onteigende goederen bevat, het bedrag van de voorlopige vergoeding bepaalt.

Tegen geen van die beide beslissingen van de vrederechter staat enig beroep open.

Om, in die fase van de onteigeningsprocedure, de door de wetgever gewenste spoed te verzekeren, voorziet de wet in specifieke regels:

a. de onteigende verweerders dienen op straffe van verval alle excepties die zij menen te kunnen opwerpen, ineens voor te dragen, en wel ter gelegenheid van de eerste verschijning voor de vrederechter;

b. de vrederechter beslist bij één enkel vonnis over het geheel... «ten laatste 48 uren na de verschijning» van de partijen (art. 7, tweede lid).

c. zijn beslissing is niet vatbaar voor beroep, ook niet de beslissing waarbij hij de voorlopige vergoeding bepaalt.

Met die procedure voor de vrederechter bereikt de wetgever zijn doel: een snelle inbezitting door de onteigenaar en een spoedige vergoeding van de onteigende.

¹⁸ *Parl. St., Senaat*, 1960-61, nr. 13, blz. 223, 237 tot 241.

¹⁹ *Parl. St., ibid.*, blz. 241.

²⁰ *Parl. Hand., Kamer*, vergadering van 19 juli 1962, blz. 13, 1e kol.

²¹ *Ibid.*, blz. 14, 2e kol.

²² *Ibid.*, blz. 16, 1e kol.

²³ Advies van de Raad van State in *Parl. St., Senaat*, 1960-61, nr. 13, blz. 237, 241, en *Senaat*, 1961-62, nr. 308, blz. 3, het verslag namens de commissie voor de Openbare Werken.

Maar het is zonder meer duidelijk dat de vrederechter aldus een alleszins moeilijke taak heeft om zo in allerijl alle geschilpunten op te lossen. Anderzijds hoeft het geen beoogd dat ook de onteigende voor de bijzondere moeilijkheid staat zijn rechten volledig te doen gelden.

2. Om die euvels te verhelpen, die nu eenmaal aan die uitzonderlijke procedure zijn verbonden, voorziet de wet in een herzieningsprocedure die van de procedure voor de vrederechter totaal blijkt los te staan ²⁴.

Uit de context van art. 16 blijkt ook dat die herzieningsprocedure geen loutere schattingsprocedure is, maar dat ook de regelmatigheid van de onteigening daarbij nog ter sprake kan komen (art. 16, tweede lid).

Wat is nu de reden van die precisering in art. 16, tweede lid, volgens welke de vordering tot herziening ook «op de onregelmatigheid van de onteigening» kan worden gegrond?

De reeds aangehaalde voorbereidende teksten van de wet van 26 juli 1962 verschaffen wellicht geen rechtstreeks antwoord op die vraag.

In ieder geval dient rekening te worden gehouden met het in art. 7, tweede lid, vermelde verval t.a.v. de verweermiddelen die de onteigende niet in limine litis voor de vrederechter heeft opgeworpen.

Uit de lezing van art. 7, tweede lid, juncto art. 16, tweede lid, kan men geneigd zijn af te leiden dat de onteigende partij niet meer gerechtigd is voor de rechtbank van eerste aanleg op te werpen wat hij niet eerst voor de vrederechter heeft opgeworpen ²⁵.

Maar die blijkbaar logische redenering houdt m.i. geen rekening met de niet beperkte precisering van art. 16, tweede lid: «De vordering tot herziening kan ook gegrond zijn op de onregelmatigheid van de onteigening.» Uit die precisering — die in een andere uitlegging elke draagwijdte zou verliezen — volgt dat over de regelmatigheid van de onteigening alleszins gedebatteerd mag worden.

Wordt hiermee enkel een nieuw debat bedoeld, in zoverre de vrederechter daarover reeds moet hebben beslist?

Of wordt hier ook een eerste debat bedoeld, in het geval namelijk dat de onregelmatigheid in kwestie voor de vrederechter niet werd opgeworpen ²⁶?

Tegen laatstgenoemde mogelijkheid zal men opperen dat de onteigende toestaan voor de rechtbank van eerste aanleg, ter gelegenheid van de herzieningsprocedure, verweermiddelen aan te voeren, die hij voordien niet heeft aangevoerd, ditmaal het in art. 7 voorziene verval elke betekenis en draagwijdte ontnemt.

Die opwerping is m.i. niet pertinent: de opzet van de wetgever, d.i. de wijze waarop hij beoogd heeft dat de onteigening dient te geschieden, is duidelijk de inbezitstelling door het onteigend orgaan zo spoedig mogelijk te bewerkstel-

ligen, zonder nodeloze vertragsmanoeuvres vanwege de verweerders, maar ook zonder de belangen van de onteigenden te veronachtzamen ²⁷.

De spoedprocedure voor de vrederechter realiseert de eerste opzet van de wetgever. De herzieningsprocedure van art. 16 waarborgt zijn tweede opzet: aan de onteigende wordt de gelegenheid gegeven om, buiten de tijdsdruk van de eerste fase, het proces weer op gang te brengen, en ditmaal volgens de regels van het gemeene recht.

Zo gezien is er geen tegenstrijdigheid tussen de artt. 7, tweede lid, en 16, tweede lid.

Eenzijds wordt voor de vrederechter elk vertragsmanoeuver vermeden: alles wordt ineens en bij de eerste aanleg voor de vrederechter opgeworpen, die meteen in één en hetzelfde vonnis over het geheel heeft te beslissen.

Wordt het verzoek tot onteigening ingewilligd dan wordt de provisionele vergoeding vastgesteld, geconsigneerd en gestort, zonder dat de uitvoering van de beslissing door enig beroep kan worden geschorst of vertraagd.

Anderzijds blijven de rechten van de belanghebbende gevrijwaard, door de mogelijkheid die art. 16 biedt het proces te doen herbeginnen in het kader van een herzieningsprocedure die losstaat van die voor de vrederechter.

De redactie van art. 16, tweede lid, staat m.i. niet toe het voorwerp van de herzieningsprocedure op zodanige wijze te beknotten, dat zij enkel nog een schattingsprocedure zou zijn, in zoverre de onteigende voor de vrederechter zijn bezwaren tegen de regelmatigheid van de onteigening niet ten volle zou hebben doen gelden.

Mijn besluit is dus dat de uitzonderlijke procedure die voor de vrederechter is georganiseerd om de inbezitstelling van de onteigenaar zo snel mogelijk te realiseren, geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van de onteigende om, ter gelegenheid van de procedure tot herziening, behandeld door de rechtbank van eerste aanleg volgens de gemeenrechtelijke regels, alsnog al zijn rechten te doen gelden, met inbegrip van de excepties die hij voordien niet had opgeworpen.

Ik concludeer derhalve tot cassatie van de beslissing van de appelrechters die de exceptie van onregelmatigheid als laattijdig hebben afgewezen.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 30 april 1987 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Overwegende dat, krachtens artikel 7, tweede lid, van de wet van 26 juli 1962 betreffende de onteigeningen ten algemenen nutte en de concessies voor de bouw van de autosnelwegen, de door de onteigenaar gedagvaarde eigenaars en vruchtgebruikers, op de dag die voor hun verschijning en het opmaken van de plaatsbeschrijving is bepaald, voor de vrederechter, op straffe van verval, gehouden zijn alle excepties die zij menen te kunnen opwerpen, ineens voor te brengen, waarop de vrederechter, na de opmerkingen van de aanwezige partijen te hebben gehoord, in één enkel ten laatste achtenveertig uren na de verschijning te wijzen vonnis

²⁴ Cass., 3 febr. 1989, reeds geciteerd.

²⁵ In die zin: M. VERSCHOLDEN, «Problemen in verband met de vordering tot herziening inzake onteigening ten algemenen nutte», *Tijds. Bestuur W.*, 1971, nr. 57.

²⁶ Dit is de stelling van L. BELVA in *Les Nouvelles, Droit Administratif*, VII, (1980), «L'expropriation pour cause d'utilité publique», nr. 443. Zie ook L. BELVA, «Procédure nouvelle en matière d'expropriation d'extrême urgence», *J.T.*, 1962, 578-581; M.A. FLAMME, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 1974, 13; F. WASTIELS, *Administratief goederenrecht*, 1983, nr. 403.

²⁷ *Parlem. St., Kamer*, vergadering van 1 juli 1962, blz. 15. Het antwoord van minister Merlot.

oordeelt of de vordering regelmatig is ingesteld, de door de wet voorgeschreven formaliteiten vervuld zijn en het plan van de grondinnemingen van toepassing is op het goed waarvan de onteigening wordt gevorderd;

Overwegende dat, krachtens de artikelen 7, derde lid, en 8, eerste lid, voor de onteigende geen hoger beroep openstaat tegen het vonnis van de vrederechter dat het verzoek van de onteigenaar inwilligt en tegelijk, bij wijze van ruwe schatting, het bedrag van de provisionele vergoedingen bepaalt; dat alleen de onteigenaar hoger beroep kan instellen tegen het vonnis dat zijn vordering afwijst;

Overwegende dat, krachtens artikel 16, eerste lid, het de onteigende toegestaan is overeenkomstig de regels van het Gerechtelijk Wetboek bij de rechtbank van eerste aanleg een vordering tot herziening in te stellen, nadat de vrederechter met toepassing van artikel 14 voorlopig het bedrag van de vergoeding heeft bepaald dat voor de onteigening verschuldigd is; dat de onteigende, krachtens artikel 16, tweede lid, zijn vordering tot herziening ook kan gronden op de onregelmatigheid van de onteigening;

Overwegende dat uit de wordingsgeschiedenis van de wet van 26 juli 1962 blijkt: dat de wetgever, om een vluggere inbezitneming door de onteigenaar van het onteigende goed mogelijk te maken, een summiere procedure heeft ingevoerd; dat hij de vrederechter heeft opgedragen: 1. in een eerste, ten laatste achtenveertig uren na de verschijning van de partijen te wijzen vonnis, waartegen voor de onteigende geen rechtsmiddel openstaat, onder meer over de regelmatigheid van de onteigening uitspraak te doen en, ingeval hij het verzoek van de onteigenaar inwilligt, tegelijk bij wijze van ruwe schatting, het bedrag van de «provisionele» vergoedingen te bepalen die de onteigenaar aan de onteigende zal storten, waardoor de inbezitneming van het onteigende goed mogelijk wordt, en 2. na de neerlegging van het deskundigenverslag, in een tweede vonnis, waartegen voor de onteigende evenmin enig rechtsmiddel openstaat, het bedrag van de onteigeningsvergoeding «voorlopig» te bepalen; dat de wetgever, in het belang van de onteigende, deze in de gelegenheid heeft willen stellen om, nadat de vrederechter het tweede vonnis heeft gewezen, door het instellen van een vordering tot herziening overeenkomstig de gewone procedureregels, ook in verband met de regelmatigheid van de onteigening alle verweermiddelen te doen gelden;

Overwegende dat artikel 7, tweede lid, dat de aanwezige verweerders verplicht op de dag die voor hun verschijning en het opmaken van de plaatsbeschrijving is bepaald, voor de vrederechter, op straffe van verval, alle excepties die zij menen te kunnen opwerpen, ineens voor te brengen, uitsluitend betrekking heeft op de spoedprocedure voor het vrederecht;

Dat artikel 16, tweede lid, de onteigende niet verbiedt zijn vordering tot herziening te laten steunen op gronden die hij met betrekking tot de onregelmatigheid van de onteigening voor de vrederechter niet had aangevoerd;

Overwegende dat het arrest, door de exceptie van de eisers, gefundeerd op de onregelmatigheid van de onteigening, niet toelaatbaar te verklaren «aangezien zij deze voor het eerst tijdens de procedure in herziening hebben laten gelden», de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 10 DECEMBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Bützler

Arbeidsongeval – Ongeval – Plotselinge gebeurtenis – Begrip

Opdat volgens de Arbeidsongevallenwet een letsel wordt vermoed door een ongeval te zijn veroorzaakt, moet een plotselinge gebeurtenis als vaststaande en niet alleen als mogelijk worden aangewezen.

N.V. R. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 november 1989 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

...

Overwegende dat eiseres, blijkens de vermeldingen van het arrest, voor het arbeidshof stelde dat de val in het water uitsluitend het gevolg was van de dronkenschap waarin het slachtoffer «zichzelf vooraf had gebracht, zodat de oorzaak van het ongeval enkel toe te schrijven is aan een interne toestand waarin hij zich bevond»;

Overwegende dat het arrest dit verweer verwerpt door te oordelen dat het slachtoffer «gestruikeld kan zijn over de verhoging van de deur» en dat «het enkele feit van het struikelen voldoende is als plotselinge gebeurtenis»; dat het arrest voorts oordeelt dat het slachtoffer «zonder struikelen niet gevallen noch in het water terecht gekomen zou zijn»;

Dat het arrest aldus een plotselinge gebeurtenis aanwijst die het als mogelijk maar niet als vaststaande beschouwt, en aldus artikel 9 van de Arbeidsongevallenwet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 17 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Draps en Nelissen Grade

Arbeidsovereenkomst – Einde – Opzegging – Minimumtermijn – Opzeggingsvergoeding – Internationale openbare orde

De artt. 39 en 82 A.O.W. zijn, in zoverre ze minimumopzeggingstermijnen of vervangende vergoedingen vastleggen, niet van internationale openbare orde.

J. t/ N.V. L.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 oktober 1988 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 3 van het Burgerlijk Wetboek, 17, 1° en 2°, 20, 3°, 39, 82 van de Arbeids-overeenkomstenwet van 3 juli 1978 en 97 van de Grondwet, en miskenning van de Belgische internationale openbare orde;

doordat het arrest afwijzend beschikt op eisers rechtsvordering tot het verkrijgen van een opzeggingsvergoeding overeenkomstig de bij de Belgische wet bepaalde minima, op grond: «dat de betrekkingen tussen de partijen uiteindelijk werden geregeld door: a) een in het Frans opgestelde arbeidsovereenkomst van 23 november 1984, b) een in het Engels opgestelde arbeidsovereenkomst van 27 november 1984; dat beide overeenkomsten bepalen dat de Gabonese wet toepasselijk is; dat (eiser) toegeeft dat dergelijke bedingen geldig zijn wanneer de partijen in een arbeidsovereenkomst, zoals te dezen, elementen van vreemdelingschap vertonen, en zulks ingevolge het beginsel van de wilsautonomie; dat hij evenwel aanvoert dat 'wanneer de overeenkomst in verschillende landen moet worden uitgevoerd, de internationale openbare orde zich ertegen verzet dat de door de partijen gekozen wet van het aangewezen land wordt toegepast'; dat de aanwijzing van de toepasselijke wet moet gebeuren op grond van gegevens waaruit een band met dat land blijkt; dat men niet inziet hoe de internationale openbare orde zou kunnen worden verstoord door de aanwijzing, als toepasselijke wet, van het Arbeidswetboek en van het recht van het aangewezen land; (...) dat (eiser) eveneens aanvoert dat de aanstelling van de werknemer door zijn terugkeer naar België is beëindigd; dat de overeenkomst bijgevolg geschorst was (artikel 10, 3) en dat de uitvoering ervan in België de eerbiediging van de bepalingen van politie en veiligheid van de Belgische wet impliceerde, inzonderheid met betrekking tot het ontslag; dat de onderneming G. in haar brief van 27 april 1985 in antwoord op zijn vraag aan (eiser) liet weten dat zij (verweerster) had aanvaard dat hij ten spoedigste opnieuw te hunner beschikking zou worden gesteld; dat (eiser) met zijn familie terugkeerde naar Libreville, en daarna naar Brussel; dat geenszins is aangetoond dat er in België een activiteit is uitgeoefend»,

...

Overwegende dat een wet alleen dan van internationale openbare orde is wanneer de wetgever door de bepalingen van die wet een beginsel heeft willen vastleggen dat, naar zijn oordeel, essentieel is voor de gevestigde morele, politieke of economische orde en dat, om die reden, noodzakelijkerwijs elke toepassing in België van een tegengestelde of verschillende regel van vreemd recht uitsluit, ook al is die volgens de gebruikelijke regels van de wetsconflicten van toepassing;

Overwegende dat de artikelen 39 en 82 van de Arbeids-overeenkomstenwet van 3 juli 1978 in zoverre zij minimum-opzeggingstermijnen of de vervangende vergoedingen vastleggen, niet van internationale openbare orde zijn;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 5 FEBRUARI 1991

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Kluyskens

Wegverkeer – Verschillende rijbanen die al dan niet één weg vormen – Kruispunten

Een openbare weg kan verschillende rijbanen hebben.

De feitenrechter beoordeelt op onaantastbare wijze of verschillende rijbanen een enkele weg vormen en of de plaats waar zij met een andere weg samenlopen, een en hetzelfde kruispunt uitmaakt.

D. t/ H. en V.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 januari 1990 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 2.1, 2.8, 12.3.1 van het Wegverkeersreglement, 1319, 1320, 1322, 1382, 1383, 1384 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet;

doordat het arrest eiser op strafrechtelijk gebied veroordeelt wegens overtreding van artikel 38, § 1, van de wet betreffende de politie over het Wegverkeer en op burgerrechtelijk gebied de eis van de burgerlijke partijen gedeeltelijk gegrond verklaart na te hebben overwogen: «Uit de toelichting van de verbalisanten volgt dat, zoals weergegeven op de situatieschets, de Beekstraat een openbare weg is die zich, ter hoogte van het plantsoen met kapel, uitsplitst in twee rijbanen welke allebei uitmonden in de openbare weg Armand Casier de ter Bekenlaan. Bijgevolg, en overeenkomstig de bepaling van artikel 2.8 A.V.R. dat een kruispunt is de plaats waar twee of meer openbare wegen samenlopen, wordt het kruispunt Beekstraat-Armand Casier de ter Bekenlaan gevormd door de oppervlakte welke begrensd wordt door de ideële lijnen die de verlenging zijn van de gevels, afsluiting of andere grensscheidingen van gebouwen of eigendommen langs de Beekstraat en dit op de plaats waar deze samenkomen en in elkaar lopen met de Armand Casier de ter Bekenlaan. In casu vormen de twee rijbanen van de Beekstraat de ontmoetingspunten op het door de begrenzing van de twee ineenlopende openbare wegen – Beekstraat-Armand Casier de Ter Bekenlaan – gevormd kruispunt. In casu was overeenkomstig de bepaling van artikel 12.3 Algemeen Verkeersreglement (eiser) de voorrang van rechts verschuldigd aan alle verkeer komende uit de Beekstraat vanaf de grensscheiding met de eerste rijbaan tot aan de grensscheiding met de tweede rijbaan, gezien vanuit zijn rijrichting», en verder: «Uit de eigen verklaring van (eiser) blijkt immers dat hij zeer goed bekend is met de plaatselijke situatie en er drie à vier maal per dag voorbijkomt; hij wist dus dat naast de kapel een rijbaan van de Beekstraat in de Armand Casier de Ter Bekenlaan uitmondt en dat kapel en plantsoen een bepaalde hinder vormen op het zicht in rechts van hem gelegen Beekstraat. (...) Het feit dat de bestuurder H., om links af te slaan, blijkens het sleepspoor op het kruispunt, zijn

bocht niet zo ruim mogelijk heeft genomen (artikel 19.3, 5°, Algemeen Verkeersreglement), is een blote overtreding zonder oorzakelijk verband met het ongeval en de schade. De enige en uitsluitende oorzaak van het ongeval en de schade is de manifeste miskenning van de voorrang van rechts door (eiser)»;

terwijl, (...)

tweede onderdeel, het arrest stelt dat de Beekstraat zich ter hoogte van de Armand Casier de Ter Bekenlaan uitsplitst in twee rijbanen, welke allebei uitmonden in de openbare weg genaamd Armand Casier de Ter Bekenlaan; het arrest gewag maakt van «twee rijbanen» van de Beekstraat en «ontmoetingspunten» en van een «eerste rijbaan» en «tweede rijbaan»; de aanwezigheid van twee totaal aparte rijbanen, moet doen besluiten tot de aanwezigheid van twee openbare wegen; de rijbaan immers het deel is van de openbare weg dat voor het voertuigenverkeer in het algemeen is ingericht (artikel 2.1 Wegverkeersreglement); twee rijbanen dus onvermijdelijk deel uitmaken, elk apart, van een andere openbare weg; het niet is omdat twee rijbanen administratief elk Beekstraat heten, dat het daarom noodzakelijk slechts om één openbare weg zou gaan; zodat het arrest door gewag te maken van twee rijbanen, doch slechts van één openbare weg uitmondend in de Armand Casier de Ter Bekenlaan, en dus slechts van één kruispunt tussen de Beekstraat en de Armand Casier de Ter Bekenlaan, de artikelen 2.1 en 12.8 van het Wegverkeersreglement schendt;

derde onderdeel, het arrest door de regels betreffende de voorrang op kruispunten toe te passen op een aanrijding die buiten een kruispunt is gebeurd op een openbare plaats waarvoor andere verkeersvoorschriften gelden, tevens artikel 12.3.1 van het Wegverkeersreglement schendt;

Wat het tweede en derde onderdeel betreft:

Overwegende dat de onderdelen er ten onrechte van uitgaan dat een openbare weg geen verschillende rijbanen kan hebben;

Dat de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt of verschillende rijbanen een enkele weg vormen en of de plaats waar zij met een andere weg samenlopen een en hetzelfde kruispunt uitmaakt;

Overwegende dat de appelrechters, om de redenen die het bestreden arrest vermeldt en in het middel zijn weergegeven, op onaantastbare wijze in feite oordelen dat er op de plaats van het ongeval, tussen de Beekstraat en de Armand Casier de Ter Bekenlaan, slechts één en niet twee kruispunten zijn, zodat «eiser de voorrang van rechts verschuldigd was aan alle verkeer komende uit de Beekstraat vanaf de grensscheiding met de eerste rijbaan tot aan de grensscheiding met de tweede rijbaan, gezien vanuit zijn rijrichting»;

Dat de onderdelen niet kunnen worden aangenomen;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 22 JANUARI 1991

Voorzitter: de h. Top

Advocaten: mrs. Vanryckegem en Gevaert

Overdracht van schuldvordering – Loon – Excepties – Verjaring

De loonvordering verjaart één jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat, bij overdracht van loon, de cessionaris zijn rechtsoverdracht tot betaling binnen de verjaringstermijn moet instellen. Overdracht van loon is immers geen beslag. De betekening van de overdracht aan de gecedeerde schuldenaar brengt het loon niet onder de macht van de justitie maar heeft alleen een verandering van schuldvordering tot gevolg. De nieuwe schuldeiser moet dus dezelfde ijver aan de dag leggen als de oorspronkelijke houder van de loonvordering.

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

Het geschil betreft de uitvoering van een loonoverdracht waarvan de belangrijkste gegevens kunnen worden samengevat als volgt:

– De N.V. C. stond op 7 januari 1976 een lening toe aan de echtgenoten L.-Van T. ten bedrage van 80.000 frank, terugbetaalbaar door 27 maandelijks storting van februari 1976. Op dezelfde dag ondertekenden beide echtgenoten een afzonderlijke akte van loonoverdracht, tot zekerheid van de terugbetaling van de bedoelde lening, ten voordele van de N.V. C.

– Op 24 augustus 1976 liet de N.V. C. aan Gilbert L. weten dat zij tot uitvoering van de loonoverdracht zou overgaan ten bedrage van 91.187 frank, onder voorbehoud van bijkomende kosten, en gaf daarvan tevens dezelfde dag bij aangetekende brief kennis aan appellante, werkgever van L.

– L. deed hiertegen geen verzet en luidens een aangezekende brief de dato 6 september 1976 werd een voor eensluidend verklaard afschrift van de akte van overdracht door de N.V. C. bezorgd aan appellante.

– Ten laste van dezelfde werknemer waren toen reeds drie andere loonoverdrachten betekend, zodat de overdracht ten voordele van de N.V. C. voorlopig geen uitwerking kon hebben tenzij vanaf december 1977, zoals kan worden afgeleid uit een dossiernota van de N.V. C. en een brief de dato 9 december 1977 van deze laatste aan appellante.

– Op 4 november 1980 werd appellante aangemaand alle sindsdien ingehouden sommen te willen overmaken ten bedrage van 80.385 frank, onder voorbehoud van eventuele bijkomende kosten en interesten.

– Op 31 maart 1984 liet geïntimeerde aan appellante weten dat zij de schuldvordering van de N.V. C. tegen L. had overgenomen en zij herinnerde tevens aan de gegevens van dit dossier wat de betekende loonoverdracht betreft, waarvan thans uitvoering gevraagd werd tot beloop van 94.181 frank, onder voorbehoud van «nieuwe interesten voor achterstal».

– Bij exploit de dato 3 december 1985 werd aan appellante de overdracht betekend van de bedoelde schuldvordering door de N.V. C. aan geïntimeerde betreffende een hoofdbedrag van 63.421 frank op de datum van de overdracht, die volgens een verklaring van de N.V. C. plaatsvond op 10 mei 1984.

– Bij hetzelfde exploit werd appellante gedagvaard tot betaling van de looninhoudingen, die zij had moeten doen ingevolge de betekende loonoverdracht ten voordele van de N.V. C., thans tot beloop van 126.535 frank, met de gerechtelijke rente en de kosten.

...
Nopens de exceptie van de verjaring

De stelling van appellante dat zij als werkgever tegen geïntimeerde, als beweerde overneemster van de loonvordering van L., dezelfde verweermiddelen kan tegenwerpen als tegen L. zelf, komt gegrond voor.

Zij stelt terecht dat de bedoelde loonvordering, krachtens artikel 15 Arbeidsovereenkomstenwet aan een bijzondere verjaringstermijn is onderworpen en namelijk verjaart één jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

De omstandigheid dat die loonvordering zou zijn overgegaan eerst op de N.V. C. en vervolgens op geïntimeerde, wijst die loonvordering niet en dus ook niet de verjaringstermijn. Bij overdracht van schuldvordering gaat de vordering over zoals zij is. Er is slechts verandering in de persoon van de schuldeiser. Zowel schuldenaar als nieuwe schuldeiser blijven in dezelfde positie. Deze mag niet slechter worden en ook niet beter.

Zelfs indien geïntimeerde zou kunnen bewijzen dat de op 6 september 1976 voltrokken loonoverdracht uitwerking kreeg in december 1977, na uitvoering van drie vroeger betekende looncessies doch vóór de uitdiensttreding van L., dan kan zij als nieuwe schuldeiser-overnemer slechts dezelfde rechten uitoefenen als L. Dit betekent dat zij haar rechtsvordering tot betaling diende in te stellen binnen het jaar na de beëindiging van de desbetreffende arbeidsovereenkomst.

Loonoverdracht is immers geen beslag. De betekening van de overdracht aan de gecedeerde schuldenaar brengt het loon niet onder de macht van de justitie, maar heeft alleen een verandering van schuldeiser tot gevolg. De nieuwe schuldeiser moet dus dezelfde ijver aan de dag leggen als de oorspronkelijke houder van de loonvordering.

Geïntimeerde, als beweerde nieuwe houder van de loonvordering – althans voor het overdraagbaar gedeelte van het loon vanaf december 1977 – bewijst niet dat L. nog in dienst was van appellante op 3 december 1984.

Hieruit volgt dat de rechtsvordering tot betaling van het achterstallig loon in kwestie bij dagvaarding de dato 3 december 1985 laattijdig is.

Er hoeft dus niet eens meer onderzocht te worden of geïntimeerde of de N.V. C. al dan niet op regelmatige wijze houder is geworden van de bedoelde loonvordering.

Elk verder onderzoek van de wijze van uitbetaling van het bedoelde loon vanaf december 1977 tot aan de beëindiging van de dienstbetrekking van L., is dus eveneens overbodig.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 10 OKTOBER 1988

Rechter: de h. Vandorpe

Advocaten: mrs. Vandamme en Soetemans

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Ouders voor hun minderjarige kinderen – Vermoeden van aansprakelijkheid – Grondslag – Fout in de opvoeding of in het toezicht – Diefstal met geweld ten nadele van een oude en weerloze vrouw – Vermoeden van niet-behoorlijke opvoeding

Het op de ouders rustende weerlegbare aansprakelijkheidsvermoeden voor de handelingen van hun minderjarige kinderen berust hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht; de aanwezigheid van beide fouten is niet vereist.

Noch de feitelijke scheiding noch de echtscheiding stellen principieel een van de ouders vrij van de op hen rustende aansprakelijkheid.

Dat een achttienjarige jongeman een oud (85 jaar) en weerloos vrouwtje aanvalt en berooft, wijst niet op een behoorlijke opvoeding die hem zou zijn verstrekt.

Van H. t/ V. en R.

Uit de door eiseres overgelegde stukken blijkt onbetwistbaar dat op 23 juli 1983 de toentertijd minderjarige zoon van verweerder en gedaagde met geweld eiseres heeft beroofd. Eiseres werd hierbij gekwetst. De minderjarige Patrick V. werd voor deze feiten op 3 oktober 1983 correctioneel veroordeeld en het vonnis is in kracht van gewijsde getreden. Aan eiseres, die zich burgerlijke partij had gesteld, werd provisioneel een bedrag van 80.000 fr. toegekend. Eiseres richt zich thans voor de recuperatie van haar schadevergoeding tot de ouders van voornoemde Patrick V. gezien deze onvermogen is. Eiseres baseert haar vordering op artikel 1384, tweede lid, B.W.

Op grond van artikel 1384, tweede lid, B.W., rust zowel op de vader als op de moeder een weerlegbaar aansprakelijkheidsvermoeden voor de handelingen van hun minderjarige kinderen.

Dit vermoeden van aansprakelijkheid berust, hetzij op een fout in de opvoeding, hetzij op een fout in het toezicht. De aanwezigheid van beide fouten is niet vereist (Cass., 20 april 1982, *R.W.*, 1983-84, 2977).

Noch de feitelijke scheiding, noch de echtscheiding ontfeffen principieel één van de ouders van de wettelijke aansprakelijkheid die op hen rust. Iedere ouder dient immers, ook in geval van scheiding, zich van zijn zelfs beperkt ouderlijk gezag te kwijten en alle passende initiatieven te nemen om aan de opvoeding mee te werken of om een eventueel delinkwent gedrag van zijn kind te voorkomen of te helpen (vgl. Brussel, 5 februari 1981, *R.W.*, 1982-83, 49).

Dat een achttienjarige jongeman een oud (85 jaar) en weerloos vrouwtje aanvalt en berooft, wijst uiteraard niet op een behoorlijke opvoeding die hem zou zijn verstrekt. Gedaagde voert hierover geen enkel verweer. Verweerder weerlegt evenmin het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid dat ingevolge een gebrekkige opvoeding op hem rust. Immers, dat bij de echtscheiding aan verweerder het hoederecht over diens zoon Patrick werd toegekend, levert op zich niet het bewijs op dat verweerder bij de opvoeding niet te kort is geschoten.

Of er van enig gebrek in toezicht sprake was, hoeft in de gegeven omstandigheden niet nader te worden onderzocht.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TONGEREN

2e KAMER – 21 SEPTEMBER 1989

Voorzitter: mevr. Graux

Advocaten: mrs. Caers loco Geyskens, Neuts loco Ickmans, Pauwels loco Coch

**Koop – Autowrak – Weigering van afhaling en betaling
– Schuldeisersverzuim – Wederverkoop door de verkoper
– Tergend en roekeloos geding**

De koper van een autowrak, die weigerde dit af te halen na aanmaning en na veroordeling tot betaling van de koopprijs, kan de verkoper niet verwijten dat hij dit wrak na twee jaar opnieuw verkocht, en kan daarop geen vordering tot ontbinding en terugbetaling van de prijs gronden. Omgekeerd heeft de verkoper recht op stallingskosten gedurende een redelijke termijn en onder aftrek van de opbrengst van de wederverkoop van het wrak.

De vordering van de koper tot ontbinding en teruggave van de prijs is in de gegeven omstandigheden tergend en roekeloos.

Van den E. t/ S. en C.

Overwegende dat met betrekking tot de feiten de rechtbank verwijst naar het vonnis van de eerste rechter, daar waar wordt gesteld: dat de litigieuze auto toebehoorde aan de heer S.; dat op 22 februari 1981 dit voertuig door een ongeval totaal werd vernield; dat de heer Van den E. het wrak, dat zich in de garage C. bevond, opkocht op 17 maart 1981 voor de som van 38.000 fr., doch nadien weigerde zijn koopverplichtingen na te komen, namelijk de koopprijs betalen en het wrak afhalen in de garage; dat op 14 mei 1982 de heer Van den E. werd gedagvaard tot betaling van de koopprijs, hij bij vonnis van de heer vrederechter van en te Bilzen van 1 december 1982 werd veroordeeld tot betaling van de koopsom; dat de heer Van den E. hoger beroep aantekende tegen dit vonnis, dat door de Rechtbank van Koophandel te Tongeren op 22 november 1984 volledig werd bevestigd; dat garagehouder C. begin 1983 het autowrak meegeeft aan een sloper; dat de heer Van den E. op 3 oktober 1985 huidige geïntimeerden dagvaardde tot afgifte van zijn wrak of terugbetaling van de betaalde prijs; dat op 8 augustus 1988 vonnis van de heer vrederechter werd gewezen, waartegen de heer Van den E. opnieuw hoger beroep aantekende;

Overwegende dat in hoger beroep de volgende eisen worden ingesteld:

- door de heer Van den E.: a. ontbinding van de koopovereenkomst afgesloten tussen de heer S. en de heer Van den E.; b. terugbetaling van de koopsom door de heer S. of de heer C., met interesten vanaf de dag der betaling van de prijs door de heer Van den E.;

- door de heer C.: a. stallingsvergoeding: 100 fr./dag x 660 dagen = 66.000 fr. met interesten vanaf de gemiddelde datum; b. uit hoofde van tergend en roekeloos geding: 15.000 fr. ex aequo et bono;

- door de heer Sillen: uit hoofde van tergend en roekeloos beroep: 25.000 fr., met vergoedende interesten vanaf 3 oktober 1985;

Overwegende dat partijen akte dient te worden verleend van de respectieve incidentele beroepen;

Overwegende dat de Rechtbank in casu dient vast te stellen dat de vordering van de heer Van den E. enkel en alleen haar oorsprong vindt in het feit dat hij volkomen foutief weigerde over te gaan tot de afhaling van het voertuig, dit niet-tegenstaande hij hiertoe meerdere malen werd aangemaand;

Dat hij, ook na veroordeling tot betaling van de koopsom van het voertuig, halstarrig bleef volharden in zijn weigering;

Overwegende dat derhalve, ten gevolge de eigen contractuele wanprestatie van de heer Van den E., het wrak waarvan hij eigenaar was geworden door de formulering van een aanbod en de aanvaarding ervan, volledig teloorloeg;

Overwegende dat in die omstandigheden van de heer Van den E., aan geen der geïntimeerden kan verwijten dat zij het wrak, na $\pm$ 2 jaar vergaan tot praktisch waardeloos schroot, niet langer voor hem «bewaarden», hijzelf immers als eigenaar hiertoe de nodige maatregelen had moeten treffen – quod non;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht besliste: «Er is geen enkele reden om ten opzichte van de verkoper S. de verkoop te ontbinden. Deze heeft voor een bepaalde prijs een wrak verkocht dat zich in de garage C. bevond. Hij had niet de verplichting dat wrak naar de koper te brengen of het gedurende jaren te bewaken, nadat de eiser ten onrechte weigerde het af te halen.»;

Overwegende dat verder dient te worden gesteld dat het autowrak tegen de wil van de verkoper en de garagehouder jarenlang in de garage van laatstgenoemde werd achtergelaten;

Dat de heer Van den E., als eigenaar van dit wrak, aansprakelijk dient te worden gesteld voor de schadelijke gevolgen hiervan, daar deze door zijn eigen foutieve gedragingen ontstonden;

Overwegende dat de schade van de garagehouder C. bestaat in het verlies aan bruikbare bedrijfsruimte en de daarmee samenhangende ongemakken;

Overwegende dat conform de conclusie van de heer C. het voertuig aldaar 660 dagen sinds de eigendomsoverdracht werd gestald, hij hiervoor een vergoeding vordert van 66.000 fr.;

Dat de rechtbank echter met de begroting van de eerste rechter, gemaakt ex aequo et bono, instemt, daar waar deze werd geraamd op 12.000 fr.;

Overwegende dat, daar dient te worden vastgesteld dat de heer C. billijk handelde door de schade na $\pm$ 2 jaar nog zoveel mogelijk te beperken en het wrak, tot schroot vergaan, door een sloper te laten afhalen, de eerste rechter terecht bepaalde dat de opbrengst ervan aan de heer Van den E. als eigenaar toe dient te komen;

Overwegende dat de Rechtbank niet aanvaardt dat, zelfs al was het wrak tot schroot vergaan, dit geen enkele waarde meer zou hebben gehad;

Dat de verkoopwaarde billijkerwijze wordt geraamd op 2.000 fr. zodat eiser na compensatie nog 10.000 fr. dient te betalen aan de heer C.;

Overwegende dat het vonnis van de heer Vrederechter dan ook in al zijn geschikkingen dient te worden bevestigd;

Overwegende dat, hoewel de eerste rechter reeds spreekt over het tergend en roekeloos karakter van de huidige eis, er echter dienaangaande geen vorderingen werden ingesteld, maar de heren S. en C. dergelijke vorderingen wel in hoger beroep instelden;

Dat, gezien het feitelijk verloop van deze litigieuze aanleggenheid, evenals de juridische achtergrond ervan, in casu geen twijfel kan bestaan over het tergend en roekeloos karakter van de door de heer Van den E. gevoerde procedure;

Dat hij dan ook aan de heren C. en S. een schadevergoeding verschuldigd is, die de Rechtbank begroot op 15.000 fr. ex aequo et bono voor elk van hen;

Dat, bij gebreke van een inmorastelling dienaangaande, slechts gerechtelijke interesten op deze bedragen verschuldigd zijn;

...

NOOT – *Schuldeisersverzuim van de koper en wederverkoop*

1. Het afhaken van de gekochte zaak is, anders dan het betalen ervan, geen eigenlijke verplichting van de schuldeiser, in die zin dat hij niet tot uitvoering ervan kan worden veroordeeld. Niettemin is het wel een andere vorm van gehoudenheid van de koper-schuldeiser, bij niet-nakoming waarvan hij zijn vordering geheel of gedeeltelijk kan verwerken. M.a.w., het is maar een «verplichting» voor de schuldeiser in zoverre hij zijn vordering onverkort wil blijven uitvoeren. In het Duitse recht noemt men een dergelijke gehoudenheid «Obliegenheit» (in het procesrecht «Last»), en wij hebben dit begrip in het Nederlands vertaald als «last» (Frans «charge»; soms gebruikt men «incombance») (zie mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nrs. 29 en 196-198; en «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990 (353), nrs. 12-14). Anders gezegd: een dergelijke gehoudenheid «bezwaart» of «belast» een schuldvordering. De koper is niet verplicht om de gekochte zaak af te halen, maar hij is daartoe verplicht in zoverre hij zijn vordering op die zaak geheel wil behouden. Het is hem niet verboden de afhaling op onzorgvuldige wijze uit te stellen, maar hij mag de nadelen van zijn gedraging niet op de wederpartij afwentelen. Het niet-naleven van een dergelijke last heet ook schuldeisersverzuim.

2. O.m. aan de hand van deze analyse kan bepaald worden welke actiemogelijkheden de verkoper heeft bij een dergelijke nalatigheid van de koper (zie verder Storme, Marcel, «Het schuldeisersverzuim. Proeve van rechtsvinding naar Belgisch recht», *Op de grenzen van komend recht, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer/Zwolle 1969, 231):

a) Het verzuim van de koper belet niet dat zijn verkoper hem kan aanspreken tot nakoming van zijn andere verbintenissen, meer bepaald, tot betaling van de prijs, mits hij hem de eigen prestatie aanbiedt in zoverre zij mogelijk is.

b) Uit a volgt ook dat de koper zijn tegenverbotenis tot betaling niet kan opschorten op grond van een tekortkoming van de verkoper (geen exceptio non adimpleti contractus), noch ontbinding vorderen op grond van de niet-nakoming door de schuldenaar.

c) De verkoper kan ontbinding vorderen indien hij niet betaald wordt, ook wanneer hijzelf niet levert – door de schuld van de koper –, en dit zonder dat de schuldeiser de niet-nakoming van de leveringsverbintenis kan opwerpen. Art. 1657 B.W. bepaalt zelfs dat voor de verkoop van roerende goederen, in afwijking van art. 1184 B.W., de ontbinding zonder tussenkomst van de rechter geschiedt. Ontbinding veronderstelt natuurlijk wel teruggave van de reeds ontvangen prijs.

d) De verkoper kan de exceptio non adimpleti contractus opwerpen tot de schuldeiser de door zijn verzuim veroorzaakte schade vergoedt, en dit zelfs wanneer hij de koop prijs

reeds ontvangen heeft, zolang zijn opschorting in verhouding blijft met de nog niet vergoede schade.

e) Na aanmaning van de koper gaat het risico over op de koper, indien dit niet reeds het geval zou zijn geweest op grond van art. 1138 B.W.

f) De koper kan van de verkoper niet meer dezelfde graad van zorgvuldigheid verwachten, als die waartoe hij voor de normale datum van afhaling gehouden was krachtens art. 1136 B.W. Deze mildere beoordeling van de zorgvuldigheidsplicht van de verkoper brengt mee dat deze het nadeel dat voor hem uit het verzuim van de koper voortvloeit, mag beperken en daartoe maatregelen mag nemen. Zo kan men hem niet verwijten dat hij de zaak niet voor de hoogst mogelijke prijs wederverkocht heeft, zolang het om een redelijke prijs ging (zie bv. Scheidsr. Kamer koffie Antwerpen, 22 juni 1977, *R.H.A.*, 1977-78, 55). Zo mag hij de zaken elders in bewaring geven zonder aansprakelijk te zijn voor de fouten van de bewaarnemer (dit in afwijking van de algemene regel), mits hij deze zorgvuldig gekozen heeft. Wat hij evenwel niet mag doen, is gewoon de verkochte zaak prijsgeven of op straat zetten, althans niet zonder de waarde ervan in mindering te brengen van de verkoopprijs (vgl. de bepalingen van de W. 21 februari 1983 betreffende de verkoop van achtergelaten voorwerpen in bewerking, herstelling, reiniging of openbare verkoping gegeven; deze wet heeft weliswaar geen betrekking op verkoopovereenkomsten, maar op overeenkomsten van bewaargeving, aanneming of opdracht, maar de waardering van de belangen dient op gelijksoortige wijze te geschieden. Het verschil is wel dat in de koop-verkoop de verkoper het recht heeft over de zaak te beschikken op grond van zijn ontbindingsrecht, terwijl het in die andere overeenkomsten nog steeds om andermans zaak gaat, waarover dan ook slechts met naleving van bijzondere regels, meer bepaald rechterlijke tussenkomst, mag worden beschikt).

g) De verkoper kan vergoeding eisen van de bijkomende kosten die hij door het verzuim van de koper redelijkerwijze heeft gemaakt. Dit betreft meer bepaald de bewaringskosten.

3. Anderzijds is de verkoper, in geval van verzuim van de koper, evenzeer gehouden de door dat verzuim veroorzaakte schade te beperken. Daarom dient de schade die de verkoper in rekening mag brengen, beperkt te worden tot die welke geleden wordt mits tijdig schadebeperkingsmaatregelen worden genomen, meer bepaald de wederverkoop van de zaak, waartoe hij overigens zonder enige formaliteit krachtens art. 1657 B.W. gerechtigd is (vgl. Hanotiau, B., «Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage», *R.G.A.R.*, nr. 11289, nr. 33). Zo ook dient hij op zijn vordering het voordeel toe te rekenen dat hij zou hebben gekregen door tijdig dergelijke schadebeperkende maatregelen te nemen, meer bepaald de prijs die hij door een tijdige wederverkoop zou hebben gekregen. Zoals gezegd mag de zorgvuldigheid van de verkoper hierbij niet te streng beoordeeld worden, tenzij het gaat om goederen die aan snelle waardevermindering of prijsschommelingen onderhevig zijn, waarbij onmiddellijke wederverkoop verplicht is (vgl. Hof Brussel, 3 juli 1931, *J.P.A.*, 418; Limpens, J., c.s., *R.P.D.B.*, Tw. «Vente», nr. 245; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, III (1981), nr. 716). Richtlijnen kan men ook hier weer vinden in de W. 21 februari 1983: doorgaans één jaar, doch zes maanden voor motorvoertui-

gen. Wegens art. 1657 B.W. moeten dergelijke termijnen in een koop-verkoop echter veeleer als maximumtermijnen dan als minimumtermijnen beschouwd worden.

Op dit laatste punt is het vonnis wel iets te laks geweest voor de verkoper: niet alleen heeft deze twee jaar gewacht om het wrak opnieuw te verkopen, maar bovendien heeft hij daarna nog minstens twee en een half jaar gewacht om enige schadevergoeding te eisen. Er is rechtspraak die op beide punten een stuk strenger is (zie bv. Kh. St-Niklaas, 18 november 1958, *R.W.*, 1959-60, 1280; Kh. Brussel, 18 oktober 1977, *B.R.H.*, 1978, 200; *Hof Bergen*, 4 maart 1975, 243; *Hof Antwerpen*, 26 januari 1978, *T.Aann.*, 1978, 227, noot Gevaert, H.; sommige van deze gevallen werden als rechtsverwerking besproken door Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1988, nr. 147 in fine).

Anderzijds kon de koper moeilijk klagen over de laattijdigheid van de vordering tot schadevergoeding van de verkoper, nu hij deze vordering zelf had uitgelokt door een tergende en roekeloze eis. Doch kan men niet als regel stellen dat men de bewaringskosten in beginsel niet hoger mag laten oplopen dan de waarde van de verkochte, maar niet afgehaalde zaak (vgl. ook Demogue, R., *Traité des obligations*, VI, nr. 26 en 45)? Indien de vergoeding wegens tergend en roekeloos geding gerechtvaardigd was, zou ik dit niet zo zeker durven stellen wat betreft de toekenning van bewaringskosten ten belope van 12.000 fr. (zelfs al was dit een flink stuk minder dan de gevorderde 66.000 fr.).

Matthias E. Storme

VREDEGERECHT TE WILLEBROEK

29 DECEMBER 1989

Rechter: de h. Pourtois

Advocaten: mrs. Lacourt en Marijnen

Huur – Huurschade – Herstelling door nieuwe huurder – Schuldvorderingsrecht van de verhuurder – Rechtsmisbruik

Na het herstel van de huurschade door de nieuwe huurder wil de verhuurder, door zijn eis tot betaling van de huurschade, een recht uitoefenen met de enkele bedoeling de door hem aan de eerste huurder wegens genotsderving betaalde som te recupereren. De uitoefening van dit recht op huurschade zou in casu neerkomen op de uitoefening van een recht op een wijze die de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dit recht door een voorzichtig bedachtzaam en vooral redelijk mens.

Ofschoon het schuldvorderingsrecht van de verhuurder tot vergoeding van door de huurder veroorzaakte huurschade ontstaat op het ogenblik van de beëindiging van de huurovereenkomst, en de eisbaarheid of de betaling van de vergoeding voor huurschade niet afhankelijk is van het al dan niet uitvoeren van de herstelling door de verhuurder, dient te worden nagegaan, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden, of de verhuurder in werkelijkheid wel schade geleden heeft.

D. t/ De C. en S.

Op 12 augustus 1969 wordt er een handelshuurovereenkomst aangegaan tussen wijlen B. Clementine (rechtsvoorganger van eiseressen) en verweerders met betrekking tot het kwestieuze pand gelegen te Willebroek, (...).

In deze huurovereenkomst staat vermeld: «De huurders verklaren bovendien het gehuurde goed in goede staat van onderhoud en gebruik te hebben ontvangen en nemen de verplichting op zich bij het einde van de huur het in dezelfde staat van onderhoud en gebruik terug ter beschikking te stellen van de verhuurster.»

Op 21 oktober 1980 werd door de rechtsvoorganger van eiseressen een geding ingesteld strekkende tot de verbreking van de handelshuurovereenkomst wegens achterstand van huurgelden (AR 4826).

Staande het geding betaalden de verweerders de achterstallige huurgelden en sindsdien betaalden zij de volledige huur.

Bij hetzelfde geding werd door verweerders een tegenvordering ingesteld strekkende tot uitvoering van werken ten laste van de eigenaar en tot bepaling van de genotsderving.

Op 3 april 1981 wordt door de vrederechter van Willebroek bij tussenvonnis de heer Jozef B. als deskundige aangesteld.

Op 7 maart 1983 stuurt de deskundige zijn verslag in voorlezing meldende dat eventuele aanmerkingen hem dienen te bereiken vóór 27 maart 1983.

Door stilzitten van partijen wordt dan na aanvraag door verweerders op dd. 10 november 1986 het slot van het verslag van de deskundige in de procedure AR 4826 neergelegd op 23 februari 1987.

Op 31 augustus 1987 ontruimen verweerders het pand.

Op 9 september 1987 wordt door de architect Hugo L., door beide partijen aangesteld, overgegaan tot het opmaken van een plaatsbeschrijving, zonder schatting.

Op 30 september 1987 dagvaarden huidige eiseressen de verweerders tot betaling van huurschade, subsidiair tot aanstelling van een deskundige.

Bij vonnis van 20 november 1987 werd architect Hugo L. aangesteld tot vaststelling, beschrijving en raming van de huurschade.

Wat betreft de hoofdvordering

Overwegende dat de hoofdvordering strekt tot betaling van een vergoeding wegens huurschade bij het beëindigen op 31 augustus 1987 van de tussen partijen bestaande handelshuurovereenkomst, aangegaan op 12 augustus 1969;

Overwegende dat artikel 1 van voormelde handelshuurovereenkomst bepaalt: «De huurders verklaren bovendien het gehuurde goed in goede staat van onderhoud en gebruik te hebben ontvangen en nemen de verplichting op zich het bij het einde van de huur in dezelfde staat van onderhoud en gebruik terug ter beschikking te stellen van de verhuurster»;

Overwegende dat eiseressen terecht aanvoeren dat, conform de overeenkomst tussen partijen en de vroegere wetgeving (huurovereenkomst daterend van vóór 10 januari 1974) de huurder, bij gebreke van plaatsbeschrijving wordt vermoed het gehuurde in goede staat ontvangen te hebben wat betreft de herstellingen ten laste van de huurder en het

in goede staat dient terug te geven (*Le bail en général*, Yvette Merchiers, *Répertoire Notarial*, 1989, nr. 280);

Overwegende dat het vermoeden van het oud artikel 1731 B.W. vóór de wetwijziging in 1973 een weerlegbaar vermoeden is;

Dat verweerders op hoofdeis opwerpen dat in andere procedures tussen partijen is komen vast te staan dat het pand ernstige gebreken vertoonde die door de hoofdeiseressen niet werden verholpen;

Overwegende dat verweerders op hoofdeis tevens beweren dat door die gebreken niet alleen genotsderving is ontstaan, maar tevens schade aan behang, schildering en ruiten op zodanige wijze dat het herstel ervan door de huurders geen zin zou hebben gehad zolang de gebreken door hoofdeiseressen niet werden hersteld;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat partijen reeds sinds 1973 tegen elkaar procederen, onder meer op grond van wederzijdse verwijten wegens niet vervullen van de verplichtingen van huurders en verhuurders;

Dat immers uit een vonnis van deze rechtbank van 3 juni 1988, gevoegd bij stuk 16 dossier van verweerders op hoofdeis, het volgende blijkt:

- op 12 augustus 1969, geregistreerd te Mechelen op 18 augustus 1969, verhuurde wijlen de moeder van eiseressen op hoofdeis, mevrouw B. Clementina het pand gelegen te Willebroek, (...), hoofdzakelijk bestemd tot het drijven van een kleinhandel aan eisers op tegeneis;
- op 11 maart 1974 werd door huurders gedagvaard in kort geding tot aanstelling van een deskundige;
- door beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen van 14 maart 1974 werd als deskundige aangesteld architect Egide D.;
- op 6 april 1974 bezorgde deze deskundige een vereenvoudigd verslag aan partijen strekkende tot een minnelijke regeling met de vermelding dat zijn opdracht verviel indien geen klachten meer werden geuit;
- in een schrijven van 8 augustus 1974 laat deskundige D. weten aan de raadsman van eisers op tegeneis dat het door de deskundige meegedeelde voorstel zijn vruchten had afgeworpen maar dat hij, na klacht van eisers op tegeneis, opnieuw waterinfiltratie had vastgesteld voortkomende van andere plaatsen dan van de herstellende waterput, en stelt nieuwe middelen voor om de waterinfiltratie te bestrijden;
- op 25 mei 1977 dagvaardden de huurders (eisers op tegeneis) de verhuurster (rechtsvoorganger van huidige eiseressen op hoofdeis) tot huurhernieuwing van de handelshuurovereenkomst;
- de verhuurster had zich hiertegen verzet, beweerend dat er zware tekortkomingen waren van de huurders, zijnde gebrek aan onderhoud van het pand, waarbij de verhuurster bij conclusie de aanstelling van een deskundige vroeg;
- door vonnis van de vrederechter van het kanton Willebroek van 23 juni 1978 werd de heer B. als deskundige aangesteld teneinde de staat van onderhoud van het pand na te gaan en de oorzaken van het gebeurlijk gebrek aan onderhoud aan te duiden, alsmede de huurwaarde van het pand te bepalen;
- deskundige B. deelde op 12 juni 1979 zijn verslag mede in voorlezing;
- eindvonnis werd geveld op 18 april 1980 waarbij de huurhernieuwing werd toegestaan en de huurprijs werd opgetrokken tot 17.000 frank per maand;

– op 21 oktober 1980 dagvaardde de verhuurster tot betaling van achterstallige huurgelden en ontbinding van de huurovereenkomst wegens wanbetaling;

– bij tegenvordering wordt door de huurders (eisers op tegeneis) de aanstelling gevraagd van een deskundige;

– bij tussenvonnis van de vrederechter van het kanton Willebroek van 3 april 1981 wordt vastgesteld dat de achterstallige huurgelden volledig betaald zijn, wordt de vordering tot ontbinding van de huurovereenkomst afgewezen en worden verweerders op hoofdeis veroordeeld tot betaling van de interesten en de gerezen kosten;

– op de tegeneis wordt de heer J.B. aangesteld als deskundige met onder meer als opdracht advies te geven over de staat van de stalen ramen aan de voorzijde van het gebouw, de staat van de vloeren, waterinsijpeling in de kelder, eventuele genotsschade per maand;

– zes maanden na deze uitspraak, namelijk op 29 oktober 1981, wordt de deskundige door eisers op tegeneis in werking gesteld;

– het deskundig verslag wordt slechts op 7 maart 1983 in voorlezing aan partijen meegedeeld;

– bij brief van 28 maart 1983 maken eisers op tegeneis opmerkingen met betrekking tot het terras;

– na deze brief van eisers op tegeneis komt er geen bericht meer van de deskundige;

– op 22 augustus 1986 wordt door eisers op tegeneis een geding ingesteld tot hernieuwing van de handelshuurovereenkomst op dezelfde voorwaarden als voorheen; ze doen afstand van geding en rechtsvordering bij ons vonnis van 24 april 1987;

– op 10 november 1986 wordt deskundige B. door eisers op tegeneis aangeschreven teneinde zijn verslag (waarvoor hij in 1981 in werking was gesteld) ter griffie neer te leggen;

– de deskundige sluit zijn verslag af op 23 februari 1987 en legt het ter griffie neer op 5 maart 1987;

– op 4 maart 1987 vragen eisers op tegeneis de veroordeling tot betaling van een bedrag van 468.000 frank te vermeerderen met de gerechtelijke interesten op basis van genotsderving à 3.000 frank per maand vanaf 1 december 1973.

Eiseressen op hoofdeis hernoemen het geding door akte van 26 augustus 1987.

Overwegende dat ingevolge vonnis van de vrederechter van het kanton Willebroek van 3 juni 1988 eiseressen op hoofdeis, verweersters op tegeneis, werden veroordeeld tot betaling van genotsderving van 82.500 frank te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf 6 maart 1981, omdat uit het deskundig verslag was gebleken dat door gebreken aan stalen ramen, verzakking van de vloer van keuken en bakkerij en waterinsijpeling in de kelder, genotsderving was ontstaan;

Dat tegen dit vonnis geen hoger beroep werd ingesteld, en eiseressen op hoofdeis op 30 september 1988 een som van 171.418 frank hebben betaald aan hoofdsom, interesten en kosten;

Overwegende dat bij schrijven van de raadslieden van beide partijen op 7 en 8 september 1987 in gemeen akkoord architect L. wordt aangesteld om een feitelijke vaststelling van het pand te doen op gemeenschappelijke kosten;

Dat deze zijn verslag afsluit op 16 september 1987;

Dat het voorgaande voldoende de verstoorde relaties tussen de partijen aangeeft;

Overwegende dat uit het deskundig verslag van architect L. van 18 februari 1988 blijkt dat hij als leidraad zijn plaatsbeschrijving van 16 september 1987 heeft genomen;

Dat door de deskundige op pp. 6 en 7 van zijn verslag wordt vastgesteld: dat de ramen in staal van de verdiepingen van een rudimentaire constructie en van een slechte conceptie waren; dat de metallisatie van een inferieure kwaliteit was; dat het onderhoud of herstel van dit soort fabrikaat als onmogelijk moet worden beschouwd; dat in het gebouw zeer veel koude bruggen voorkomen, eigen aan een constructie van die periode, waardoor zeer veel barsten ontstaan door spanning en condensatie met schimmelvorming; dat dit vooral voorkomt aan de uitbouw erker aan de voorgevel en op de verdieping (zoldering plat dak zonder isolatie); dat een schildering of behang niets helpt om de voornoemde euvels op te heffen en elke koude periode dezelfde verschijnsels veroorzaakt;

Overwegende dat uit al het voorgaande duidelijk blijkt dat het pand niet in die goede staat was als de hoofdeiseressen willen afleiden uit artikel 1 van de tussen partijen gesloten handelshuurovereenkomst van 12 augustus 1969 en dat het vermoeden van het oude artikel 1731 B.W. vóór 1 januari 1974 door de huurders (eisers op tegeneis) voldoende werd weerlegd en ze terecht een aantal schadeposten betwisten;

Overwegende dat derhalve ingevolge de vastgestelde gebreken, allereerst de schadeposten door de deskundige in zijn geheel geschat op 132.187 fr. dienen te worden vermindert;

Dat *in casu* immers de posten voor behang, schilderwerken en vervanging van gesprongen glas te wijten aan de gebreken van de ramen en de vele koude bruggen en gezakte vloer niet ten laste vallen van de huurders;

Dat de vloerbekleding naaldvilt werd gelegd door de huurders;

Dat derhalve enkel de volgende posten in aanmerking komen als vastgestelde huurschade: (...; totaal 36.860 frank);

Overwegende dat het behoud van voorgaande schadeposten is geschied als gevolg van de opmerkingen en vaststellingen van de deskundige opgemaakt in contradictoire plaatsbeschrijving van 16 september 1987 (gevoegd bij zijn deskundigenverslag), en in zijn deskundigenverslag van 18 februari 1988.

Dat immers, zoals reeds gezegd, blijkt dat het gebouw vele koude bruggen vertoonde die maakten dat schildering of behang niets hielp om barsten door spanning en condensatie met schimmelvorming te voorkomen en iedere koude periode dezelfde verschijnselen veroorzaakte;

Dat deze koude bruggen een conceptiefout betekenen in de bouw en men van de huurders niet kan verlangen dat ze telkens zouden opdraaien voor de schilder- en behangwerken die wegens de conceptiefouten om de haverklap noodzakelijk waren;

Dat de deskundige trouwens vaststelt dat de nieuwe huurders (opvolgers van de verweerders op hoofdeis) de noodzakelijke anti-condensatiewerken ook niet hebben uitgevoerd en enkel normaal hebben geschilderd, zodat de volgende winter de fenomenen zich gaan herhalen;

Overwegende dat verweerders op hoofdeis vervolgens beweren dat eiseressen op hoofdeis in werkelijkheid geen enkele schade hebben geleden, aangezien de nieuwe huurders

alle kosten van de bijna volledige afbraak en wederopbouw zelf hebben gedragen;

Overwegende dat hoofdeiseressen laten gelden dat uit het contradictoire plaatsbezoek van 9 september 1987 en de daaropvolgende contradictoire plaatsbeschrijving van 16 september 1987, opgesteld door de architect L., onbetwistbaar blijkt dat er aanzienlijke huurschade is, schade die architect L. in zijn deskundig verslag van 28 januari 1988 begroot op 132.187 frank, B.T.W. inclusief;

Dat hoofdeiseressen stellen dat volgens rechtsleer en rechtspraak het schuldvorderingsrecht van de verhuurder ontstaat op het ogenblik van de beëindiging van de huur, en de eisbaarheid of de betaling van de huurschade niet afhankelijk is van het al dan niet uitvoeren van herstellingswerken door de verhuurder (*Les Nouvelles, Droit Civil*, VI, 1, *Le louage des Choses*, nr. 977; *Bestendig Handboek Huishuur en Handelshuur* van Pauwels en Raes 1987, nr. 225) en het bovendien zonder belang is of de nieuwe huurder op zijn kosten de herstellingswerken uitvoert; in zo'n geval is er geen verrijking zonder oorzaak (*Les Nouvelles*, geciteerd nr. 977, p. 380, nr. 978, p. 380; *Le Bail en général*, Yvette Merchiers, *Répertoire Notarial*, 1989, nr. 287).

Dat derhalve het feit, dat derden, wie ook, nieuwe huurder of aankoper, verbouwingswerken of zelfs afbraak en nieuwbouw doen plaatsgrijpen, in niets het recht van de verhuurder op de huurschade aantast of vermindert;

Overwegende dat ondanks het respect voor de geciteerde rechtspraak en rechtsleer wij van oordeel zijn dat in dit specifiek geval rekening houdend met alle feiten en omstandigheden, dient te worden nagegaan of eiseressen op hoofdeis in werkelijkheid wel schade hebben geleden en de geciteerde rechtspraak en rechtsleer wel zo absoluut is;

Dat in casu verweerders op hoofdeis het pand verlieten op 31 augustus 1987;

Dat reeds op 15 september 1987 aan de nieuwe huurders een vergunning werd afgegeven tot het verbouwen van de achterbouw van 4,40 m breedte op 6,00 m diepte als bakkerij-patisserie;

Dat hieruit blijkt dat tussen hoofdeiseressen en de nieuwe huurders reeds afspraken werden gemaakt nog tijdens de periode dat verweerders op hoofdeis huurder waren, omdat tussen de aanvraag tot verbouwingswerken en het verkrijgen van de vergunning meestal meer dan 14 dagen verloopt;

Dat eiseressen op hoofdeis in betaling van de huurschade hebben gedagvaard op 30 september 1987;

Dat tijdens de persoonlijke verschijning ter zitting is gebleken dat hoofdeiseressen op 30 september 1987 reeds wisten dat ze in feite geen enkele schade gingen lijden, omdat reeds op 1 oktober 1987 een nieuwe huurovereenkomst was gesloten met de nieuwe huurders tegen 25.000 fr. per maand, zijnde dezelfde huurprijs als die door verweerders op hoofdeis betaald, en door de nieuwe huurders op hun kosten omvangrijke veranderingswerken gingen uitgevoerd worden;

Dat de deskundige bij zijn plaatsbezoek op 15 december 1987 onder meer het volgende vaststelde:

«Er werden grootschalige verbouwingswerken uitgevoerd in het gebouw, volgens verklaringen van de eiseressen door de nieuwe huurder. Het gebouw zou verhuurd zijn sinds 1 oktober 1987, waarbij één maand vrije huur om werken uit te voeren. We stellen vast dat de twee verdiepingen, woongedeelte van het handelshuis *volledig* worden hersteld, alle

zolderingen zijn reeds grotendeels bijgewerkt en geschilderd, alle muren zijn grotendeels bijgewerkt en geschilderd of behangen; op de eerste verdieping worden deze werken voltooid. De vroeger bestaande badkamer op de eerste verdieping is uitgebroken, terwijl op de tweede verdieping in een tussenplaats een volledig nieuwe badkamer is ingebouwd. De warmwaterboiler is herbruikt maar verplaatst. Alle vloerbekledingen en traplopers zijn weggenomen en worden vervangen. Alle geschilderd stalen raamwerk is volledig vervangen door nieuw raamwerk in wit gelakt aluminium. Binnendorpels zijn eveneens vernieuwd. Op het gelijkvloers is de winkelruimte volledig uitgebroken en de aanbouw vanop 10.40 m uit de voorgevel gemeten is volledig afgebroken. In de plaats wordt een nieuw gebouw opgetrokken op een diepte van 12 meter, bestaande uit stalen liggers en prefab-dakelementen. De vloer is volledig opgebroken en wordt vervangen. Deze werken werden uitgevoerd door een aannemer. Achteraf stel ik vast dat heel het gelijkvloers uitgebroken werd, en vanaf de etalage tot de achtergevel volledig vernieuwd werd»;

Overwegende dat bij de persoonlijke verschijning ter zitting blijkt dat die omvangrijke werken werden uitgevoerd op kosten van de nieuwe huurder tegen vrijstelling van 1 maand huur tijdens de maand oktober voor uitvoering van die werken;

Dat de door hoofdeiseressen voorgebrachte rekening van 16 maart 1988 van de P.V.B.A. Van M. die betrekking heeft op het vernieuwen van een riool in de kelder en vernieuwing van goot achterdak, ten bedrage van 50.441 frank, niets te maken heeft met huurschade;

Overwegende dat dus in werkelijkheid het pand van hoofdeiseressen op kosten van de nieuwe huurders zeer grondig werd verbouwd en vernieuwd, hetgeen aan het pand een aanzienlijke meerwaarde bezorgde en waarvan de kosten op meer dan 1 miljoen dienen te worden geraamd;

Overwegende dat gezien al het voorgaande *in casu* toch niet van verweerders op hoofdeis kan worden verlangd dat zij bij het verlaten van het pand kosten zouden gedaan hebben onder meer voor behang- en schilderwerken die dan nog meestal in hoofdzak te wijten waren aan conceptiefouten, terwijl zowel hoofdeiseressen als verweerders op hoofdeis wisten dat door de nieuwe huurder nagenoeg alles zou worden verbouwd;

Overwegende dat rekening houdende met al de hierboven omstandig uiteengezette omstandigheden, vaststaat dat hoofdeiseressen in werkelijkheid niet de minste schade hebben geleden en integendeel hun pand op kosten van de nieuwe huurder een meerwaarde heeft gekregen van naar schatting minstens één miljoen;

Dat de rechtbank om al die redenen van oordeel is dat hoofdeiseressen door hun eis tot betaling van huurschade een recht willen uitoefenen met de enkele bedoeling de door hen betaalde som aan verweerders op hoofdeis wegens genotsderving, te recupereren en de uitoefening van dit recht op huurschade *in casu* zou neerkomen op de uitoefening van een recht op een wijze die de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dit recht door een voorzichtig bedachtzaam en vooral redelijk mens;

Dat de hoofdeiseressen derhalve dient te worden afgewezen;

Wat betreft de tegeneis

Overwegende dat de tegeneis na uitbreiding strekt tot betaling van 34.400 frank zijnde 20.000 frank huurwaarborg + interesten 6.400 frank en 8.000 frank voor uitgevoerde werken;

Overwegende dat gezien de hierboven uiteengezette motivering tot afwijzing van de eis tot huurschade, de huurwaarborg van 20.000 frank door verweersters op tegeneis dient te worden terugbetaald;

Overwegende dat artikel 1752bis van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is op de lopende huurovereenkomsten (art. 12 W. 29 december 1983) en derhalve de door eisers op tegeneis gevraagde interesten ten bedrage van 6.400 frank niet dienen te worden toegekend;

Dat de gevraagde som van 8.000 frank voor uitgevoerde werken als niet bewezen dient te worden afgewezen;

(...)

NOOT – Rechtsmisbruik bij de vordering tot vergoeding van huurschade of iets anders ?

1. *De feiten van het geding.* De feiten van het geding waren als volgt. Op 12 augustus 1969 wordt een handelshuurovereenkomst gesloten tussen de rechtsvoorganger (de moeder) van de eiseressen en verweerders (een banketbakker en zijn echtgenote, wonende te Willebroek). De overeenkomst wordt op 18 augustus 1969 te Mechelen geregistreerd. In deze overeenkomst staat o.a. vermeld: «De huurders verklaren bovendien het gehuurde goed in goede staat van onderhoud en gebruik te hebben ontvangen en nemen de verplichting op zich bij het einde van de huur het in dezelfde staat van onderhoud en gebruik terug ter beschikking te stellen van de verhuurster.» N.a.v. een geschil tussen de partijen over de hernieuwing van de huurovereenkomst wordt de huurhernieuwing door de vrederechter toegestaan en de nieuwe huurprijs op 17.000 fr. per maand vastgelegd vanaf 18 april 1980. Als huurwaarborg heeft de huurder 20.000 fr. gestort. Bij het ontruimen van het gehuurde pand door de huurder op 31 augustus 1987 (einde van de huurovereenkomst) kon men vaststellen dat het goed beschadigd was. Op 30 september 1987 dagvaardt de verhuurder de huurder tot betaling van de huurschade voor de vrederechter van Willebroek. Bij tussenvonnis van 20 november 1987 wordt een architect als deskundige aangesteld met als opdracht de huurschade vast te stellen en te beschrijven en de kostprijs ervan te ramen, alsmede de duurtijd nodig om de herstellingswerken uit te voeren. Bij een ander tussenvonnis van 3 juni 1988 van de vrederechter te Willebroek wordt de verhuurder veroordeeld tot betaling van 82.500 fr. omdat uit een deskundigenverslag was gebleken dat wegens gebreken aan stalen ramen, verzakking van de vloer van keuken en bakkerij en waterinsijpeling in de kelder, genotsderving was ontstaan. Men kon in dat deskundigenverslag (van 18 februari 1988) inderdaad o.m. lezen dat de ramen in staal van de verdiepingen van een rudimentaire constructie en van een slechte conceptie waren en dat in het gebouw zeer veel koude bruggen voorkwamen, eigen aan een constructie van die periode, waardoor zeer veel barsten ontstonden door spanning en condensatie met schimmelvorming. Op basis van de in dit deskundigenverslag vastgestelde gebreken werden de aan de huurder te wijten schadeposten in het geheel, oorspronkelijk, op 132.187 fr. geschat. Daar veel schadeposten,

volgens de vrederechter, aan de intrinsieke gebreken van het gebouw en niet aan de fout van de huurder te wijten waren, werd de huurschade verminderd tot 36.860 fr. Intussen was een nieuwe huurovereenkomst sinds 1 oktober 1987 gesloten waarin de huurprijs op 25.000 fr. per maand was vastgesteld. Bij de nieuwe huurovereenkomst was één maand vrijstelling van de huurprijs aan de nieuwe huurder toegekend tegen zijn belofte om herstellingen te laten uitvoeren. De nieuwe huurder liet op zijn kosten het pand grondig verbouwen en vernieuwen. Hier valt op te merken dat deze werken geen herstellingen ten laste van de huurder waren, in de zin van artikel 1754 B.W. De kosten van die werken werden op meer dan 1 miljoen frank geraamd. De verbouwingswerken hebben m.a.w. aan het pand een aanzienlijke meerwaarde bezorgd, want de vrijstelling van huurprijs van één maand, zijnde 25.000 fr., woog niet op tegen de waarde van de door de nieuwe huurder uitgevoerde werken, gecombineerd met het feit dat de huurprijs, in de nieuwe huurovereenkomst, verhoogd werd. De door de verhuurder geleden huurschade werd dan ook meer dan volledig hersteld. Dat verhinderde hem niet om schadevergoeding te vorderen van de eerste huurder.

2. *De clause over de «goede staat» van het pand.* Aangezien dient te worden dat, gelet op de chronologie van de feiten, in het besproken vonnis toepassing wordt gemaakt van het oude artikel 1731 B.W., vóór de wijziging ervan bij de wet van 7 november 1973. Wat de contractuele clause betreft, volgens welke de huurder erkent het pand «in goede staat» te hebben ontvangen, dient te worden opgemerkt dat die clause, volgens de rechter *in casu*, slechts een weerlegbaar vermoeden (*iuris tantum*) schept dat het gehuurde pand zich werkelijk in goede staat bevindt op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst. Dit vermoeden kan bijgevolg teniet worden gedaan door bewijs (geleverd bv. door een deskundigenverslag, zoals *in casu*, of getuigenissen) dat beschadigingen aan het goed bestonden vooraleer de huurder het genot ervan kreeg. Dit standpunt stemt overeen met de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 26 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 863). Het blijkt echter dat dit weerlegbaar karakter van het vermoeden slechts de verborgen gebreken en beschadigingen dekt. Wat de gebreken betreft die zichtbaar waren bij het tot stand komen van de huurovereenkomst en waarvan de huurder zich rekenschap had kunnen en moeten geven, schept de verklaring het pand in goede staat te hebben ontvangen een onweerlegbaar vermoeden (*iuris et de iure*) dat het gehuurde pand werkelijk in goede staat was op het ogenblik van het ontstaan van de overeenkomst (Cass., 4 februari 1960, *Pas.*, 1960, I, 631, *R.W.*, 1960-61, 990). De zichtbare beschadigingen en gebreken die de huurder, op dat ogenblik, niet opgeeft, terwijl hij erkent het pand in goede staat ontvangen te hebben, zijn dan ook te zijnen laste. Krachtens artikel 1732 B.W. zijn de verborgen en niet-verborgen beschadigingen, die na de totstandkoming van de overeenkomst zijn ontstaan maar die niet aan de huurder te wijten zijn, ten laste van de verhuurder. In dit geval moet de huurder bewijzen dat die beschadigingen buiten zijn schuld hebben plaatsgehad.

3. *De aansprakelijkheid van de huurder na het herstel van de huurschade door een derde.* In *casu* wordt ook de vraag gesteld of de huurder van het betalen van de aan hem te wijten huurschade vrijgesteld wordt indien een derde persoon (bv. de nieuwe huurder) de schade op zijn eigen kosten heeft

hersteld. Behoudt de verhuurder m.a.w. zijn schuldvorderingsrecht als de huurschade door een derde persoon en op kosten van laatstgenoemde hersteld werd? De heersende rechtspraak en rechtsleer verdedigen het volgende standpunt: in elk geval waarin het gehuurde goed door de huurder, zijn huisgenoten of onderverhuurders beschadigd wordt, heeft de verhuurder, bij de teruggave van het goed een schuldvorderingsrecht tegenover de huurder (Merchiers, Y., *Bijzondere overeenkomsten*, 3e druk, Gent, Story, 1989, pp. 150-151; «Le bail en général», in *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 1989, losbl.; Nyckees, J. in *Bijzondere overeenkomsten*, eerste band, Antwerpen, Kluwer, 1990, B.W. art. 1735-5, losbl.; Pauwels, A. en Raes, P., *Bestendig handboek huishuur en handelshuur*, Brussel, Excelsior, 1987, nr. 225, losbl.). Dit recht ontstaat, volgens dezelfde rechtspraak en rechtsleer, wanneer de huurder de zaak teruggeeft. Vóór de teruggave kan de huurder zelf zorgen voor het herstel van de schade. Na de teruggave moet hij de vergoeding in speciën betalen en mag hij dus niet meer kiezen tussen de betaling van de schadevergoeding en het zelf herstellen van de schade (Nijckees, J., *o.c.*, B.W. art. 1735-3). De betaling *in natura* zou dus, voortaan, onmogelijk worden. Volgens hetzelfde standpunt moet de huurder de schadevergoeding betalen zelfs wanneer de nieuwe huurder de verbintenis op zich neemt om de huurschade te herstellen (Cass., 25 januari 1980, *Pas.*, 1980, I, 597; Rb. Brugge, 4 januari 1979, *Res Jurr.Imm.*, 1979, 175), omdat hij zijn betaling niet afhankelijk zou kunnen maken van effectieve reparatie (Nijckees, J., *o.c.*, B.W. art. 1735-3). Na het herstel van de huurschade door een derde persoon zou de aan de verhuurder betaalde vergoeding geen verrijking zonder oorzaak zijn. Immers, het verzuimen van zijn contractuele verplichting door de huurder zou de oorzaak zijn van de «verrijking» (Rb. Brussel, 22 december 1956, *J.T.*, 1957, 234; Vred. Sint-Truiden, 7 maart 1972, *T.Not.*, 1974, 159). Volgens de hier besproken rechtspraak en rechtsleer doet dus de betaling door de nieuwe huurder de schuld van de eerste huurder niet teniet.

4. *Het herstel in natura van de huurschade.* De hierboven besproken rechtspraak noopt tot minstens twee opmerkingen. Ten eerste blijkt zij in te druisen tegen artikel 1236 B.W., dat bepaalt dat de betaling van een schuld door een derde, onder sommige voorwaarden, de schuldenaar van zijn schuld bevrijdt (de bespreking van deze wettelijke bepaling wordt verder in deze noot uiteengezet, zie *infra*, § 5). Ten tweede dient opgemerkt te worden dat het standpunt, volgens hetwelk de schuldenaar, na de teruggave van het goed, niet meer *in natura* mag betalen, tegen de regel indruist volgens welke de betaling, in beginsel, altijd wel *in natura* mag geschieden (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.III, 3e ed., 1967, nr. 94, p. 122). Dit beginsel geldt zowel voor de vrijwillige betaling als voor de gedwongen tenuitvoerlegging van de verbintenis (De Page, H., *o.c.*, nr. 94, p. 122, en nr. 67, pp. 89-90). Hier wordt men dan met twee mogelijkheden geconfronteerd. Ofwel verwerpt men deze rechtspraak omdat zij strijdig is met een rechtsregel (art. 1134 B.W.) en met de wil van de partijen; dan is men van mening dat de betaling *in natura* mogelijk moet blijven zelfs na de teruggave van het goed. Ofwel aanvaardt men haar als een uitzondering op het gemene recht. Wordt zij als een uitzondering aangenomen, dan dient zij bijgevolg strikt geïnterpreteerd te worden. Omdat deze rechtspraak ontstaan is

m.b.t. de huurder die de huurschade niet herstelt met het oog op de teruggave van het goed, moet zij beperkt blijven tot de betaling door de huurder zelf. Het blijkt dat het toepassingsgebied van deze rechtspraak niet kan worden uitgebreid tot de betaling die door een derde (vooral als deze, zoals *in casu*, niet in de naam van de betrokken huurder handelt) wordt gedaan. Dit betekent dat, zelfs indien men de hier besproken rechtspraak aanvaardt t.o.v. de huurder, de betaling *in natura* (d.i. de algemene regel) voor derde personen mogelijk moet blijven. In ieder geval wordt dan ook de eerste huurder van zijn schuld bevrijd door de herstelling van de huurschade door de nieuwe huurder. Deze oplossing zou buiten enige betwisting staan indien de nieuwe huurder de uitdrukkelijke intentie had gehad om de schuld van de eerste huurder te betalen. Zulk een intentie blijkt echter niet uit het feitenrelaas. Maar het is ook waar dat artikel 1236 B.W. de geldigheid van de betaling door een derde niet afhankelijk maakt van de voorwaarde dat de betaler de intentie heeft om de schuldenaar van zijn schuld te bevrijden. Trouwens, de betaling door een derde hoeft niet in het uitsluitend belang van de schuldenaar te gebeuren om geldig te zijn (Cass., 12 januari 1872, *Pas.*, 1872, I, 34). In dit verband voorziet artikel 1236 B.W. uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat de betaler in zijn eigen naam handelt. *In casu* zou dan ook de betaling door de nieuwe huurder geldig zijn, zelfs indien de betaler absoluut geen bedoeling had om de schuldenaar te bevrijden van zijn schuld.

5. *Het herstel van de huurschade door een derde en artikel 1236 B.W.* Artikel 1236 B.W. regelt o.a. de vraag of er al dan niet andere personen zijn dan de schuldenaar zelf die geldig kunnen betalen. Het antwoord op deze vraag is dat een verbintenis kan worden voldaan door ieder die daarbij belang heeft, gelijk een medeschuldenaar of een borg. Deze opsomming is niet beperkend, zodanig dat de nieuwe huurder aan de lijst voorbeelden kan worden toegevoegd. Aanvaardt men niet dat de nieuwe huurder een belang heeft bij de betaling van de schuld van zijn voorganger, dan moet men hem beschouwen als een derde zonder belang, in de zin van het tweede lid van artikel 1236 B.W. Een derde zonder belang kan geldig betalen mits hij in naam en tot kwijting van de schuldenaar handelt of mits hij, handelende in zijn eigen naam, niet in de rechten van de schuldeiser gesteld wordt. Er zijn dus twee mogelijkheden: de derde handelt in naam van de schuldenaar of in zijn eigen naam. Als hij in naam van de schuldenaar handelt, is er geen probleem: de schuld gaat teniet zodra hij betaalt. *In casu* maakt het feitenrelaas het niet mogelijk te besluiten of er al dan niet een afspraak was tussen de twee opeenvolgende huurders i.v.m. het herstel van de huurschade. Het blijkt echter dat de nieuwe huurder niet in naam van de eerste huurder, maar wel in zijn eigen naam heeft gehandeld. Dan moet men aannemen dat de nieuwe huurder ook in zijn eigen naam heeft betaald. In dit geval maakt artikel 1236, *in fine*, B.W. het tenietgaan van de schuld afhankelijk van de voorwaarde dat de nieuwe huurder niet in de rechten van de verhuurder gesteld wordt. Hier moet men dus onderzoeken of er al dan niet subrogatie plaatsvindt, ten voordele van de nieuwe huurder. Als men *in casu* de subrogatie aanneemt, verworpt men tegelijkertijd het tenietgaan van de schuld. Wordt de subrogatie verworpen, dan neemt men aan, overeenkomstig artikel 1236 B.W., dat de schuld tenietgegaan is. Is er wel subrogatie?

6. *Subrogatie in de rechten van de verhuurder?* *In casu* kan er geen sprake zijn van subrogatie. Subrogatie of indeplaatsstelling in de rechten van de schuldeiser ten voordele van een derde persoon die hem betaalt, geschiedt bij overeenkomst of krachtens de wet (art. 1249 B.W.). Er is geen andere weg naar subrogatie. De indeplaatsstelling bij overeenkomst moet uitdrukkelijk zijn (art. 1250 B.W.; Cass., 17 maart 1952, *Pas.*, 1952, I, 448) en krachtens artikel 1250 B.W. geschieden. *In casu* geeft het feitelijke relaas geen blijk van een dergelijke overeenkomst tussen de verhuurder en de nieuwe huurder of van een overeenkomst in de zin van artikel 1250, 2°, B.W. De verhuurder (de oorspronkelijke schuldeiser) vordert trouwens de betaling van de huurschade in zijn eigen naam en voor zijn rekening, wat blijkt een ontkennning te zijn van enig bestaan van contractuele subrogatie. Er kan immers geen betaling met indeplaatsstelling zijn wanneer de oorspronkelijke schuldeiser al zijn rechten tegen de schuldenaar behoudt (Cass., 5 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 223). Er is ook geen wettelijke subrogatie omdat het hier besproken geval niet valt onder gevallen van wettelijke subrogatie opgesomd in artikel 1251 B.W. Indeplaatsstelling krachtens artikel 1251 B.W. krijgt immers strikte toepassing, en mag per analogie niet tot overeenkomstige gevallen uitgebreid worden (Cass., 30 maart 1944, *Pas.*, 1944, I, 283). Omdat het onderhavige geval in artikel 1251 B.W. niet wordt opgesomd, kan er dan ook geen sprake zijn van wettelijke subrogatie. Er bestaat ook geen specifieke wetsbepaling die, buiten het Burgerlijk Wetboek, de nieuwe huurder in de plaats stelt van de eerste huurder. Overigens wordt algemeen aangenomen dat zelfs in de gevallen waarin de betaling de subrogatie tot gevolg heeft, de schuld slechts blijft bestaan tegenover een nieuwe schuldeiser. Ze gaat teniet ten opzichte van de oorspronkelijke schuldeiser. De derde-betaler (*in casu* de nieuwe huurder), treedt in het geval van subrogatie immers in de rechten van de schuldeiser (*in casu* de verhuurder) (Cass., 5 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 223; 2 december 1949; *Pas.*, 1950, I, 204). Dit betekent *in casu* dat, zelfs indien subrogatie plaatsvindt, het schuldvoorkeursrecht aan de nieuwe huurder en niet aan de verhuurder zou toebehoren.

7. *De schade wordt geraamd op het ogenblik van de einduitspraak.* Aan de hand van de hierboven vermelde beschouwingen over betaling en subrogatie kan men besluiten, m.b.t. het hier besproken geval, dat de betaling door de nieuwe huurder de schuld van de eerste huurder tegenover de verhuurder tenietgedaan heeft. De rechter heeft dus gelijk gehad de schuldvordering van de verhuurder af te wijzen, omdat er geen schuld meer was van de eerste huurder tegenover de verhuurder. De verhuurder kon dus niet van de eerste huurder schadevergoeding verkrijgen. Immers, een van de voorwaarden van de schadeloosstelling in het gemene recht is dat de schade niet reeds vergoed mag zijn. Het hof van Cassatie heeft herhaaldelijk beslist dat de begroting van de schade op het tijdstip van de einduitspraak (en niet vroeger) moet geschieden (zie bv. Cass., 1 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1086; *Pas.*, 1976, I, 1046; *R.W.*, 1976-77, 211, met concl. adv.-gen. H. Lenaerts; Cass., 21 juni 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 1189; *Pas.*, 1976, I, 1153; zie ook Schuermans, L., Schrijvers, J., Simoens, D., Van Oevelen, A. en Schamp, H., «Overzicht van rechtspraak, onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1977-1982)», *T.P.R.*, 1984, 511 e.v.). De meeste van de bedoelde arresten werden gewezen inzake

onrechtmatige daad. Aan te stippen valt echter dat het Hof van Cassatie het principe dat de schade op het ogenblik van de einduitspraak moet worden begroot, reeds eerder had aangenomen inzake contractuele aansprakelijkheid (zie bv. Cass., 27 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1222, *Pas.*, 1974, I, 1128, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9412). Opgemerkt dient te worden dat dezelfde beginselen gelden in de Franse rechtspraak (*Encycl. Dalloz*, tw. «Dommages-intérêts», nr. 107). Het is dan ook duidelijk dat de huurschade, door de verhuurder geleden, op het ogenblik van de definitieve rechterlijke uitspraak begroot moet worden. Weliswaar ontstaat de aanspraak op schadevergoeding op het ogenblik waarop de schade zich heeft voorgedaan, of waarop haar toekomstig ontstaan, naar redelijke verwachting, zeker vaststaat (Ronse, J., *Schade en schadeloosstelling*, 2e druk, A.P.R., Gent, Story, 1984, nr. 150). Maar tussen het ontstaan van de schade en haar waardering kunnen zich verschillende gebeurtenissen voordoen die het bestaan en de omvang van de schade kunnen beïnvloeden (Ronse, J., *ibid.*, nrs. 366-368). Een schade die niet meer bestaat op het ogenblik van de uitspraak kan geen aanleiding meer geven tot vergoeding.

8. *Het rechtsmisbruik.* De rechter heeft de hierboven besproken beginselen *in casu* niet aangewend, maar is toch ook, langs een andere weg, tot de conclusie gekomen dat het feit dat de nieuwe huurder de huurschade volledig heeft hersteld, de verhuurder zijn schuldvorderingsrecht heeft doen verliezen. De rechter is van mening dat de hierboven onder § 3 besproken rechtspraak, die een tegenovergesteld standpunt inneemt (zie *supra*, § 3), «niet absoluut is» zodat ervan afgeweken kan worden, «rekening houdend met alle feiten en omstandigheden». De rechtbank doet geen beroep op artikel 1236 B.W. of op het beginsel van de betaling *in natura* maar wel op de leer van het rechtsmisbruik om zijn afwijkend standpunt te verdedigen. Het misbruikte recht is, volgens de rechter, het schuldvorderingsrecht van de verhuurder tegenover de eerste huurder wegens huurschade. Volgens de rechter is er rechtsmisbruik omdat de nieuwe huurder de schade heeft hersteld en omdat de uitoefening door de verhuurder van het recht op herstel van huurschade «*in casu* zou neerkomen op de uitoefening van een recht op een wijze die de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dit recht door een voorzichtig bedachtzaam en vooral redelijk mens».

9. *Rechtsmisbruik in het huurrecht.* Het is niet de eerste keer dat de leer van het rechtsmisbruik toegepast wordt in het huurrecht. Enkele jaren geleden nog heeft het Hof van Cassatie de leer van het misbruik van recht inzake een huurovereenkomst toegepast, m.b.t. het keuzerecht van de verhuurder tussen de gedwongen uitvoering en de ontbinding, in het raam van artikel 1184 B.W. (Cass., 16 januari 1986, *Pas.*, 1986, I, 601, *J.T.*, 1986; 404, *T.B.B.R.*, 1987, 130, *R.W.*, 1987-88, 1470, noot Van Oevelen). De andere toepassingsgevallen van het rechtsmisbruik in het huurrecht in de rechtspraak zijn o.a. het misbruik van het verbod van onderverhuur en van huuroverdracht, het misbruik van het recht tot pandbeslag, het misbruik van het recht i.v.m. de wijze van inleiden van een huurgeschil, het misbruik van het opzeggingsrecht, het misbruik van het ontbindingsrecht en de weigering van ontbinding (zie Herbots, J. en Pauwels, C., «Overzicht van rechtspraak (1982-1987): bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, nr. 169, p. 1186 en nr. 176, p. 1194; Hubeau, B. en Rauws, W., «De toepassing van de leer

van het rechtsmisbruik in het huurrecht», tweede deel, *T.B.B.R.*, 1988, 31-51). De leer van het misbruik van recht blijkt dus een ruim toepassingsgebied te hebben in het huurrecht. Niets blijkt dan ook zijn toepassing te beletten op het schuldvorderingsrecht van de verhuurder tegen de huurder wegens huurschade, zoals de rechter het *in casu* heeft gedaan.

10. *De beperkende werking van de goede trouw.* De hier door de rechter (echter niet uitdrukkelijk) gevolgde redenering komt voor in de meeste arresten en vonnissen die de leer van het rechtsmisbruik toepassen. Deze redenering luidt als volgt. De strikte toepassing van de wettekst (*in casu* artikel 1732 B.W.) kan tot een onbillijke of een onredelijke oplossing leiden. Om dit te voorkomen moet men een beroep doen op het begrip van de «goede trouw», de toepassing waarvan het mogelijk maakt dat een onbillijk of onredelijk gevolg van de strikte toepassing van een wettekst vermeden kan worden. Dat is wat men de beperkende of de derogerende werking van de goede trouw noemt (De Bondt, W., «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 124; Dirix, E., «Over de beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988, 660-666; Van Eeckhoutte, W., «De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie», *T.P.R.*, 1990, (971), 979, nr. 13), d.w.z. «dat de goede trouw in bepaalde gevallen de houder van een recht beperkt in zijn mogelijkheden om dit recht ten volle uit te oefenen» (Van Eeckhoutte, W., *ibid.*; zie ook Fagnart, J., «L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion», *R.C.J.B.*, 1986, 285-316; Stijns, S., «Abus, mais de quel(s) droit(s)?», *J.T.*, 1990, 33-34; Storme, M.E., «Contractuele aansprakelijkheid volgens de eisen van redelijkheid (goede trouw) of misbruik van contractueel recht?», *R.W.*, 1986-87, 2799; Van Oevelen, A., «De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (art. 1184), *R.W.*, 1987-88, 1471-1473).

11. *De beslissing past in casu het begrip «rechtsmisbruik» toe.* Algemeen wordt aangenomen dat er een verband bestaat tussen het verbod van rechtsmisbruik en het beginsel van de goede trouw dat een ruimere draagwijdte heeft dan alleen maar het verbod van contractueel rechtsmisbruik (Hubeau, B. en Rauws, W., *o.c.*, p. 122; Van Eeckhoutte, W., *o.c.*, *T.P.R.*, 1990, 980, nr. 13). Het begrip rechtsmisbruik kan worden gedefinieerd «als de uitoefening van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon» (Hubeau, B. en Rauws, W., *o.c.*, p. 118). Wanneer worden deze grenzen overschreden? De rechter ten gronde moet deze vraag oplossen. Hij beoordeelt dan ook op onaantastbare wijze de omstandigheden die deel uitmaken van het rechtsmisbruik. Hiervoor bestaan geen objectieve maatstaven. De beslissing *in casu* past dus het begrip «rechtsmisbruik» toe op het schuldvorderingsrecht van de verhuurder ten gevolge van de door de huurder berokkende huurschade. Het bereikte eindresultaat is dat de verhuurder geen schadevergoeding krijgt. Dit blijkt een rechtvaardige oplossing te zijn o.m. omdat er geen sprake meer kan zijn van schade, omdat die intussen door de nieuwe huurder volledig werd hersteld.

12. *Besluit: dezelfde oplossing was te bereiken zonder een beroep te doen op de leer van het «rechtsmisbruik».* De door de

vrede rechter gevolgd redenering blijkt, *in casu*, te summier te zijn, wat de leer van het rechtsmisbruik betreft, en daardoor verliest ze misschien iets van haar overtuigingskracht. Overigens blijkt «rechtsmisbruik» een omstreden begrip te zijn dat niet altijd goed omlijnd voorkomt. Daarom was het de moeite waard te onderzoeken of de *in casu* bereikte oplossing al dan niet op een andere manier bereikt kon worden (zie *supra*, nrs. 4-7). Het lijkt dat de rechter een beroep kon doen op artikel 1236 B.W. om aan te tonen dat de verhuurder *in casu* geen schuldvorderingsrecht meer had i.v.m. de door de eerste huurder berokkende huurschade. De nieuwe huurder heeft immers de schade hersteld en daardoor is de verbintenis van de eerste huurder tegenover de verhuurder tenietgegaan. De schade was reeds vergoed op het ogenblik van de uitspraak en de verhuurder had dan ook geen aanspraak meer op vergoeding.

Matthias Niyonzima
Assistent Instituut voor Contractenrecht
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 januari 1991

Pacht – Recht van voorkoop – Overgedragen aan derde – Pachter die binnen negen jaar van de nieuwe pachtperiode de exploitatie van een deel van het goed overdraagt aan andere personen dan die vermeld in art. 48bis Pachtwet – Schadevergoeding – Te berekenen op de verkoopprijs van alle percelen waarop het recht van voorkoop betrekking had

Het bestreden vonnis (Rb. Verviers, 2 november 1988) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 48bis van de Pachtwet, zoals het toen van kracht was, bepaalde dat de pachter die zijn recht van voorkoop aan een derde heeft overgedragen, gedurende een periode van negen jaar te rekenen vanaf het begin van de nieuwe pachtperiode, de exploitatie van het goed niet mag overdragen aan andere personen dan zijn echtgenoot, zijn afstammelingen of aangenomen kinderen of die van zijn echtgenoot; dat bij overtreding van deze bepalingen de pachter aan de verkoper een schadevergoeding, gelijk aan 20% van de verkoopprijs van 'de betrokken percelen' verschuldigd is;

«Overwegende dat de 'betrokken percelen' die zijn waarop het recht van voorkoop betrekking heeft;

«Dat de schadevergoeding van 20% dus moet worden berekend op de aankoopprijs van alle percelen samen en niet op de prijs alleen van het perceel dat de pachter niet meer exploiteert;

«Dat het bestreden vonnis vaststelt dat het recht van voorkoop gold voor 8.920 m² en beslist dat eiseres als schadevergoeding recht heeft op de helft van 20% van de prijs van het perceel, waarop de pachter de exploitatie niet heeft voortgezet, namelijk 228 m², derhalve voormeld artikel 48bis schendt.»

Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaat: mr. Draps – In de zaak: P. t/ N. en F.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 7 februari 1991

Verjaring – Vordering tot schadevergoeding ex delicto – Termijn – Niet vatbaar voor stuiting op de in het Burgerlijk Wetboek bepaalde wijzen

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 31 januari 1990) beslist dat eisers vordering tot schadevergoeding ingevolge art. 26 van de wet van 17 april 1878 verjaard is. Het vermeldt o.m. dat de te dezen toepasselijke termijn van vijf jaar niet gestuit werd door een dagvaarding in kort geding. Het middel waarin eiser dit laatste aanvecht op grond van de artt. 2242 en 224 B.W., wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat het arrest, in motieven die niet worden aangevochten, beslist dat het feitenbestand dat aan de vordering ten grondslag ligt, 'aan de strafrechtelijke kwalificatie van het misdrijf omschreven in de artikelen 418-420 van het Strafwetboek kan worden onderworpen' en dat derhalve de verjaringstermijn van artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering geldt;

«Overwegende dat, ingevolge het vermelde artikel 26, de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf verjaart door verloop van vijf jaren, te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd; dat de laatste zin van artikel 26 luidt: 'Zij kan echter niet verjaren vóór de strafvordering';

«Overwegende dat daaruit volgt dat de burgerlijke rechtsvordering, wil de eiser het verval ervan door verjaring vermijden, moet worden ingesteld binnen de bepaalde termijn van vijf jaar, met dien verstande dat ze nog rechtsgeldig kan worden ingesteld zolang de strafvordering niet verjaard is;

«Dat de termijn van vijf jaar niet voor enige stuiting op de in het Burgerlijk Wetboek bepaalde wijzen vatbaar is en slechts, als het, zoals te dezen, om een wanbedrijf gaat, bij ontstentenis van enige schorsing van de verjaring van het misdrijf, dank zij een stuiting van de strafvordering, als bedoeld in artikel 22 van de vermelde voorafgaande titel, ten hoogste tot zes jaar kan worden verlengd;

«Dat, nu de beslissing dat de vordering verjaard is, wettelijk verantwoord wordt door de vaststellingen van de rechters, de beschouwingen die het arrest wijdt aan een wijze van stuiting als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek, niet ter zake dienend zijn, zodat het onderdeel, dat opkomt tegen die in rechte overbodige beschouwingen, wegens gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

...

(Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert, eerste voorzitter – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Houtekier en De Gryse – In de zaak: Van L. t/ W. e.a.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 11 februari 1991

Verjaring – Burgerlijke vordering uit misdrijf – Toepassing van art. 26 W. 17 april 1878 – Bescherming van het loon en betaalde feestdagen – Vereiste – Vaststelling van misdrijf dat toe te rekenen is aan de werkgever, zijn aan-

gestelden of gemachtigden

Het bestreden arrest (Arbh. Luik, 19 oktober 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat, naar luid van artikel 26 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, 'de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf, verjaart door verloop van vijf jaren, te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd; zij kan echter niet verjaren voor de strafvordering';

«Overwegende dat inzake bescherming van het loon der werknemers, en betaalde feestdagen, de bepalingen inzake verjaring van de uit een misdrijf voortvloeiende burgerlijke rechtsvordering dus de vaststelling van de feitenrechter vereisen dat een misdrijf is gepleegd dat in de regel is toe te rekenen aan de werkgever, zijn aangestelden of gemachtigden;

«Dat het arrest bijgevolg, door alleen erop te wijzen dat voornoemd artikel 26 hoe dan ook diende te worden toegepast, ook al is niet behoorlijk aangetoond dat het misdrijf aan de werkgever is toe te rekenen, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mrs. Simont – In de zaak: B.V.B.A. Etablissements L. t/ P.

KANTTEKENINGEN

De Europeanisering van Brabant en de taalwetten

In kranten en weekbladen wordt thans weerom geklaagd over culturele moeilijkheden en taaltoestanden in Brabant n.a.v. de aanwezigheid van de zgn. «Eurocraten».

Het probleem is niet eenvoudig, maar intussen bestaan er sinds meer dan 25 jaar wetten die van openbare orde zijn, maar die niet worden toegepast. De Bestuursaalwet dagtekent van 1963 en het Nederlands taaldecreet van 1973. Ook de Franstaligen hebben hun taaldecreeën, o.m. van 1978 en 1982.

Op bepaalde gebieden, zoals het taalgebruik in het bedrijfsleven, bestaan er dus wettelijke bepalingen, die echter meestal onbekend zijn gebleven, bij de bedrijven, hun raadslieden en de magistraten.

Het taaldecreet van 1973 is van toepassing op documenten, voorgeschreven door de wet of bestemd voor het personeel, maar ook op de sociale betrekkingen, zowel mondelinge als schriftelijke individuele en collectieve contacten tussen werkgevers en werknemers (briefwisseling: Arbh. Brussel, 2 maart 1976).

De sanctie op de inbreuk op de taalvorm is de absolute nietigheid van het stuk of de handeling; bovendien legt het decreet administratieve geldboetes en correctionele straffen op. De rechter dient de nietigheid van geschreven stukken ambtshalve vast te stellen en de vervanging te bevelen. De nietigverklaring laat de rechten van derden onverminderd. De stukken zullen pas uitwerking hebben vanaf de indiening van de vervangende stukken op de griffie van de bevoegde rechtbank.

De Bestuursaalwet blijft toepasselijk op de gemeenten met faciliteiten in het Nederlands en Frans taalgebied, in het Duits taalgebied en in Brussel-Hoofdstad. Deze wet is enkel van toepassing op geschreven stukken voorgeschreven door de wet of bestemd voor het personeel, en uitgaande van particuliere nijverheids-, handels- en financiebedrijven, maar niet voor de mondelinge sociale betrekkingen. De bedrijven met exploitatiezetel in de zes randgemeenten moeten de voorgeschreven stukken in het Nederlands opstellen. De sanctie is een «voorlopige» nietigheid, de vertaling dient aange-

vraagd te worden in een procedure voor de vrederechter. De vervanging heeft uitwerking op de datum van het vervangen bescheid.

Na het arrest van het Arbitragehof van 30 januari 1986 (*R.W.*, 1985-86, 1990) dient aanvaard te worden dat de localisatie van de exploitatiezetel van de werkgever of het bedrijf in een bepaald taalgebied determinerend is voor het verplicht taalgebruik in de akten en bescheiden voorgeschreven door wetten en reglementen of bestemd voor het personeel, en voor de sociale betrekkingen tussen werkgever en werknemer. Deze akten en bescheiden dienen gesteld te worden in de taal van het gebied waar de werkgever of het bedrijf zijn exploitatiezetel heeft, ook voor bescheiden bestemd voor personen gevestigd in een ander taalgebied of in het buitenland.

Het Hof van Cassatie heeft een ontleding gemaakt van de Bestuursaalwet en beslist dat het in de lijn ligt, zowel van de grondwettelijke omschrijving van de taalgebieden als van de taalwetgeving in bestuurszaken en voor het bedrijfsleven, dat, wanneer een taalregeling voor Brussel-Hoofdstad en een voor een eentalig Nederlands of Frans gebied tegelijk toepasselijk zijn, de regeling voor het eentalig gebied de voorrang heeft op die voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad (*Cass.*, 30 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 104). Na bovenvermelde uitspraak zal dit geval zich haast niet meer kunnen voordoen.

Alvorens bv. de taaltoestanden in Brabant (in Europees verband) aan te klagen zou men de wettelijke middelen moeten bezigen. De rechter is hiertoe trouwens verplicht.

I. De Weerdt

BOEKEN

P. BATTIAU, T. BONTE, S. VAN CROMBRUGGE en J. VAN DYCK, **Fiscale programmawetten 1990. Roerende inkomsten. Bevek en Bevak**, Kalmthout, Biblo, 1991, 159 pp. en 95 pp. (bijlagen)

Zij die na de ingrijpende fiscale hervormingen van 1988 en 1989 hadden gehoopt dat de wetgever (tijdelijk) een moratorium in acht zou nemen, zijn duidelijk bedrogen uitgekomen. Het jaar 1990 was immers goed voor maar liefst drie belangrijke fiscale wetten: de wet van 22 februari 1990 (verlaging van de roerende voorheffing op interesten van nieuwe leningen, obligaties enz.) en de programmawetten van 20 juli 1990 en 28 december 1990. Met de laatste twee wetten worden weliswaar geen fundamentele hervormingen doorgevoerd, maar worden wel een aantal niet onbelangrijke wijzigingen aan de bestaande wetgeving aangebracht. Daarnaast moet ook de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties in de financiële markten worden genoemd. Deze wet regelt o.m. het fiscaal statuut van de Belgische instellingen voor collectieve belegging.

Door het veelvuldige wetgevend optreden is het voor degenen die zich niet dagelijks met het fiscaal recht bezig houden, vaak een moeilijke opgave om een duidelijk inzicht in deze materie te behouden. Hierop inspeland heeft de uitgeverij Biblo reeds een aantal jaren dossiers uitgegeven die telkens betrekking hebben op de recente ontwikkelingen in het fiscaal recht. Het besproken boek is het veertiende deel uit deze reeks. Kenmerkend voor de Biblo-reeks «Fiscaliteit» is dat de lezer vrij snel na de totstandkoming van de fiscale wetten een accurate, kritische en gedocumenteerde analyse wordt geboden. Telkens worden via veelvuldige verwijzingen naar de parlementaire voorbereiding de achterliggende bedoelingen van de wetgever in verband gebracht met de niet altijd daarmee overeenstemmende wettelijke bepalingen en worden voorts disparate wetwijzigingen op een oordeelkundige wijze in het geheel geplaatst van het geldende fiscale recht. Ook dit dossier beantwoordt volledig aan dat schema.

In het eerste hoofdstuk bespreekt S. Van Crombrugge de impact van de programmawet van 28 december 1990 op het inkomstenbelastingrecht. Hij behandelt eerst de verschillende vormen van oneigenlijk gebruik die de wetgever heeft willen bestrijden, zoals o.m. de beperking van de aftrek wegens bedrijfsverliezen verricht door de vennoten of leden van lichamen zonder rechtspersoonlijkheid, het oneigenlijk gebruik van de coördinatiecentra, de praktijk van

couponstripping en bondsplitting. Vervolgens bespreekt hij de beperkingen aan de fiscale stimuleringsmaatregelen zoals o.m. de investeringsaftrek, de fictieve roerende voorheffing bij coördinatiecentra en ondernemingen in T-zones. Ten slotte overloopt hij de diverse wettelijke bepalingen die erop gericht zijn de leemten en onvolkomenheden in de bestaande wetgeving weg te werken.

In het tweede hoofdstuk onderzoekt dezelfde auteur op een indringende wijze het fiscaal statuut van de instellingen voor collectieve belegging zoals dit wordt geregeld door het nieuwe beurswetboek (W. 4 december 1990). Zowel de BEVEK en de BEVAK als de beleggingsfondsen worden besproken. Van Crombrugge besluit dat de wetgever bij de uitbouw van het fiscaal statuut van de beleggingsvennootschappen een aantal steken heeft laten vallen. De wettelijke regeling bevat namelijk een aantal punten die voor discussie vatbaar zijn en waarover in de nog beperkte doctrine reeds onenigheid is gerezen. Men denke bijvoorbeeld aan de vraag of de roerende voorheffing tot de belastbare grondslag van de beleggingsvennootschap moet worden gerekend (zie hierover Van Crombrugge, S., «Behoort de RV tot de belastbare grondslag van een beleggingsvennootschap», *Fiskoloog*, nr. 332, 28 maart 1991, 6-8; Couturier, J.J. en Peeters, B., «De fiscale aspecten van de beleggingsvennootschappen», in *Het nieuwe beurswetboek*, Rechtspersonen en vennootschapsrecht, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1991, nr. 16, te verschijnen).

De mini-programmawet van 20 juli 1990 wordt in het derde hoofdstuk besproken door J. Van Dyck. Deze wet gaat hoofdzakelijk over de belastingvermindering voor werklozen, het K.B. nr. 15, de aftrek van interesten van een kapitaallening, de terugbetaling van de milieuvriendelijke katalysator en enkele bepalingen inzake de B.T.W. en de accijnzen.

De fiscaliteit van de roerende inkomsten is sinds 1988 diverse malen gewijzigd. In het vierde hoofdstuk geeft T. Bonte een overzicht van de huidige stand van zaken. Hij wijst op een aantal onvolkomenheden en vragen die de nieuwe regelingen oproepen. Voorts bespreekt hij enkele constructies die thans vooral voor particulieren, mogelijkheden tot belastingbesparing bieden.

Het boek wordt afgesloten met een handig thematisch overzicht van de diverse fiscale bepalingen van de wetten van 20 juli, 4 december en 28 december 1990 en van uittreksels uit de parlementaire voorbereiding.

Bruno Peeters

C. JANSSEN en J. VERVAELE, **Le ministère public et la politique de classement sans suite**, Centre National de la criminologie, Publication nr. 14, Bruylant, Brussel, 1990, 418 pp.

Het boek van Christiane Janssen en John Vervaele verschijnt op een ogenblik dat het openbaar ministerie ter discussie staat. Het is opgebouwd in vier delen.

Deel I bevat een juridische analyse van het statuut en de functies van het openbaar ministerie in de gerechtelijke praktijk. Hierbij wordt vanzelfsprekend het opportuniteitsbeginsel versus het legaliteitsbeginsel behandeld en de dualiteit van de functies van het openbaar ministerie wordt eveneens belicht. De aandacht gaat verder naar de afdoening buiten proces, waarvan het toepassingsgebied aanzienlijk werd uitgebreid door de wet van 28 juni 1984, en naar de overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van het openbaar ministerie. Dit eerste deel wordt beëindigd met een overzicht van de toepassing van het beginsel van de opportuniteit in Frankrijk, Nederland en Groot-Brittannië en van het beginsel van de legaliteit in de Duitse Bondsrepubliek.

In deel II gaan de auteurs over tot een historische benadering van de seponeringspraktijk en van de wijzen waarop het openbaar ministerie kennis krijgt van de feiten. Deze historische benadering wordt uitgevoerd op nationaal niveau en op het niveau van de drie parketten, die ook in het deel IV, gewijd aan de actuele toestand, dieper worden bestudeerd (Brussel, Gent en Namen). In dit deel II hebben de auteurs te kampen gehad met de erbarmelijke toestand van de gerechtelijke statistieken in ons land. M.b.t. de bestudeerde periode 1836-1982, bestaat er slechts een homogene en exhaustieve rubricering van de gronden van seponering voor de periode 1836-1920 en voor de periode 1980-1982. Zeer terecht werden wegens historische redenen de jaren 1916-1920 buiten beschouwing

gehouden zodat de historische benadering betrekking heeft op de periodes 1836-1916 en 1980-1982. Uit dit deel blijkt dat de seponeringstrend op het nationale vlak in 1926 voor het eerst de 550% overschrijdt en dat dit spijcijs in Brussel bereikt werd in 1901, in Gent in 1925 en in Namen pas in 1959. Verder wordt duidelijk dat de magistraten van het openbaar ministerie, wat de gronden van de seponering betreft, in de vorige eeuw veeleer seponeerden om technische redenen dan om opportuniteitsredenen en dat de meeste zaken bij het openbaar ministerie thans toekomen via de politiediensten, terwijl in de periode na de onafhankelijkheid een groot aantal zaken ter kennis werd gebracht via de burgemeester, de bos- en de veldwachters, de burgerlijke partijen...

Deel III is vooral gewijd aan het moeilijke probleem van de rubrieken van de seponeringspraktijk. Hierbij leggen de auteurs de nadruk op het verschil in het materiaal van de verschillende parketten en van het Nationaal Instituut voor de Statistiek en op de circulaire van korpschefs die richtlijnen verschaffen m.b.t. de aanwending van deze rubrieken.

Het laatste deel gaat over de studie van dossiers aangelegd op de parketten van Brussel, Gent en Namen in 1985 m.b.t. vier specifieke misdrijven: diefstal aan toonbank, overtreding op de wapenwetgeving, opzettelijke slagen en verwondingen en bankbreuk. De auteurs hebben die keuze verricht omdat een vergelijking tussen de wijze van seponering van de drie in het onderzoek betrokken parketten slechts zin heeft wanneer het om dezelfde misdrijven gaat. In dit deel worden een aantal verschillen tussen de drie parketten blootgelegd, o.m. de ongelijke toepassing van de afdoening buiten proces, de aanwending van de praetoriaanse waarschuwing of berisping aan de vermoedelijke dader... Deze verschillen worden ook gerelativeerd. De magistraten van het openbare ministerie interpreteren immers niet altijd op dezelfde wijze de rubrieken van de seponeringsgronden. Wat hier om technische redenen wordt geseponeerd, wordt elders op basis van opportuniteitsredenen zonder gevolg gelaten. Terecht wordt ook aandacht besteed aan de interne organisatie van de parketten en o.m. aan de visa-praktijk, die volgens het onderzoek weinig effect sorteert. Dit deel betreft in feite een diepgaand onderzoek dat verder reikt dan de seponeringspraktijk en o.m. betrekking heeft op de wijze waarop het parket de feiten verneemt, de omvang van de eerste opsporingen, het verloop van tijd tussen de vaststelling van de feiten en de mededeling aan het openbaar ministerie, de aard van het bevolen bijkomend opsporingsonderzoek en dus de informatie waarover de magistraten beschikken alvorens een beslissing te nemen. Hierbij worden alleen de geseponeerde zaken bestudeerd en worden de dossiers die aanleiding hebben gegeven tot vervolgingen, niet bij het onderzoek betrokken.

Het boek van C. Janssen en J. Vervaele kan het startpunt zijn van bezinning over de seponeringspraktijk los van elke politieke bedoeling, maar ook los van elke corporatistische reflex. Het zou gepast zijn dat thans over het boek discussievergaderingen worden belegd tussen de auteurs en parketmagistraten die bij de afloop van het onderzoek betrokken werden. Anders rijst weer het gevaar dat dit de zoveelste inspanning over de strafrechtsbedeling is die tot niets leidt.

Alain De Nauw

P.M. FRIELINK, **Inleiding fiscaal strafrecht**, Studiepockets strafrecht nr. 22, uitgave W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, 108 pp.

Met deze studiepocket wil de auteur, officier van justitie in het arrondissement Utrecht, nader ingaan op enkele bijzonderheden van het fiscale strafrecht zoals de steeds aanwezige mogelijkheid van «samenloop» in de meest ruime zin van het woord.

De aandacht gaat hierbij primair naar de fiscale strafbepalingen van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) zoals deze geconcentreerd liggen in de artikelen 68 en 69.

Bij de bespreking van de onderscheidene strafbaarstellingen wordt nader ingegaan op de bepaling van artikel 68, lid 3, AWR, luidens welke geen strafvervolgning kan worden ingesteld «indien de schuldige alsnog een juiste en volledige aangifte doet of juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt voordat hij weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat een of meer ambtenaren de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal

worden». Deze zgn. vervolgingsuitsluitingsgrond wordt «inkeerbelating» genoemd.

In verband met de samenloop maakt de auteur een onderscheid tussen de samenloop van frauduleuze gedragingen die alle van fiscaal huize zijn (interne samenloop), en de samenloop van een fiscale met een commune delictomschrijving zoals valsheid (externe samenloop).

Wat dit laatste betreft is in de strijd tegen de belastingfraude een belangrijke rol weggelegd voor art. 225 Sr., dat het vervalsen en gebruik van geschriften met bewijsbestemming strafbaar stelt. De Hoge Raad beschouwt blijkens de Witz-Vitesse beschikking (H.R., 23 februari 1982, *N.J.*, 1982, 647, m.nt. A.L.M.) artikel 68 AWR niet als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 225 Sr. omdat het door artikel 68, tweede lid, bedoelde misdrijf niet alle bestanddelen van artikel 225 Sr. bevat (p. 33). De vraag of er eendaadse of meendaadse samenloop is tussen beide bepalingen, hangt af van de strekking die aan de in het geding zijnde strafbepalingen wordt toegekend. Indien wordt gezegd dat bij art. 225 Sr. de betrouwbaarheid van schriftelijke stukken vooropstaat en bij art. 68 AWR de bescherming van de overheidskas, is er meendaadse samenloop. Indien echter de nadruk wordt gelegd op het onmiskenbaar aan beide bepalingen verbonden bedrogaspect, is er eendaadse samenloop.

Wat betreft het voorbereidend onderzoek in strafzaken vergelijkt mr. Frielink de opsporingsbevoegdheid van de fiscale ambtenaren met de betredingsbevoegdheid van opsporingsambtenaren in het algemeen in het Wetboek van Strafvordering en komt zij tot de conclusie dat deze ruimer is.

De Hoge Raad ontkent het verschoningsrecht aan registeraccountants en belastingconsulenten (p. 48). Nog volgens de Hoge Raad is het af luisteren van de telefoon van een functioneel verschoningsgerechtigde welke door deze overwegend in de uitoefening van zijn beroep wordt gebruikt, niet toegelaten zonder diens toestemming. De rechtsleer oordeelt dat dergelijke bescherming te ver gaat.

In de concentratie van controle- en opsporingsbevoegdheden bij dezelfde ambtenaren is de kiem gelegen van een tweetal problemen, namelijk van de sfeeraccumulatie en het sfeerverkeer. In verband met het probleem van de sfeeraccumulatie gaat de Hoge Raad akkoord met het toepassen van controlebevoegdheden mede ter opsporing; het toepassen van controlebevoegdheden uitsluitend ter opsporing zou détournement de pouvoir zijn (p. 57). Over het strafvorderlijk gebruik van op onrechtmatige wijze verzamelde controlegegevens bestaat geen jurisprudentie.

Inzake het administratiefrechtelijke boetesysteem merkt de auteur op dat een verhoging van het in de aanslag begrepen belastingbedrag door de wetgever als een straf beschouwd wordt en niet als een vergoeding voor de bij de belastingdienst aangerichte schade. Ook de Hoge Raad ziet het opleggen van een fiscale verhoging als het instellen van een strafvervolgning in de zin van art. 6, lid 1, E.V.R.M. (pp. 64-69). Alle processen-verbaal betreffende bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten — ook die welke zijn opgemaakt door algemene opsporingsambtenaren — moeten volgens art. 80, lid 2, AWR worden gezonden naar het bestuur, d.w.z. de directeur van 's Rijks belastingen. In de praktijk worden processen-verbaal pas volledig opgemaakt indien fiscus en openbaar ministerie gezamenlijk hebben besloten dat de zaak strafrechtelijk dient te worden afgedaan.

Vele gevallen van belastingfraude kunnen zowel administratiefrechtelijk als strafrechtelijk worden bestraft. Teneinde een dubbele bestraffing te voorkomen heeft de Nederlandse wetgever zgn. anticumulatievoorschriften in het leven geroepen (artt. 9, lid 4, 18, lid 3, en 21, lid 2, AWR).

Onder omstandigheden kan een administratiefrechtelijk beboete belastingplichtige belang hebben bij een strafvervolgning. Dat belang komt duidelijk tot uiting op het ogenblik dat hij verwacht dat een ter zake van het beboete feit ingestelde strafvervolgning zal resulteren in een vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgning. Art. 12 Sv. voorziet hierbij in een bijzondere procedure.

Het werk van mr. P.M. Frielink biedt een bondig en goed gestructureerd overzicht van het fiscaal strafrecht in Nederland en bevat benevens een zaken- en jurisprudentieregister ook een lijst van verkort aangehaalde literatuur. De lijst van gebruikte afkortingen maakt het werk toegankelijk voor buitenlandse juristen.

J. Luyckx

VÉRONIQUE JANSSEN, *Les Codes pénaux belge et français à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Préface de Jean P. Spreutels, uitgave E. Story-Sciencia, 1990, 228 pp.

In deze monografie in de reeks publikaties verzorgd door de «Ecole de sciences criminologiques Léon Cornil» beoogt de auteur op een systematische wijze een analyse te maken van de strafrechtelijke doctrine en de criminologische stromingen die aan de basis liggen van de hervorming van de Belgische en Franse wetboeken van strafrecht door ze te plaatsen in hun Europese context. In haar keuze liet zij zich leiden door het feit dat beide staten op hetzelfde tijdstip het proces van de hervorming van hun strafwetboek op gang hebben gebracht — nl. de jaren '70 — en zulks in gelijklopende stadia. Bovendien stond het Franse wetboek model voor het Belgische.

Bij wijze van inleiding geeft de auteur een overzicht van de twee polen die de huidige strafrechtstheorie beheersen, namelijk de neo-klassieke opvatting en de opvatting bekend onder de naam «sociaal verweer», later getemperd tot «modern sociaal verweer», alsmede de weerslag die beide doctrines hebben nagelaten op de wetgeving van de onderscheiden landen.

Mej. Janssen geeft vervolgens een overzicht van de wijze waarop de laatste decennia tal van landen hun strafwetboek geheel of ten dele vernieuwd of aangepast hebben in verhouding tot de steeds meer dringende behoeften van de bescherming van de maatschappij. In België werd bij koninklijk besluit van 6 april 1976 een Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek ingesteld. Ook in Frankrijk werd een commissie in het leven geroepen die, onder het voorzitterschap van de toenmalige minister van Justitie, Robert Badinter, in juni 1983 een nieuw voorontwerp van het algemeen deel van het Strafwetboek indiende, waaraan tot nog toe geen uitwerking is gegeven.

De auteur stelt de vraag of de hervorming die beoogd wordt in Frankrijk en België, het compromis in de huidige wetboeken zal opruimen of in stand houden. Om hierop een antwoord te geven zet zij alle leidinggevende principes in de ontwerpen die zich in de neo-klassieke lijn bevinden op een rij: de wettelijkheid van de misdrijven en de straffen, drieledige indeling van de strafbare feiten, evenredigheid van de straf tot de zwaarte van het strafbare feit, strafrechtelijke aansprakelijkheid als grondslag van de bestraffing, bezorgdheid om de doelgerichtheid en bepaalde functies van de straf. Vervolgens behandelt zij de principes ontstaan uit de school van het positivisme zoals deze doorwerken in de beweging van het modern sociaal verweer, zoals het rekening houden met de gevaarlijkheid van de dader (poging, deelneming, samenloop en herhaling), de mogelijkheid om, benevens straffen, beveiligingsmaatregelen te treffen, scepticisme ten aanzien van de gevangenis, strijd tegen de korte gevangenisstraf, individualisering, diversifiëring en personalisering van de straf, afschaffen van de strafminima, motivering van de straffen, sociale herklassering, humanisering, eerbiediging van de rechten van de mens, vertrouwen in de rechterlijke macht, meer bepaald door de uitvoering van de straffen toe te vertrouwen aan de rechterlijke macht. Bovendien wordt een toenemende aandacht besteed aan het slachtoffer en, ondanks een tendens tot criminalisering in bepaalde domeinen, is er een uitgesproken bezorgdheid om te depenaliseren en te decriminaliseren.

Het compromis tussen «schuldigheid» en «gevaarlijkheid», tussen het neoklassieke strafrecht en het modern sociaal verweer komt inzonderheid tot uiting in de uitholling van het principe van de wettelijkheid geconfronteerd met de wetgevende inflatie en de uitbreiding van de bevoegdheden van de rechter bij de keuze van de sancties. Er is dus een continuïteit in de hervorming bij het volgen van de middenweg.

De auteur is ook voorstander van vereenvoudiging en actualisering van de wetboeken zonder afbreuk te doen aan de continuïteit en de criminologische tradities van beide landen.

Sommige opvattingen die een afschaffing voorstaan, worden uitdrukkelijk verworpen. Integendeel noteert men in België in ieder geval een bezorgdheid om het terrein van het strafrecht te verruimen tot bepaalde repressieve ingrepen die als bestuurlijk worden gekwalificeerd, alsook verscheidene vormen van minnelijke schikking. De auteur ziet geen plaats in de hervorming voor sommige opvattingen, zoals de radicale criminologie, de neomarxistische, of die van de «labeling», als basis voor de verschijnselen van decriminalisering, depenalisering of criminalisering. De verklaring voor die verschijnselen ligt veeleer in de noodzaak de actualisering van de

beschuldigingen te bewerkstelligen en in de laatste ontwikkelingen van de beweging van het modern sociaal verweer, die resoluut humanistisch en progressief zijn. De vraag rijst of de hervormingen, globaal beschouwd, zullen leiden tot versterking of afzwakking van de repressie. In dit opzicht ziet de auteur het debat tussen voor- en tegenstanders van de opname in het wetboek van de materie geregeld door aanvullende wetten (jeugdbescherming, probatie en sociaal verweer) veel meer als steriel. Integendeel lijkt een indirecte toename van de penale sfeer door het instellen van zgn. alternatieve straffen meer voelbaar.

Ten slotte zijn de Belgische en de Franse hervorming gekenmerkt door een criminologische politiek die ingewikkeld is, gediversifieerd en verdeeld tussen objectieven die verband houden met de zorg om doeltreffendheid en humanisme. Dat is trouwens een gemeenschappelijke tendens in alle staten van West-Europa, uitgezonderd Scandinavië.

De auteur bespreekt aan het einde van haar studie de factoren die tot nog toe een herziening van het strafwetboek in de weg stonden en haar toekomst hypothekeren, met name het tweevoudige probleem van de structurele opbouw en vormgeving van de hervorming: enerzijds tussen het algemeen deel en het bijzondere deel en anderzijds tussen het strafwetboek en het wetboek van strafrechtspleging. Gelet op de aanzienlijke technische moeilijkheden is zij voorstander van welomschreven speerpunthervormingen. Maar er is ook het politieke element dat de toekomst hypothekeert. Naast de traagheid van de wetgevende procedures zijn er ook de veelvuldige politieke crisissen en terughoudendheid. Aan het slot van haar zorgvuldig uitgewerkte analyse komt de auteur dan ook tot het pessimistische besluit dat alle inspanningen die tot op heden gedaan zijn om tot een hervorming te komen, uiteindelijk zullen stranden op «une réforme sans avenir... ou un avenir sans réforme».

De studie is sterk gedocumenteerd en bevat meer dan 365 voetnoten en wetenschappelijke verwijzingen. Een uitvoerige bibliografie rond het geheel af.

J. Luyckx

AANGEKONDIGD

A.J. VAN DEN BERG, *Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage?* (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer, Kluwer, 26 p., 17,50 fl.

Liber Amicorum N.B.W. Opstellen aangeboden aan mr. drs. B.C. De Die, Arnhem, Gouda Quint / Deventer, Kluwer / Zwolle, Tjeenk Willink, 192 p., 47,50 fl.

J.A.E. VERVAELE, *E.E.G.-fraude en Europees economisch strafrecht* (Serie Europese monografieën 35), Deventer, Kluwer, 314 p., 80 fl.

J.H. HERBOTS, *De transnationale koopovereenkomst. Het Weense koopverdrag van 1980*, Leuven, Acco, 232 p., 820 fr.

F.H.J. MIJNSSEN, G.H.A. SCHUT, *Bezit, levering en overdracht* (Studiepockets privaatrecht nr. 26), Zwolle, Tjeenk Willink, 188 p., 48,50 fl.

M. DEVROEY, *Bouw wetboek*, Hoeilaart, eigen uitgave, 432 p., 2.490 fr.

J.A.M. VAN DEN BERK, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 298 p.

W.J. WITTEVEEN, P. VAN SETERS, G. VAN ROERMUND, *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle, Tjeenk Willink, 260 p., 57,50 fl.

K. BOELE-WOELKI (T.M.C. Asser Instituut), *Tekstuitgave I.P.R.*, Deventer, Kluwer, 674 p., 135 fl.

D. PIETERS, (ed.), *Social security in Europe. Miscellanea of the Erasmus programme of studies relating to social security in the European communities*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 296 p., 2.450 fr.

D. PIETERS, (ed.), *Introduction au droit de la sécurité sociale des pays de la communauté Européenne*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 262 p., 1.650 fr.

D. PIETERS, (ed.), *Introduction into the social security law of the member states of the European community*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 252 p., 1.650 fr.

Eigendom ten titel van beheer naar komend recht (Verslag van de vergadering van de Vereniging Handelsrecht, 27 april 1990), Zwolle, Tjeenk Willink, 94 p., 21,50 fl.

M. BARELS (ed.), *Kroniek van het strafrecht 1990*, Arnhem, Gouda Quint, 33 fl.

C.W. DE MONCHY, L. TIMMERMAN, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 B.W.* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, 1991), Zwolle, Tjeenk Willink, 190 p., 29,50 fl.

DIJK / VAN DER PLOEG *Van vereniging, coöperatie en stichting* (tweede druk, bewerkt door T.J. Van der Ploeg (red.), H.J. De Kluiver, C.H.C. Overes, C.A. Schwarz), Arnhem, Gouda Quint, 294 p., 63 fl.

MEDEDELINGEN

I.T.O.A.U. — Lunchcauserieën

Het Interdisciplinair Trefpunt Ondernemingen — Administraties — Universiteit organiseert drie lunchcauserieën in de salons van het I.T.O.A.U., Tervurenlaan 52 te Brussel, nl:

- op 30 mei 1991: Het witwassen van geld: Belgische wetgeving en Europese perspectieven door prof. Ludo Cornelis;
- op 6 juni 1991: Geneesheer, vennootschap en fiscus: enkele specifieke problemen van de professionele vennootschap voor geneesheren door mr. Jean-Philippe Bonte;
- op 13 juni 1991: Sociétés coopératives door de heer Jean Scalais.

Inlichtingen: I.T.O.A.U., tel. 02/736.05.36; fax: 02/734.87.47.

Universitaire Instelling Antwerpen — Vacatures tijdelijk benoemd assistent

Bij het Departement Rechten bestaan vacatures voor:

- een voltijds mandaat van tijdelijk benoemd assistent, met bijzondere belangstelling voor strafrecht en strafvordering
- een voltijds mandaat van tijdelijk benoemd assistent, met bijzondere belangstelling voor personen- en familierecht
- een voltijds mandaat van tijdelijk benoemd assistent, met bijzondere belangstelling voor handels-, economisch en financieel recht
- een voltijds mandaat van tijdelijk benoemd assistent, met bijzondere belangstelling voor het burgerlijk recht (algemeen).

Voor deze betrekkingen komen in aanmerking: licentiaten in de rechten en studenten van het derde licentiaat rechten.

De kandidaten worden verzocht gebruik te maken van de verplichte sollicitatieformulieren en deze aangetekend te richten of persoonlijk te bezorgen voor 8 juni 1991 aan: Universitaire Instelling Antwerpen, Directie personeel, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk.

Bijkomende inlichtingen kunnen worden ingewonnen bij de voorzitter van het departement, prof. dr. M. Rigaux, tel.: 03/820.29.32.

Universitaire Instelling Antwerpen — Vacatures deeltijdse onderwijsopdrachten

Bij het Departement Rechten bestaan vacatures voor deeltijdse onderwijsopdrachten, die beschouwd en bezoldigd worden als opdrachten die uitsluitend onderwijsactiviteiten omvatten:

- Recht en economie (45 u.)
- Bewijsrecht (30 u.)
- Medisch recht (30 u.)
- Milieurecht (30 u.)

De kandidaten worden verzocht gebruik te maken van de verplichte sollicitatieformulieren en deze aangetekend te richten of persoonlijk te bezorgen voor 30 juni 1991 aan: Universitaire Instelling Antwerpen, Directie personeel, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk.

Bijkomende inlichtingen kunnen worden ingewonnen bij de voorzitter van het departement, prof. dr. M. Rigaux, tel.: 03/820.29.32.