

DE WET VAN 19 JULI 1991 BETREFFENDE HET ADMINISTRATIEF KORT GEDING ¹

I. INLEIDING

1. Zonder de Raad van State zou niet meer van een Rechtsstaat kunnen worden gewaagd ². Hoewel de artikelen 92 en 93 van de grondwet een rechterlijke bescherming van alle subjectieve rechten waarborgen ³, kan dit niet meer volstaan: de bevoegdheid van de rechtbanken die uitspraak doen in individuele geschillen met uitwerking 'inter partes', zonder evenwel de onwettige akten en besluiten toe te passen (artikel 107 GW), laat de onwettige overheidsakten zelf onaantast ⁴. De bevoegdheid van de Raad van State, Afdeling Administratie, tot nietigverklaring "erga omnes" van onwettige overheidsbesluiten en -reglementen, maakt het mogelijk het onoverzichtelijk besluitenarsenaal op vordering van benadeelden te zuiveren van onwettigheden. Door de "eenheid van rechtspraak" van dit hoog administratief rechtscollege en de rechtszekerheid die er het gevolg van is, wordt een rechtspraak opgebouwd die de reglementering en besluitvorming van de Overheid ingrijpend beïnvloedt. De preventieve uitzuivering door de Afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft niet alleen betrekking op onwettigheden, maar ook op incoherenties, onduidelijkheden en tegenstrijdigheden. Zonder die preventieve en curatieve controle zou de rechtsonzekerheid zo groot worden dat de rechtspraak en dus de Rechtsstaat zelf in het gedrang zouden komen.

De crisis van de parlementaire democratie en de versterking van de uitvoerende macht hebben de impuls gegeven tot oprichting van de Raad van State bij de wet van 23 december 1946 ⁵.

¹ Wet van 19 juli 1991 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, houdende invoering van een administratief kort geding en instelling van een betrekking van griffier-informaticus (*B.S.*, 12 oktober 1991; erratum *B.S.*, 21 november 1991). De wet is in werking getreden op 22 oktober 1991.

² In de bekende openingsrede van procureur-generaal DUMON "Over de Rechtsstaat", *R.W.*, 1979-80, 274 e.v. en 388 e.v., wordt de rol van het Hof van Cassatie toegelicht in zijn nauwe samenhang met de Rechtsstaat, maar wordt niet gehandeld over de Raad van State.

³ PAUL LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, p. 144, nr. 101; procureur-generaal E. KRINGS, conclusie voor Cass. 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2411-2429; PAUL LEMMENS, Verslag voor het arrest van de Raad van State van 31 oktober 1991, *R.W.*, 1991-92, p. 642, nrs. 23 en 24 en voetnoot 5. Zie ook infra voetnoot 32.

⁴ Openingsrede van procureur-generaal KRINGS op 1 september 1989 "Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht", *Arr. Cass.*, 1989-90, voetnoot nr. 55.

⁵ CHRISTIAN LAMBOTTE schetst de geschiedenis, oprichting en evolutie van de Raad van State (*De Raad van State*, UGA, 2e uitg. 1984, pp. 31-46) en wijst erop dat reeds in 1834 bij de Wetgevende Kamers wetsvoorstellen werden ingediend tot oprichting van administratieve rechtscolleges die uitspraak zouden doen met inachtneming van

2. De rol van de Raad van State dreigde ondermijnd te worden door de onmogelijkheid in te grijpen in afwachting van de uitspraak over de vordering tot nietigverklaring. Doordat de vordering tot nietigverklaring de uitwerking van het aangevochten besluit niet schorst, bestaat het gevaar dat de tijd die nodig is om de vordering te onderzoeken, door het overheidsbestuur wordt aangegrepen om de Raad voor een onomkeerbare situatie te plaatsen, waardoor het latere vernietigingsarrest "zuiver theoretisch" zou worden ⁶.

Het is verwonderlijk dat het administratief kort geding voor de Raad van State zo lang op zich heeft laten wachten: "Qui peut le plus, peut le moins" ⁷. Waarom had de Raad van State 45 jaar na zijn oprichting nog geen schorsingsbevoegdheid ⁸? Het Arbitragehof daarentegen kreeg reeds bij zijn oprichting in 1983 bevoegdheid tot schorsing van wetten en decreten waartegen een beroep tot vernietiging gericht is ⁹. De wetgever vreesde dat de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State de werking van de Overheid zou kunnen verlammen ¹⁰ omdat de Raad van State in een kortgeding-procedure bij een "prima facie"-beoordeling in de schorsing

de rechtsregel en niet uit politieke of uit opportuniteitsoverwegingen. In 1844 concludeerde de rapporteur tot afwijzing van het ontwerp: het was hem niet duidelijk welk nut een Raad van State kon hebben.

In 1935 schreef HENRY DE COSTER-DE GEND: "Het is onmiskenbaar, dat in welingelichte kringen de neiging bestaat om niet toe te laten, dat aan de bewindvoerders grotere macht wordt geschonken, zonder dat daarover het toezicht van de rechterlijke orde terzelfder tijd uitgebreid wordt", en verder: "De sedert jaren gedane pogingen tot oprichting van een Hof voor bestuurlijke geschillen, hebben in ons land steeds schipbreuk geleden, omdat men het niet eens kon worden over de bevoegdheid van dit Hof, in verband met de bepalingen van de Grondwet" (*De oprichting van een rechterlijke Raad van State - Een Hof voor eendracht*, Antwerpen, De Nederlandsche Boekhandel, 1935, p. 4).

⁶ In het advies van de Raad van State over het ontwerp van koninklijk besluit van 27 oktober 1989 wordt dit gevaar zelfs toegepast op de periode die nodig is voor een uitspraak in de vordering tot schorsing (*B.S.*, 11 november 1989, p. 18618).

⁷ KOEN BAERT, "Opschorting van administratieve beslissingen", *T.P.B.*, 1983, 126.

⁸ Voor een overzicht van de voorstellen voor een administratief kort geding tot 1970, zie W. LAMBRECHTS, "De Raad van State, waarheen?", *R.W.*, 1970-71, 240-258; zie ook KOEN BAERT, "Opschorting van Administratieve beslissingen", *T.P.B.*, 1983, 112.

⁹ Artikel 8 van de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof (*B.S.*, 8 juli 1983), thans artikel 19 van de bijzondere wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989 (*B.S.*, 7 januari 1989).

¹⁰ FLAMME, *Droit administratif*, 1989, I, nr. 233, voetnoot 3. In 1978 stelde W. Lambrechts voor in de procedure voor de Raad van State het kort geding en de schorsing van de tenuitvoerlegging in te stellen. Hij omschreef daarbij de voorwaarden om de ongegronde vrees voor misbruiken weg te werken (W. LAMBRECHTS, "De verbetering van het administratief contentieux, Preadvies voor het XXVIII Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging", *R.W.*, 1977-78, 2331-2342).

zou kunnen bevelen telkens als een beslissing vernietigbaar schijnt, waardoor in een aantal gevallen overheidsbeslissingen zouden worden geschorst tot wanneer de annulatievordering wordt afgewezen. Enige achterdocht van wetgevende en uitvoerende macht tegenover rechterlijke controle is geen nieuw verschijnsel. Sinds de bevoegdheid wordt erkend van de rechterlijke macht om in kort geding de schorsing te bevelen van ogenschijnlijk onwettige overheidsbesluiten en maatregelen te nemen ter bescherming van de subjectieve rechten, was er voor de Overheid geen reden om de Raad van State schorsingsbevoegdheid te blijven ontzeggen. Door de schorsing van de tenuitvoerlegging alleen toe te laten als *ernstige middelen* worden aangevoerd die de vernietiging kunnen verantwoorden, en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging een moeilijk te herstellen *ernstig nadeel* kan berokkenen, beoogt de wet van 19 juli 1991 het risico van verlamming der overheidsdiensten te beperken.

3. In een aantal gevallen is de Overheid onmachtig haar onwettig besluit af te dwingen zonder een beroep te doen op de rechterlijke macht, zodat de benadeelde volledige bescherming zal genieten ingevolge de *wettigheidscontrole* van de rechtbanken (artikel 107 GW). De Overheid kan haar ont-eigeningsbesluit niet ten uitvoer leggen zonder tussenkomst van de rechter. Ook de strafrechter zal weigeren de over-treding van een onwettig besluit te bestraffen. In die gevallen is er geen behoefte aan een administratief kort geding. Soms beschikt de benadeelde over een wettelijk georgani-seerde verzetprocedure, zoals tegen een bevel tot staking van de bouwwerkzaamheden (artikel 68 Stedebouwwet).

4. Toch zijn bijna alle overheidsbesluiten uitvoerbaar. In afwachting van een arrest van de Raad van State zonder schorsingsbevoegdheid werd naar *oplossingen* gezocht om de vrij lange periode tussen de vordering tot nietigverklaring en de uitspraak te overbruggen¹¹.

a) Een *schorsingsprocedure* werd ingevoerd voor de Raad van State bij een verzoek tot nietigverklaring van een besluit tot terugwijzing of uitzetting van een vreemdeling uit het land. Tijdens de duur van deze procedure wordt het besluit opgeschort¹².

b) Naar analogie daarvan werd dit automatisme ook ingevoerd voor de schorsingsprocedure bij de Raad van State op grond van de *artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet*¹³. Zoals was verwacht¹⁴, komt de goede werking van de dienst

in het gedrang wanneer de schorsing, hoe kortstondig ook, verkregen kan worden door het louter instellen van een procedure¹⁵. De wet van 19 juli 1991 heeft dit stelsel opgeheven.

c) Ter bescherming van een ernstig bedreigd subjectief recht (art. 18, tweede lid, Ger.W., artt. 92 en 93 Grondwet) vond de benadeelde (sinds 1956) gehoor bij de *kortgeding-rechter*, die bevoegd is om in alle spoedeisende zaken bij voorraad uitspraak te doen, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt (584 Ger.W.).

5. Het succes van de Raad van State heeft geleid tot overbelasting en tot een behoorlijke achterstand, die de noodzaak van een administratief kort geding nog meer laat voelen. Indien het aangevochten besluit of reglement niet geschorst is in afwachting van de nietigverklaring, kan de schade onherstelbaar zijn¹⁶, kan de gepensioneerde overleden zijn, kan het bedrijf dat zijn vergunning niet kreeg, failliet zijn verklaard of kan de loopbaan van de afgezette ambtenaar gebroken zijn. In een gewijzigde context met andere personages wordt het moeilijk de nietigheid door te voeren.

6. De invoering van het administratief kort geding dat de Raad van State ertoe noopt binnen zeer korte termijnen uitspraak te doen, zal de behandeling van de (thans ongeveer 5.000 hangende) annulatievorderingen nog meer vertragen. Een zaak kan aanleiding geven tot opeenvolgende arresten omtrent: 1) voorlopige maatregelen in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid; 2) bevestiging van deze voorlopige maatregelen; 3) voorlopige schorsing en ev. dwangsom; 4) bevestiging van de voorlopige schorsing en ev. dwangsom; 5) wijziging van schorsing/voorlopige maatregelen; 6) intrekking van schorsing/voorlopige maatregelen; 7) vermindering, opschorting of opheffing van de dwangsom; 8) opheffing van schorsing/voorlopige maatregelen; 9) nietigverklaring.

De administratieve nasleep voor de griffie zal niet opgelost worden door de aanstelling van één griffier-informaticus.

Het amendement op het wetsvoorstel om het aantal leden van de Raad van State van 30 te brengen op 36 en het aantal leden van het auditoraat van 48 op 54, werd afgewezen¹⁷.

¹⁵ De verslaggever Cerexhe wees in de Senaat op "les effets pervers" van deze automatische schorsing (*Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2741).

¹⁶ Verslag van Cerexhe voor de Senaat: "Lorsqu'on sait — les cas sont nombreux — qu'entre le dépôt de la requête et le prononcé d'un arrêt d'annulation, s'écoule parfois un laps de temps très long, au cours duquel la décision attaquée, à l'exécution de laquelle il n'aurait pas été sursis, aura causé à l'intéressé un préjudice grave et souvent irréparable, on peut comprendre qu'il devenait urgent de consacrer dans notre arsenal législatif, le principe du référé administratif", (*Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2740).

¹⁷ *Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2745. Het amendement werd door de minister afgewezen om de eenheid van rechtspraak te bewaren en op grond dat de middelen van de Raad van State voor personeel, kredieten en informatica, reeds aanzienlijk werden vermeerderd, met dien verstande dat na verloop van één jaar een evaluatie gedaan zal worden. De bijkomende reden vermeld door de minister "Je ne dispose d'aucun élément permettant d'affirmer que le fait d'instaurer le référé en droit administratif serait de nature à surcharger le Conseil d'Etat", is moeilijker te begrijpen. Misschien moet worden gedacht aan een afschrikkingseffect van de schorsingsbevoegdheid die de Overheid tot grotere voorzichtigheid

¹¹ De gemiddelde duur voor de behandeling voor een Nederlandse landstalgkamer belooft 55 maanden (*Parl. St., Senaat*, 1989-90, nr. 984-2).

¹² Art. 5, tweede lid van het K.B. van 22 juli 1981 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State in geval van beroep tegen de beslissingen bedoeld in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

¹³ Advies van de Raad van State, afdeling wetgeving van 28 augustus 1989 (*B.S.*, 11 november 1989, p. 18618): "Alhoewel de Koning niet uitdrukkelijk gemachtigd is om aan de vordering van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon het specifiek gevolg te verbinden dat ze uit zichzelf, zodra ervan kennis gegeven wordt, de tenuitvoerlegging van een administratieve akte of van een verordening schorst, moet men aannemen dat alleen een zodanig gevolg het mogelijk maakt het door de wetgever nagestreefde doel te bereiken."

¹⁴ KOEN BAERT, *art. cit.*, p. 113.

7. Aan de wens de duur van de annulatieprocedures in te korten wordt door de wet van 19 juli 1991 slechts in geringe mate tegemoet gekomen :

a) Is de akte eenmaal geschorst, dan zal de Raad van State uitspraak moeten doen over de vordering tot nietigverklaring binnen zes maanden na het schorsingsarrest (art. 17, § 4).

b) De Koning kan specifieke regels bepalen voor de behandeling van kennelijk niet-ontvankelijke en kennelijk ongegronde vorderingen tot schorsing (art. 17, § 6 ; cf. infra IV, h).

c) Het administratief kort geding kan de Overheid aanzetten tot grotere voorzichtigheid bij het nemen van betwistbare beslissingen, waardoor het aantal nieuwe vorderingen kan dalen (of minder vlug stijgen ?).

d) Door schorsing, die enkel kan worden uitgesproken indien er ernstige middelen zijn tot nietigverklaring, kan de Overheid ertoe aangezet worden de betwiste beslissing op te heffen of in te trekken¹⁸, waardoor een annulatieprocedure kan worden voorkomen of kan vervallen bij gebrek aan belang.

II. TOTSTANDKOMING VAN DE WET

In de memorie van toelichting wordt een schematisch overzicht gegeven van de zeven wetsvoorstellen die sinds 1961 werden ingediend en die nooit wet geworden zijn, met aanduiding van de voornaamste grondvoorwaarden en procedurele bepalingen¹⁹.

De Raad van State, Afdeling Wetgeving, heeft op 29 november 1990 zijn advies uitgebracht. De commissie van Binnenlandse Zaken van de Senaat besprak het wetsvoorstel op 26 juni 1991. Het geamendeerde ontwerp werd eenparig aangenomen door de twaalf aanwezige leden. Het wetsontwerp werd daags na bespreking en aanvaarding door de Senaat, zonder bespreking aangenomen door de Kamer op 13 juli 1991.

De Minister heeft gewild dat de uitvoeringsbesluiten niet werden afgewacht om de wet te doen in werking treden²⁰. Verschenen in het Belgisch Staatsblad van 12 oktober 1991, is de wet in werking getreden op 22 oktober 1991.

Het Koninklijk Besluit van 5 december 1991 dat in werking is getreden op 15 januari 1992, bepaalt de rechtspleging (hierna procedurebesluit genoemd)²¹.

zou aanzetten alvorens betwistbare besluiten te nemen, waardoor na verloop van tijd minder vorderingen aanhangig worden gemaakt.

¹⁸ Omtrent de voorwaarden voor intrekking, zie FLAMME, *o.c.*, nrs. 224-231.

¹⁹ *Parl. St., Senaat*, 1300-1, 1990-91, nr. 1300/1, pp. 11-13.

²⁰ *Parl. St., Senaat*, Verslag, nr. 1300/2, p. 18 ; *Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2744.

²¹ De wet van 19 juli 1991 geeft de Koning bevoegdheid om, bij een in de Ministerraad overlegd besluit, de procedure te bepalen betreffende de vordering tot schorsing, de voorlopige maatregelen en het vaststellen van de dwangsom. Artikel 46 van het Koninklijk Besluit van 5 december 1991 tot bepaling van rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, (*B.S.*, 14 januari 1992) bepaalt dat het in werking treedt de dag na die waarop het is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

III. HET OOGMERK VAN DE WET

De wet komt tegemoet aan de wens die in de rechtsleer vaak is verwoord om aan de Raad van State kortgedingbevoegdheid toe te kennen "al was het maar omdat de gewone rechter zich alleen maar bevoegd acht waar een subjectief recht in het geding is, niet wanneer alleen de krenking van een belang aangevoerd wordt"²².

Zoals de minister het bondig uitdrukte, wordt door deze wet, in vergelijking met de wet van 16 juni 1989, de schorsingsgrond veralgemeend tot onverschillig welk ernstig rechtsmiddel en het automatisch schorsend karakter opgeheven²³.

IV. KORTGEDING-SPOEDPROCEDURE

De bevoegdheden tot schorsing, tot het opleggen van een dwangsom en tot het bevelen van voorlopige maatregelen, die aan de Raad van State worden toegekend, zijn kortgedingbevoegdheden, waardoor hij "*bij voorraad*" uitspraak doet volgens een spoedprocedure.

Om aan de korte termijnen tegemoet te komen die in de wet worden opgelegd, is de Koning bevoegd om, bij een in Ministerraad overlegd besluit de procedure te bepalen (art. 17, § 6, tweede lid), wat op gedetailleerde wijze is gebeurd bij Koninklijk Besluit van 5 december 1991 (procedurebesluit)²⁴. Het procedurebesluit heeft de partijen en de Raad van State een aantal spoedmiddelen ter hand gesteld :

a) De mededelingen, oproepingen en kennisgevingen aan de partijen of aan belanghebbenden kunnen worden gedaan *per bode*, tegen ontvangstbewijs (art. 3, § 1, eerste lid, procedurebesluit) en in uiterst dringende gevallen met een *fax-apparaat* (art. 3, § 1, tweede lid procedurebesluit).

b) De voorzitter kan de partijen en de belanghebbenden *te zijnen huize* oproepen, ook op feestdagen en zelfs van uur tot uur (artikelen 16 en 33 procedurebesluit).

c) De verwerende partij kan het administratief dossier en haar nota met opmerkingen *per bode* bezorgen, tegen ontvangstbewijs (art. 3, § 2 procedurebesluit).

d) Wie *verstek* laat gaan heeft ongelijk : wanneer de eiser niet verschijnt, noch vertegenwoordigd is, wordt zijn vordering afgewezen (art. 4, derde lid procedurebesluit); de andere partijen die niet verschijnen, noch vertegenwoordigd zijn worden geacht in te stemmen met de vordering (art. 4, vierde lid).

e) Een *te laat ingediende nota* met opmerkingen wordt uit de debatten geweerd (artt. 11, derde lid ; 28, derde lid ; 37, derde lid procedurebesluit).

f) Het *mondeling debat* krijgt een groot belang (art. 4 procedurebesluit).

g) Bij elk processtuk worden door degene die het stuk ondertekent *negen voor eensluidend verklaarde afschriften* ge-

²² BOES, M., *Preventieve rechtsbescherming en bestuurlijke besluitvorming*, I, Leuven, K.U.L., 1975, 348.

²³ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/1, p. 25.

²⁴ Vóór 15 januari 1992 was de rechtspleging in kortgeding voor de Raad van State niet vastgesteld. Deze leemte liet de Raad van State evenwel niet toe zijn schorsingsbevoegdheid niet uit te oefenen, nu de wet in werking is getreden op 22 oktober 1991 en de regeling van de procedure geen voorwaarde is voor de inwerking-treding van de wet.

voegd. Er kan bevolen worden aanvullende afschriften te bezorgen (art. 42, tweede lid procedurebesluit).

h) Bij *kennelijk onontvankelijke of kennelijk ongegronde vordering* kan de auditeur zijn verslag beperken tot dat punt (artt. 12, tweede lid en 30, tweede lid procedurebesluit). In de schorsingsprocedure roept de voorzitter de partijen alsdan op om spoedig en uiterlijk binnen tien dagen na de overzending van het verslag, voor hem te verschijnen en doet hij onverwijld uitspraak (art. 14 procedurebesluit).

i) De hoofdgriffier treedt bijna steeds "onverwijld" op.

V. DE SCHORSING

A. Schorsingsbevoegdheid ongeacht de nietigheidsgrond

Twee jaar nadat het beperkt administratief kort geding voor de Raad van State werd ingesteld tot schorsing van administratieve akten of reglementen wegens aangevoerde schending van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet ²⁵, heeft de wet van 19 juli 1991 het kort geding verruimd tot schorsing van elke aangevochten overheidsakte die vernietigbaar is, ongeacht de aangevoerde nietigheidsgrond.

De schorsingsbevoegdheid op grond van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet liet niet toe dat manifest onwettige besluiten werden geschorst wanneer de onwettigheid niet voortvloeit uit een schending van die grondwetsartikelen. Dit heeft ertoe geleid dat spitsvondigheden werden aangevoerd om toch een beroep te kunnen doen op de schorsingsprocedure ²⁶. Dat te verhelpen was het eerste doel van de wet van 19 juli 1991.

B. De schorsingsbevoegdheid betreft de niet-jurisdictionele overheidsbeslissingen

De Raad van State is sinds 22 oktober 1991 bevoegd de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen van "akten of reglementen van een administratieve overheid" wanneer deze vatbaar zijn voor vernietiging krachtens artikel 14, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (art. 17, § 1).

De wet van 19 juli 1991 maakt geen melding van de "administratieve beslissingen in betwiste zaken", die nochtans in hetzelfde artikel 14, eerste lid, zijn vermeld, maar heeft het alleen over de "akten en reglementen van een administratieve overheid". Er is een belangrijk verschil tussen beide, in die mate dat Jacques Salmon in *Conseil d'Etat* de procedure voor de Raad van State omtrent de administratieve beslissingen in betwiste zaken, d.i. het jurisdictioneel annulatieberoep, in een volledig afzonderlijke titel behandelt (pp. 331-371). Het betreft hier beslissingen van de administratie-

ve rechtscollages, genomen in het kader van de wettelijk georganiseerde administratieve procedures (art. 93 Grondwet) die de Raad van State nietig kan verklaren met verwijzing naar een ander of anders samengesteld administratief rechtscollege ²⁷. Noch in de memorie van toelichting, noch in de bespreking is enige reden opgegeven waarom de administratieve beslissingen in betwiste zaken niet worden betrokken in de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State.

Aangenomen dat wettelijke bepalingen waardoor een bevoegdheid wordt toegekend, niet extensief mogen worden geïnterpreteerd, moet worden besloten dat de verruimde schorsingsbevoegdheid van de Raad van State geen betrekking heeft op de jurisdictionele administratieve beslissingen in betwiste zaken ²⁸ bedoeld in artikel 14 van de wet op de Raad van State en die vatbaar zijn voor nietigverklaring. In welbepaalde procedures van administratieve rechtspraak hebben enkele wetten schorsende werking verleend aan een voorziening bij de Raad van State ²⁹.

Die beperking naar het voorwerp van de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State kan worden verantwoord doordat een jurisdictionele beslissing van een administratief rechtscollege het resultaat is van een wettelijk geregelde contradictoire procedure die bepaalde waarborgen van verdediging biedt voor wie de beslissing aanbelangt en die niet bestaat voor de niet-jurisdictionele administratieve akten en besluiten. Ook in burgerlijke betwistingen heeft de voorziening in cassatie geen schorsende kracht, behoudens wettelijke uitzonderingen (art. 1118 Ger.W.), zoals de voorziening tegen een arrest dat de echtscheiding toestaat (artt. 1274 en 1302 Ger.W.) en in tuchtzaken ³⁰.

Deze beperking naar het voorwerp kan nochtans worden betreurd door verwijzing naar de procedure in burgerlijke tuchtzaken en in strafzaken alwaar de voorziening in cassatie de uitvoering van de veroordeling wel schorst (art. 373 Sv.). De institutionele waarborgen van hoor en wederhoor, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de administratieve jurisdicties zijn niet zo groot als bij de rechtbanken met professionele en voor het leven benoemde rechters en met het uitgewerkt arsenaal van interne controles ³¹, zodat het aanbeveling verdient ook de beslissingen van administratieve jurisdictie onder de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State te laten vallen, vooral in administratieve tuchtzaken, met moeilijk te herstellen schade.

²⁷ Artt. 14 en 15 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

²⁸ JACQUES SALMON, *Conseil d'Etat*, 1987, pp. 340 en 343-347.

²⁹ Wet van 24 juli 1952 i.v.m. de erkenning als lid van het verzet; wet van 12 april 1958 i.v.m. medisch-farmaceutische cumulatie.

³⁰ Art. 477 Ger.W.; Cass. 24 januari 1974, *Pas.*, I, 557; Cass. 13 juni 1975, *Pas.*, I, 981. Ook de voorziening tegen een beslissing van de arrondissementsrechtbank (art. 642 Ger.W.) heeft schorsende kracht. Zie ook art. 654 Ger.W. en art. 287 W.I.B.

³¹ Als regels van interne controle van de rechterlijke macht kunnen worden genoemd: de motiveringsplicht, de openbaarheid van de zittingen en van de vonnissen, de rechtsmiddelen, de controle door het Hof van Cassatie, de rol van het openbaar ministerie. Zie openingsrede E. KRINGS, *loc. cit.*, pp. 24-30.

²⁵ Wet van 16 juni 1989 houdende diverse institutionele hervormingen, hoofdstuk IV, "Wijzigingen van de wetten op de Raad van State", artikel 15. Door dit artikel wordt onder titel III van de wetten op de Raad van State, over de bevoegdheid van de afdeling administratie, hoofdstuk III ingevoegd met het opschrift "De schorsing". De artikelen 17 en 18 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waren opgeheven door de wet van 28 juni 1983 tot inrichting van het Arbitragehof en worden nu opnieuw opgenomen (*B.S.*, 17 juni 1989).

²⁶ *Parl. St., Senaat*, verslag, nr. 1300/2, inleidende uiteenzetting van de minister van Binnenlandse Zaken, p. 2.

C. Schorsingsbevoegdheid

1. De Raad van State kan *als enige* de schorsing van de tenuitvoerlegging bevelen (art. 17, § 1, eerste lid).

Het amendement ingediend in de Senaat om de woorden "als enige" in artikel 17 te doen vervallen, werd verworpen. De verslaggever in de Senaat bevestigde: "Il n'y a plus de compétence possible de la part du président du Tribunal de première instance"³². Meer algemeen heeft de minister de exclusieve bevoegdheid van de Raad van State beklemtoond met de woorden: "L'autorité judiciaire ne pourra plus surseoir en référé à une décision administrative"³³. Deze exclusieve bevoegdheid houdt ook in dat de rechter ten gronde onbevoegd is. Ook de rechtbank van eerste aanleg, die ingevolge artikel 568 Ger.W. bevoegd is om kennis te nemen van alle vorderingen, behalve die welke rechtstreeks voor het hof van beroep en het Hof van Cassatie komen, zal zich onbevoegd moeten verklaren, wanneer de Raad van State bevoegd is.

Zoals alleen de Raad van State bevoegd is om administratieve eindbeslissingen (na aanwending van alle andere wettelijk georganiseerde rechtsmiddelen) te vernietigen, kan hij alleen de tenuitvoerlegging ervan schorsen.

2. Aangezien de schorsingsbevoegdheid in wezen slechts een *afgeleide (accessoire) bevoegdheid* is van de vernietigingsbevoegdheid van niet-jurisdictionele akten en besluiten, is er in *beginsel* een volledig parallellisme tussen beide bevoegdheden:

a) Indien de overheidsbeslissing niet vatbaar is voor nietigverklaring, is zij niet vatbaar voor schorsing door de Raad van State.

b) Behalve indien het aangevochten besluit een ondeelbaar geheel vormt, kan de nietigheidsverklaring en derhalve ook de schorsing slaan op één of meer punten van het aangevochten besluit³⁴.

c) De Raad van State is onbevoegd omtrent een vordering tot nietigverklaring wanneer de ingeroepen middelen hem nopen tot een uitspraak over het bestaan of de draagwijdte van subjectieve rechten³⁵. In die gevallen is de Raad van State ook onbevoegd om te oordelen over de vordering tot schorsing.

d) De bevoegdheid wordt bepaald door het onderwerp van de vordering. Dit geldt zowel voor de vordering tot nietigverklaring als voor de vordering tot schorsing. Zowel de Raad van State als de rechtbanken moeten onderzoeken wat

het werkelijk onderwerp is van de vordering³⁶. Zelfs al strekt een verzoek naar zijn bewoordingen tot schorsing van een vernietigbaar overheidsbesluit, kan het gebeuren dat dit in werkelijkheid strekt tot erkenning van een subjectief recht, zodat de Raad van State zich onbevoegd zal verklaren omdat alleen de burgerlijke rechtbanken bevoegd zijn om te oordelen over subjectieve rechten³⁷.

3. Het betreft een *kortgedingbevoegdheid*. Het parallellisme in de bevoegdheidsproblematiek impliceert geen gelijkheid van de oplossingen. Het betekent niet dat, telkens als de Raad van State zich bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van de vordering tot schorsing, hij zich ook bevoegd dient te verklaren voor de vordering tot nietigverklaring. Na een schorsingsarrest kan de Raad van State zich onbevoegd verklaren omtrent de vordering tussen dezelfde partijen tot nietigverklaring van dezelfde akte. Het tegengestelde is evenzeer mogelijk. De Raad van State die ten gronde oordeelt, is niet gebonden door het arrest in kort geding. Dit wordt nog verduidelijkt door de procedure verschillen tussen de procedure tot nietigverklaring (ten gronde) en de schorsingsprocedure (kort geding):

a) In kort geding kan de Raad van State verplicht zijn uitspraak te doen over de schorsingsvordering nog vóór de termijn voor de indiening van een vordering tot nietigverklaring is verstreken, derhalve zonder kennis te nemen van de middelen tot nietigverklaring en zonder te kunnen onderzoeken of de vordering tot nietigverklaring de Raad zal nopen uitspraak te doen over subjectieve rechten. Zelfs wanneer de Raad van State kennis heeft van het annulatieverzoek, zal hij in kort geding oordelen over de vordering tot schorsing zoals deze gesteld is in het verzoek tot schorsing.

b) Hetzelfde geldt voor de latere middelen die gebaseerd zijn op het administratief dossier van de overheid en waarvan de verzoeker voordien geen kennis had.

c) De summiere kortgedingprocedure beperkt het recht niet van de verzoekende partij om, ingevolge het beschikingsbeginsel, de annulatievordering in te stellen zoals zij het goed acht. De verwerende partij mag een exceptie van onbevoegdheid opwerpen die zij in de kortgedingprocedure niet had opgeworpen. De Raad van State die van het annulatieberoep kennis neemt is gehouden recht te spreken over die vordering in al haar aspecten, zonder daarbij gebonden te zijn door een beoordeling in een kortgedingprocedure toen de vernietigingsmiddelen mogelijk nog niet bekend waren.

4. In zijn inleidende uiteenzetting voor de senaatscommissie heeft de minister in verband met de bevoegdheid van de Raad van State erop gewezen dat "het wetsontwerp noch kan, noch wil afbreuk doen aan de artikelen 92 en 93 van de Grondwet die bepalen dat de geschillen over de *burgerlijke en politieke rechten* tot de bevoegdheid van de rechtbank

³² *Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2745.

³³ *Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2742.

³⁴ JACQUES SALMON, *Conseil d'Etat*, 1987, p. 304. In de bijzondere wet op het Arbitragehof is melding gemaakt van gehele of gedeeltelijke vernietiging en gehele of gedeeltelijke schorsing (artt. 1 en 19 wet van 6 januari 1989).

³⁵ Met subjectieve rechten worden bedoeld de burgerlijke en politieke rechten waarvoor de rechtbanken bevoegd zijn ingevolge de artt. 92 en 93 van de Grondwet. De subjectieve rechten zijn of burgerlijk of politiek. Er is geen derde categorie. Zie Cass. 21 december 1956, *Arr. Verbr.*, 1957, 279, met concl. adv.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *Pas.*, 1957, I, 430; PAUL LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*; JACQUES SALMON, o.c., pp. 87-91; PAUL BERCKX, *150 jaar institutionele hervormingen in België*, p. 21.

³⁶ Cass. (verenigde kamers), 27 november 1952, *Arr. Verbr.*, 1953, 164, met concl. van proc.-gen. CORNIL, *Pas.*, 1953, I, 184. Kritiek op dit arrest van A. MAST, A. ALÉN en J. DUJARDIN niet omtrent het principe dat het werkelijke voorwerp van de vordering bepalend is voor de bevoegdheid, maar omtrent het begrip burgerlijk recht, in *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, 1989, p. 566, voetnoot 30; Cass. 27 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 920.

³⁷ PAUL LEMMENS, o.c., p. 144.

behoren, behoudens, wat de politieke rechten betreft, de bij de wet gestelde uitzonderingen”.

Daaruit heeft de minister besloten:

a) betwistingen betreffende de *subjectieve rechten* moeten dus beslecht worden door de gewone rechtbanken, behoudens, wat politieke rechten betreft, de bij de wet gestelde uitzonderingen;

b) het beroep bij de Raad van State is een *objectief beroep*, gebaseerd op artikel 94 van de Grondwet. Het ontwerp geeft aan de Raad van State geen bevoegdheid om uitspraak te doen betreffende *burgerlijke subjectieve rechten* ³⁸.

Die verklaring kan als volgt worden toegelicht:

a) De artikelen 92 en 93 van de Grondwet geven de wil weer van de grondwetgever om de burgerlijke en de politieke, dit is alle individuele rechten, onder de rechtstreekse bescherming van de rechterlijke macht te plaatsen ³⁹. Voor de burgerlijke rechten is het een exclusieve bevoegdheid, waarvan de wet niet mag afwijken (wel de partijen in de gevallen waarin arbitrage toegelaten is). Het is de roeping van de rechtbanken “in rechte” uitspraak te doen in geschillen. De uitspraak ten gronde houdt een vaststelling in van de rechten van partijen omtrent een betwist punt. In die zin kan worden gesproken van de erkenning of de afwijzing van een *subjectief recht*, waaraan een corresponderende plicht van de tegenpartij beantwoordt. “Er is sprake van een subjectief recht wanneer de rechtsregels die op de relatie van toepassing zijn, op voorspelbare wijze een dwingende gedraging opleggen aan de drager van de plicht” ⁴⁰. Dit betekent evenwel niet dat er “objectieve rechten” bestaan. De Raad van State is niet bevoegd wanneer de vordering strekt tot vaststelling of erkenning van een subjectief recht van de verzoeker (subjectief contentieux).

b) De Raad van State spreekt zich niet uit over de (uiter-aard subjectieve) rechten van de verzoeker, maar alleen over de wettigheid van een voor hem schadelijk of nadelig besluit of reglement en geldt “*erga omnes*”. Daarom kan worden gesproken van een *objectief beroep* tot schorsing of tot nietigverklaring (objectief contentieux).

In de memorie van toelichting ⁴¹ wordt de exclusieve bevoegdheid als volgt verduidelijkt: “Zodra er bij de Raad van State een objectief beroep aanhangig wordt gemaakt, dat wil zeggen een beroep, waarbij, door toepassing van het criterium van het echte voorwerp, de Raad van State zich niet verplicht zou voelen om uitspraak te doen over het bestaan en de reikwijdte van een subjectief recht waarop de eiser zich zou beroepen, zal hij dus bevoegd zijn – met uitsluiting van de rechter in kort geding – om de opschorting te bevelen van de uitvoering die hem gevraagd zou zijn.”

Veel aangevochten overheidsbesluiten (bouwvergunning, benoeming, bevordering,...) verlenen aan de tussenkomende partij een subjectief recht. Kan daaruit worden besloten, zoals Procureur-Generaal Krings doet, dat men dan te maken heeft met een burgerrechtelijk geschil, althans ten op-

zichte van de derde tegen wie de vordering wordt gericht en wiens rechten ter discussie komen ⁴²? Zoals de Procureur-Generaal in dezelfde conclusie bevestigt, is de vereiste van het bestaan van een subjectief recht als grondslag van de vordering volstrekt onontbeerlijk voor het instellen van een vordering voor een rechtscollage van de Rechterlijke Macht ⁴³. Het moet dus gaan om een burgerlijk geschil ten opzichte van de eiser, zoniet is het geen burgerlijk geschil in de zin van artikel 92 van de Grondwet. Het verdwijnen van het subjectief recht dat de tussenkomende partij put uit de nietigverklaring van het Overheidsbesluit, is het gevolg van de nietigverklaring en niet het voorwerp ervan.

Dat het aangevochten Overheidsbesluit zelf een subjectief recht verleent aan de tegenpartij of een tussenkomende partij is dan ook geen grondwettelijk beletsel voor de bevoegdheid van de Raad van State, zoals wordt bevestigd door het arrest van 12 december 1991 (nr. 38.326), waarbij de Raad van State zich bevoegd heeft verklaard onder de overweging “dat het gevorderde niet de schorsing betreft van het recht tot bouwen van de tussenkomende partij, doch de schorsing van de overheidsbeslissing die dat recht heeft verleend.”

D. De ontvankelijkheid

De ontvankelijkheidsvereisten die verband houden met de *bekwaamheid* van de verzoeker en met zijn *belang*, zijn voor een vordering tot schorsing dezelfde als voor een vordering tot nietigverklaring ⁴⁴.

De ontvankelijkheidsvereisten gebaseerd op de kenmerken van de *aangevochten beslissing* zijn ook dezelfde, behalve dat een vordering tot schorsing van een jurisdictionele overheidsbeslissing niet ontvankelijk is, terwijl de annulatievordering het wel is. ⁴⁵

In het vlak van de *procedure* is de vordering tot schorsing niet ontvankelijk:

a) wanneer zij wordt ingeleid na de vordering tot nietigverklaring (artikel 17, § 1);

b) wanneer zij is vervat in dezelfde akte als de vordering tot nietigverklaring: zij moet worden ingesteld bij een afzonderlijke akte die geen deel uitmaakt van het verzoekschrift tot nietigverklaring (artikel 17, § 3);

c) wanneer zij niet de vermeldingen bevat die essentieel zijn om van een vordering te kunnen gewaren, zoals aangegeven in artikel 8 van het procedurebesluit en o.m. wanneer zij geen uiteenzetting bevat van de middelen en de feiten die volgens de indiener het bevelen van de schorsing kan rechtvaardigen (artikel 17, § 3, tweede lid), zelfs wanneer wordt verwezen naar de middelen in het verzoekschrift tot nietigverklaring dat gelijktijdig wordt ingediend ⁴⁶;

⁴² Conclusie voor Cass., 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2416, nr. 10.

⁴³ Conclusie voor Cass., 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2425, nr. 20.

⁴⁴ Voor een systematisch overzicht van de ontvankelijkheidsvereisten, zie JACQUES SALMON, *Conseil d'Etat*, Bruylant, 1987, pp. 98-144.

⁴⁵ Raad van State, 12 december 1991, nrs. 38.320 en 38.321.

⁴⁶ Zie voetnoot 45.

³⁸ *Parl. St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1300/2, p. 3.

³⁹ Cass., 21 december 1956, met conclusie van advocaat-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.*, 1957, I, 430. Raad van State, arrest van 19 september 1989, nr. 33.019.

⁴⁰ MARC BOES, “Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing”, *R.W.*, 1986-87, 1253.

⁴¹ *Parl. St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1300/1, p. 23.

d) wanneer de verzoeker reeds een vordering tot schorsing heeft ingeleid ⁴⁷.

E. De gegrondheid

De ontvankelijke vordering tot schorsing, kan alleen grond worden verklaard onder de volgende twee cumulatieve voorwaarden (art. 17, § 2, eerste lid):

a) de aanvrager moet ernstige middelen aanvoeren die de vernietiging kunnen verantwoorden;

b) de onmiddellijke tenuitvoerlegging kan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkenen.

Deze voorwaarden zijn identiek aan die welke golden voor de schorsing op grond van de wet van 16 juni 1989, behalve dat toen de vernietigbaarheid gebaseerd moest zijn op de artikelen 6, *6bis* of 17 van de Grondwet. De rechtspraak van de Raad van State in uitvoering van de beperkte schorsingsbevoegdheid blijft nuttig voor het onderzoek naar de gegrondheid van de algemene vordering tot schorsing en meer bepaald voor de toepassing van de begrippen "ernstige middelen" en "moeilijk te herstellen ernstig nadeel" ⁴⁸.

Ook de rechtspraak van het Arbitragehof kan met nut worden geraadpleegd, omdat dezelfde begrippen worden gehanteerd ⁴⁹.

a) "*Ernstige middelen die de vernietiging kunnen verantwoorden*". Eén ernstig middel volstaat. Het is niet voldoende dat het middel niet kennelijk ongegrond is. Het moet gegrond lijken na een eerste onderzoek van de gegevens waarover de Raad van State beschikt in dat stadium van de procedure ⁵⁰.

b) "*Een moeilijk te herstellen ernstig nadeel*". Financieel nadeel is in principe herstelbaar ⁵¹. Aangezien de beoordeling van het nadeel in concreto moet gebeuren, kan financieel nadeel nochtans "moeilijk te herstellen" zijn, bv. wanneer het bedrijf van de verzoeker in gevaar is of hij riskeert zijn activiteit te moeten stopzetten ⁵².

De onwettige benoeming of bevordering van een ambtenaar zal meestal een moeilijk te herstellen nadeel berokkenen aan de verzoeker, vanwege de ervaring en de anciënniteit die eruit volgen ⁵³.

Het ernstig nadeel van de onmiddellijke tenuitvoerlegging moet worden vergeleken met de gevolgen van de schorsing, die misschien nog erger zijn ⁵⁴.

Het nadeel van de overheid die de schorsing vordert van een bouwvergunning zal niet zo vlug als een moeilijk te herstellen nadeel worden beschouwd als het nadeel van de particulier, die immers geen vordering tot herstelling zal kunnen instellen wanneer de overheid opteert voor aanpassingswerken of meerwaardevergoeding (art. 65, § 1, Stedebouwwet). De vordering van de gemeente Meise tot schorsing van de bouwvergunning werd verworpen omdat niet bewezen was dat herstel moeilijk zou zijn (arrest van 5 december 1991, nr. 45.305). De vordering van een particulier tot schorsing van een bouwvergunning werd door de Raad van State gegrond verklaard (arrest van 12 december 1991, nr. 38.326).

F. De procedure

1. Hoe wordt de vordering tot schorsing aanhangig gemaakt?

Door een afzonderlijke akte die geen deel uitmaakt van het verzoekschrift tot nietigverklaring (art. 17, § 3, eerste lid), bevattende een uiteenzetting van de middelen en de feiten die volgens de indiener het bevelen van de schorsing of van de voorlopige maatregelen rechtvaardigen (art. 17, § 3, tweede lid). Geen enkele wettelijke bepaling verplicht de verzoeker tot het betalen van een zegelrecht. Bij het verzoekschrift moeten negen voor eensluidend verklaarde afschriften worden gevoegd (art. 42 procedurebesluit). Zij worden per aangetekende brief toegestuurd aan de Griffie van de Raad van State.

2. Wanneer wordt de vordering tot schorsing ingeleid?

Vóór of samen met het verzoekschrift tot nietigverklaring (artikel 17, § 3, eerste lid). De vordering tot schorsing ingediend na de indiening van het verzoekschrift tot nietigverklaring is niet ontvankelijk. Hieruit volgt dat de vordering tot schorsing niet meer kan worden ingesteld meer dan zestig dagen nadat de aangevochten overheidsbeslissing is bekendgemaakt of ter kennis gebracht, of nadat de verzoeker er voldoende kennis van had of moest van hebben (behoudens verlenging of stuiting).

Een partij kan geen nieuwe vordering tot schorsing instellen, zelfs wanneer zij daarin nieuwe middelen kan aanvoeren. Een amendement in die zin werd verworpen ⁵⁵.

3. Hoe verloopt de procedure?

De wet onderscheidt drie gevallen, naar gelang van de graad van urgentie (artikel 17, § 1):

a) Indien er geen uiterst dringende noodzakelijkheid is, beslist de Raad van State binnen 45 dagen na de indiening van het verzoekschrift over de vordering bij gemotiveerd arrest van de kamer die bevoegd is om uitspraak ten gronde te doen nadat de partijen gehoord zijn of behoorlijk opgeroepen (artt. 11-15 procedurebesluit).

b) In geval van uiterst dringende noodzakelijkheid, doch zonder dat het spoedeisend karakter belet de partijen vooraf te horen, worden de partijen behoorlijk opgeroepen en hebben zij de gelegenheid te worden gehoord. Tijdens de dagen

⁴⁷ Verslag namens de Commissie voor binnenlandse aangelegenheden, *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/2, p. 11.

⁴⁸ Voor een overzicht van de rechtspraak van de Raad van State in het gerechtelijk jaar 1989-1990 in de uitvoering van de beperkte schorsingsbevoegdheid, zie J. VANDE LANOTTE, *Het schorsingsrecht van de Raad van State*, TGEN-Dossier 1990.

⁴⁹ FRANÇOIS TULKENS, "La procédure de suspension devant la Cour d'Arbitrage 1989-1990", *J.T.*, 1991, pp. 305-309; L.P. SUETENS, "Het Arbitragehof in 1990. Beknopt overzicht van rechtspraak", *R.W.*, 1990-91, 1286-1288.

⁵⁰ Arbitragehof, 14 november 1990, nrs. 34/90 en 35/90.

⁵¹ Arrest van 25 november 1991, nr. 38.154; meerdere arresten van de Raad van State, geciteerd door B. JADOT, "Le pouvoir de suspendre l'exécution des actes administratifs, reconnu au Conseil d'Etat par la loi du 16 juin 1989", *Ann.dr.*, 1190, 256, voetnoot 92.

⁵² Raad van State, 28 juni 1990 nr. 35.292.

⁵³ Raad van State, 11 oktober 1990, nr. 35.653.

⁵⁴ Arbitragehof, 9 oktober 1990, nr. 31/90.

⁵⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/2, p. 11.

waarop de postkantoren gesloten zijn, kan het verzoekschrift rechtstreeks aan de Raad van State gericht zijn wanneer zulks door de urgentie vereist is ⁵⁶. Dit impliceert een permanentie van de griffie. De schorsing kan voorlopig worden bevolen door de voorzitter van de kamer of de staatsraad die hij daartoe aanwijst, onder voorbehoud van bevestiging door de kamer binnen 45 dagen na het verzoek (artt. 16-18 procedurebesluit). De vordering tot tussenkomst is mogelijk in de zitting tijdens welke uitspraak wordt gedaan over de vordering tot voorlopige schorsing (art. 17 procedurebesluit). De wet bepaalt niet dat de voorlopige schorsing moet worden gemotiveerd. De Raad van State heeft deze procedure gevolgd in een vordering tot schorsing van een bouwvergunning omdat "met de moderne bouwtechnieken het gehele complex reeds opgericht kan en zal zijn binnen de normale termijn van 45 dagen waarbinnen de Raad van State zich dient uit te spreken over het schorsingsverzoek" (arrest van 12 december 1991 nr. 38.326).

c) Wanneer de zaak zoveel spoed eist dat partijen of sommige van hen niet kunnen worden gehoord, kan de voorzitter van de kamer of de staatsraad die hij aanwijst bij voorlopig arrest de schorsing voorlopig bevelen, met oproeping van de partijen om binnen drie dagen te verschijnen voor de bevoegde kamer die uitspraak doet over de bevestiging van de schorsing.

d) Het schorsingsarrest (zoals het arrest van intrekking, wijziging of opheffing) wordt op dezelfde wijze bekend gemaakt als de geschorste akte of het geschorste reglement werd of had moeten bekend gemaakt worden (art. 20 procedurebesluit).

4. Hoe lang geldt het schorsingsarrest ?

Er zijn verschillende wijzen waarop een eind komt aan de uitwerking van een schorsingsarrest.

a) Op verzoek van de partijen kan het schorsingsarrest worden *ingetrokken of gewijzigd* (art. 17, § 2, eerste lid ; procedurebesluit artt. 35-40). Blijkens de bespreking in de commissie van de senaat kan dit niet gebeuren ter verbetering of rechtzetting van het arrest, maar wel wanneer de schorsing niet meer verantwoord is, bijvoorbeeld omdat de gegevens van de zaak veranderd zijn ⁵⁷.

b) De *voorzitter van de kamer* die de schorsing heeft uitgesproken, heft deze onmiddellijk op wanneer binnen de in het procedurereglement vastgestelde termijn geen verzoekschrift tot nietigverklaring is ingediend waarin de middelen worden aangevoerd die de schorsing hebben gerechtvaardigd (art. 17, § 3, derde lid). Daartoe worden de partijen opgeroepen en de verzoeker heeft de bewijslast (art. 41 procedurebesluit). De schorsing vervalt niet automatisch door het verstrijken van de termijn voor de indiening van het annulatieverzoek, omdat in elk geval afzonderlijk moet worden nagegaan wanneer deze termijn een aanvang heeft genomen. De Raad van State zal, indien er een verzoekschrift tot nietigverklaring is ingediend, onderzoeken of daarin de middelen voorkomen die de schorsing gerechtvaardigd heb-

ben. Indien de Raad van State zijn schorsingsarrest heeft gegrond op een ambtshalve opgeworpen middel, kan het gebeuren dat dit middel ook niet vermeld is in het verzoekschrift tot nietigverklaring. Daar datzelfde middel, dat de openbare orde aanbelangt ⁵⁸, opnieuw ambtshalve kan worden opgeworpen door de Raad van State in de annulatieprocedure, kan worden geoordeeld dat het impliciet in het verzoekschrift is vervat. Veel verzoekschriften vermelden overigens uitdrukkelijk dat zij gebaseerd zijn op de ontwikkelde middelen, benevens op die welke de Raad van State ambtshalve kan opwerpen.

c) Hoewel de wet het niet uitdrukkelijk vermeldt, volgt uit artikel 17, § 6, derde lid en uit het oogmerk van de schorsingsprocedure dat elke schorsing vervalt bij *het arrest over de nietigheidsvordering*, dit is binnen zes maanden na het schorsingsarrest (art. 17, § 4).

d) Ingeval de schorsing werd bevolen wegens *machtsafwending* of wegens schending van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet, houdt de schorsing onmiddellijk en automatisch op gevolg te hebben indien de algemene vergadering van de afdeling administratie het geschorste besluit niet vernietigt, zelfs wanneer de zaak voor verdere behandeling omtrent de andere middelen daarbij wordt verwezen naar de kamer waarbij zij oorspronkelijk is ingeleid en derhalve nog nietig verklaard kan worden (art. 17, § 6, tweede en derde lid) ⁵⁹.

e) Tegen het schorsingsarrest kan *geen verzet, noch derdenverzet* worden aangetekend (art. 17, § 2, tweede lid). Uit de onmogelijkheid van derdenverzet volgt de noodzaak om de belanghebbenden tijdig van het verzoek tot nietigverklaring op de hoogte te brengen en uit te nodigen om als tussenkomende partij op te treden. De hoofdgriffier zendt *onverwijld* een afschrift van de vordering tot schorsing aan de personen die belang hebben bij de beslechting van de zaak. Dezen kunnen alleen binnen vijftien dagen na die kennisgeving tussenkomen of na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, indien de schorsing van een reglement wordt gevorderd (artt. 7 en 10 van het procedurebesluit). De opdrachtgever wiens bouwvergunning wordt aangevochten, is geen verwerende partij en zou geheel zonder verweer zijn indien hij de gelegenheid niet had gekregen in het geding tussen te komen, gezien de onmogelijkheid om derdenverzet aan te tekenen tegen een schorsingsarrest.

VI. DE DWANGSOM

1. Ten einde het schorsingsarrest en zelfs het voorlopig schorsingsarrest effectief afdwingbaar te maken kan de Raad van State, op vordering van de verzoekende partij, aan de betrokken overheid een dwangsom opleggen (een bedrag ineens of per tijdseenheid of per overtreding) en hij kan ze weer opheffen, opschorten of verminderen bij blijvende, tijdelijke of gedeeltelijke onmogelijkheid van de overheid

⁵⁸ JACQUES SALMON, *o.c.*, 1987, p. 207.

⁵⁹ De behandeling van de annulatievordering wanneer de schorsing wordt bevolen op grond van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet zal enkel gebeuren door de algemene vergadering van de Afdeling Administratie, wanneer zulks wordt gevorderd door de verzoeker (art. 17, § 6, tweede lid).

⁵⁶ Verslag aan de Koning voor het Koninklijk Besluit tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, B.S., 14 januari 1992, p. 565.

⁵⁷ *Gedr. St., Senaat*, nr. 1300/2, p. 10.

om aan het schorsingsarrest te voldoen ⁶⁰. De Koning is bevoegd om, bij een in Ministerraad overlegd besluit, de procedureregels te bepalen (artikel 17, § 5) ⁶¹.

2. Blijkens artikel 24 van het procedurebesluit komt de dwangsom toe aan het bijzonder "Fonds voor het beheer van de dwangsommen", dat wordt beheerd door de minister van Binnenlandse Zaken en wordt gebruikt voor de modernisering van de organisatie van de administratieve rechtspraak. In het verslag aan de Koning wordt deze beslissing verantwoord onder de overweging dat een dwangsom toekennen aan de verzoeker er zou op neerkomen dat de Raad van State uitspraak doet over burgerlijke rechten, wat in strijd zou zijn met artikel 92 van de Grondwet ⁶². Deze overweging is betwistbaar omdat wie de oplegging van een dwangsom vordert, zich niet beroept op een subjectief recht op een dwangsom (declaratief), maar een dwangmiddel vraagt (constitutief) om de uitvoering van een schorsingsbesluit te waarborgen, waaruit dan een subjectief recht op de dwangsom ontstaat wanneer het schorsingsbesluit niet wordt nageleefd. Aldus heeft de Koning, tegen het advies in van de Raad van State ⁶³, op dit punt de wet aangevuld, die ertoe leidde dat de dwangsom toekomt aan de verzoeker (art. 17, § 5 van de wet bepaalt dat de §§ 2 tot 4 van artikel 36 van toepassing zijn op de dwangsom, met uitsluiting derhalve van § 5 dat de dwangsom toewijst aan het bijzonder Fonds). De Koning is enkel bevoegd om, bij een in Ministerraad overlegd besluit, de procedure te bepalen die toepassing vindt op het vaststellen van de dwangsom en niet om aan te duiden wie de begunstigde ervan is.

3. De wet verleent geen bevoegdheid aan de Raad van State tot het opleggen van de dwangsom om de voorlopige maatregelen afdwingbaar te maken. De verzoeker zal er dan ook oog voor hebben zijn vordering tot voorlopige maatregelen zo te formuleren dat de uitvoeringsproblemen beperkt blijven.

VII. VOORLOPIGE MAATREGELEN

1. De Raad van State krijgt naast de schorsingsbevoegdheid, nog een andere kortgedingbevoegdheid. Wanneer een vordering tot schorsing aanhangig wordt gemaakt, kan de Raad van State "*alle nodige maatregelen bevelen om de belangen van de partijen of van de personen die belang hebben bij de oplossing van de zaak veilig te stellen, met uitzondering van de maatregelen die betrekking hebben op de burgerlijke rechten*" (art. 18, eerste lid).

2. Doordat de wet van 19 juli 1991 enkel de maatregelen die betrekking hebben op de burgerlijke rechten uit de exclusieve bevoegdheid van de Raad van State sluit, zou kunnen worden besloten dat de Raad van State wel bevoegd is om voorlopige maatregelen te nemen die betrekking hebben

op politieke rechten (art. 93 Grondwet). Het amendement dat in de senaatscommissie werd ingediend en waardoor de woorden "met uitzondering van de maatregelen die betrekking hebben op de burgerlijke rechten" werden toegevoegd, maakt aldaar niet het voorwerp uit van enige bespreking. De bevoegdheid van de Raad van State tot nietigverklaring van akten en reglementen is geen bevoegdheid tot beslechting van betwistingen omtrent subjectieve politieke rechten. Het optreden van de Raad van State ligt volledig buiten de toepassing van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, behalve tot nietigverklaring van administratieve beslissingen in betwiste zaken omtrent politieke rechten die ingevolge een bijzondere wet aan de rechterlijke macht onttrokken zijn, doch waarvoor de kortgedingprocedure niet geldt (cf. supra V, B). De Raad van State is bijgevolg ook niet bevoegd om (accessoire) voorlopige maatregelen te nemen wanneer daarbij uitspraak moet worden gedaan over het bestaan of de reikwijdte van een subjectief politiek recht.

3. Ook dat is een *exclusieve bevoegdheid*. Wie belang heeft bij de nietigverklaring van een overheidsbesluit, maar zelf geen annulatievordering heeft ingesteld en ook niet in de zaak is tussengekomen, kan bijgevolg geen voorlopige maatregelen vorderen voor de rechter, tenzij ter bescherming van een subjectief recht.

4. Die bevoegdheid heeft alle kenmerken van een *kortgedingbevoegdheid*, waarin geen recht wordt gesproken, maar waardoor "bij voorraad" maatregelen worden bevolen om de belangen van de partijen veilig te stellen in afwachting van een beslissing omtrent de vordering tot schorsing.

5. De vordering tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen wordt *ingesteld* door een partij (verzoekende, verwerende of tussenkommende) of door een persoon die belang heeft bij de beslechting van de zaak (art. 25, tweede lid procedurebesluit) bij verzoekschrift dat onderscheiden is van de vordering tot schorsing of van het beroep tot nietigverklaring (art. 25, eerste lid procedurebesluit). De verwerende partij en de tussenkommende partijen kunnen de voorlopige maatregelen alleen vragen volgens de gewone procedure (45 dagen) (art. 18, derde lid).

Het verzoekschrift bevat een uiteenzetting van :

- de gevorderde maatregelen (artikel 26,3° procedurebesluit);
- de feiten welke aantonen dat de voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om de belangen van de partij die ze vordert veilig te stellen (art. 26 van het procedurebesluit) en,
- (alhoewel niet vermeld in het procedurebesluit) de feiten waaruit blijkt dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen (cf. supra V, E, b).

6. De vordering tot voorlopige maatregelen wordt afzonderlijk behandeld, tenzij de voorzitter, in het belang van de goede rechtsbedeling beslist dat zij wordt behandeld met de vordering tot schorsing (art. 27 procedurebesluit). De procedures tot het bekomen van voorlopige maatregelen en tot intrekking, wijziging en opheffing, verlopen zoals voor de vordering tot schorsing behalve dat de voorlopige maatregelen alleen kunnen worden bevolen met eenparigheid van stemmen.

Omtrent de niet-contradictoire voorlopige maatregelen, genomen onder voorbehoud van bevestiging, vermeldt de wet (artikel 18, derde lid): "Als de partijen niet gehoord kunnen worden, worden zij in het arrest binnen drie dagen

⁶⁰ Artikel 36, §§ 2 tot 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals opnieuw opgenomen door artikel 5 van de wet van 17 oktober 1990 (B.S., 13 november 1990).

⁶¹ Artikel 36, §§ 2 tot 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals ingevoegd bij wet van 17 oktober 1990, is van toepassing ingevolge artikel 17, § 5 van de wet van 19 juli 1991.

⁶² Verslag aan de Koning over het Koninklijk Besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, B.S., 14 januari 1992, p. 565.

⁶³ Advies van de Raad van State, B.S., 14 januari 1992, p. 567.

opgeroepen om te verschijnen voor de kamer die uitspraak doet over het handhaven van de maatregelen die niet zouden zijn uitgevoerd". Moet daardoor worden begrepen dat de bevoegde kamer, wanneer zij bij de verschijning van de partijen vaststelt dat de voorlopige maatregelen zijn uitgevoerd, niet meer hoeft te statueren over de bevestiging van de genomen maatregelen? Daar zelfs de op tegenspraak genomen voorlopige maatregelen enkel worden bevolen "onder voorbehoud van bevestiging binnen 45 dagen na (i.p.v. vóór) het verzoek", is een beslissing over de handhaving steeds vereist, zelfs wanneer de niet op tegenspraak bevolen voorlopige maatregelen reeds zijn uitgevoerd, wat toch het normale geval zal zijn.

7. De Raad van State kan voorlopige maatregelen bevelen wanneer de volgende *drie voorwaarden gezamenlijk* vervuld zijn:

a) een vordering tot schorsing wordt aanhangig gemaakt (zonder dat de wet preciseert of zij nog aanhangig moet zijn) ⁶⁴;

b) ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging kunnen verantwoorden (cf. supra IV, E, a);

c) de onmiddellijke tenuitvoerlegging kan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkenen (cf. supra IV, E, b).

8. a) Blijkens de toelichting van de minister ⁶⁵ gaat het hier om voorlopige maatregelen *in afwachting van de uitspraak over het verzoek tot schorsing*. In die optiek vervallen de bevolen maatregelen wanneer er uitspraak zal zijn over het verzoek tot schorsing. Door de schorsing verdwijnt immers het moeilijk te herstellen nadeel dat verbonden is aan de onmiddellijke tenuitvoerlegging en dat een essentiële voorwaarde is voor voorlopige maatregelen. Als de Raad van State tot het besluit komt dat aan de voorwaarden voor de voorlopige maatregelen voldaan is, zijn de voorwaarden voor schorsing vervuld, zodat niet duidelijk is waarom dan niet direct zou worden besloten tot schorsing, waardoor het moeilijk te herstellen ernstig nadeel van de verzoeker vervalt en voorlopige maatregelen overbodig zijn. De voorlopige maatregelen kunnen enkel bevolen worden met eenparigheid van stemmen en dus volgens een zwaardere procedure dan de schorsing zelf.

b) De tekst van de wet laat nochtans ook andere toepassingen toe, zoals in geval van zgn. *negatieve overheidsbeslissingen*, waarvoor een schorsing meestal niet zinvol is. De Raad van State heeft in een arrest van 5 juli 1990 (nr. 35.392) geoordeeld dat de schorsing van een negatieve beslissing mogelijk en nuttig is en dat de Overheid door de schorsing van de weigering van een vergunning, ertoe wordt aangezet om de zaak opnieuw te onderzoeken, in het licht van het gestelde in het schorsingsarrest, en, in voorkomend geval, de aangevochten beslissing in te trekken en opnieuw op de vergunningsaanvraag te beschikken. Zonder de medewerking van de Overheid is de schorsing van een negatieve beslissing evenwel een slag in de lucht. Nochtans kan die negatieve beslissing een moeilijk te herstellen nadeel berokkenen. De wet laat toe dat de Raad van State samen met, of los van de vordering tot schorsing, voorlopige maatregelen beveelt

om de belangen van de partijen of van belanghebbenden bij de oplossing van de zaak, veilig te stellen.

c) Kan de Raad van State, op tegeneis van de Overheid, voorlopige maatregelen bevelen om de belangen van de Overheid veilig te stellen wegens het moeilijk te herstellen nadeel als gevolg van de schorsing van het Overheidsbesluit of -reglement? Het procedurebesluit (art. 26, 4°) vereist dat de vordering tot voorlopige maatregelen de uiteenzetting bevat van de feiten welke aantonen dat de voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn om de belangen van de partij die ze vordert, veilig te stellen. Nochtans kunnen voorlopige maatregelen alleen worden bevolen "op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen" (artt. 18, eerste lid en 17, § 2, eerste lid van de wet). Nu de Overheid niet kan aanvoeren dat zij zelf een moeilijk te herstellen nadeel zou lijden door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het aangevochten besluit, lijkt alleen een subsidiaire tegeneis van de Overheid mogelijk: indien de Raad van State aanneemt dat de verzoeker een moeilijk te herstellen nadeel lijdt door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het Overheidsbesluit en het Overheidsbesluit schorst, vordert de Overheid voorlopige maatregelen die noodzakelijk zijn om haar belangen veilig te stellen.

VIII. ONBEVOEGDHEID VAN DE HOVEN EN RECHTBANKEN

1. De grondwet draagt de hoven en rechtbanken op de overheidsbesluiten slechts toe te passen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen (artikel 107 Grondwet). De weigering een onwettig besluit toe te passen is geen nietigverklaring, noch schorsing ervan ⁶⁶, maar is de loutere vaststelling dat het onwettig ingeroepen besluit geen uitwerking heeft bij de beslechting van het geschil. Het is de toepassing van de (hogere) wet in een geschil. Het behoort tot het wesen van de rechterlijke functie te bepalen welke rechtsregel van toepassing is en deze vervolgens toe te passen, zodat de rechter gehouden is de hiërarchie der rechtsnormen in acht te nemen en geen overheidsbesluiten toe te passen die niet met de wetten overeenstemmen ⁶⁷. Deze grondwettelijke opdracht heeft betrekking zowel op de externe als de interne

⁶⁶ JAN DELVA, "Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges", *T.P.R.*, 1967, 388-392.

⁶⁷ Artikel 107 van de Grondwet geldt niet voor de Overheid zelf, tenzij zij als rechtsprekend orgaan optreedt. Elk orgaan van het bestuur dat niet als rechtsprekend college optreedt, is gehouden de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen, zolang zij niet zijn opgeheven of vernietigd, toe te passen (Raad van State, 14 november 1985, nr. 25.858), behalve de besluiten die zo duidelijk onwettig zijn dat zij als niet bestaande worden beschouwd omdat zij zelfs niet de schijn hebben van wettigheid. Deze opvatting kan begrepen worden vanuit de onbevoegdheid van een overheidsinstantie om te oordelen over de beslissingen en reglementen van een hogere of andere overheidsinstantie. Dit leidt tot een incoherente toestand waardoor de Overheid gedwongen kan worden een besluit te nemen waarvan zij weet dat het door de rechter niet mag worden toegepast. De incoherentie vindt haar oorzaak in het feit dat onwettige overheidsbesluiten die na verloop van zestig dagen niet meer nietig kunnen worden verklaard (omwille van de rechtszekerheid), toch door de gewone rechter niet mogen worden toegepast (omwille van het recht).

⁶⁴ De Raad van State laat in zijn advies deze vraag over aan de rechtspraak (*B.S.*, 14 januari 1992, p. 568).

⁶⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/2, p. 13.

wettigheid⁶⁸ en geldt zonder enige beperking en ongeacht of de burger dan wel de Overheid een procedure heeft ingeleid.

2. De bevoegdheidsverdeling tussen rechterlijke en uitvoerende macht verbiedt de rechter bestuurlijke functies uit te oefenen, maar verplicht hem recht te spreken om het geschil tussen partijen te beslechten. De rechterlijke macht heeft aldus de bevoegdheid de Overheid te veroordelen tot betaling of om iets te doen of niet te doen omdat het rechtssubject het recht heeft tegenover de Overheid zijn rechten te doen gelden voor de rechtbanken. Er is geen principiële ontoelaatbaarheid van een vordering tegen de Overheid of een onbevoegdheid van de rechterlijke macht. In zijn arrest van 21 maart 1985 heeft het Hof van Cassatie overwogen "dat de rechter in kort geding zich niet mengt in de bevoegdheden van de uitvoerende macht, wanneer hij in een uitspraak bij voorraad in een geval dat hij spoedeisend acht, zich bevoegd verklaart om, binnen de grenzen van zijn opdracht, aan de bestuursoverheid maatregelen, inzonderheid verbodsmaatregelen, op te leggen die noodzakelijk zijn ter voorkoming of stopzetting van een ogenschijnlijk foutieve aantasting door die overheid van de subjectieve rechten die de hoven en rechtbanken moeten vrijwaren"⁶⁹.

3. Een dergelijke verbodsmaatregel kan er in bestaan een overheidsbesluit te schorsen, zoals blijkt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 1990⁷⁰.

Schorsing van een onwettige overheidsakte valt binnen de bevoegdheid van de rechtbanken wanneer de schorsing ("inter partes" en niet bij algemene en als regel geldende beschikking)⁷¹ noodzakelijk is om het herstel van een onrechtmatig gekrenkt recht te bewerken of om de schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen en zulks niet kan worden bereikt door het niet-toepassen van de onwettige overheidsakte⁷².

4. Sinds 1956⁷³ heeft de rechtspraak steeds frequenter de bevoegdheid erkend van de gewone rechter voornamelijk in kort geding om maatregelen te nemen ter bescherming van de subjectieve rechten van een slachtoffer van een onwettig overheidsoptreden. Bij flagrante wetsschennis waardoor een onbetwistbaar recht werd geschonden, vond de theorie van de "voie de fait" een vruchtbare bodem bij de kortgeding-rechter. Deze onder invloed van het Franse recht ingevoerde theorie van de administratieve feitelijkheid werd als te beperkend verworpen door het Hof van Cassatie omdat de rechterlijke macht bevoegd is tot bescherming en herstel van elke foutieve aantasting van een subjectief recht door de Overheid⁷⁴.

5. Wanneer de theorie van de administratieve feitelijkheid (of een andere) wordt ingeroepen om buiten elke be-

scherming van een subjectief recht een overheidsbeslissing te schorsen, treedt de rechter op het domein voorbehouden aan de uitvoerende macht. Procureur-Generaal Krings zag zich genoopt "andermaal te bevestigen dat, voor zover het gaat om het instellen van een vordering voor een rechtscollège van de Rechterlijke Macht, het vereiste van het bestaan van een subjectief recht als grondslag van de rechtsoverheidsvordering volstrekt onontbeerlijk is"⁷⁵. Wel te verstaan moet de rechter in kort geding zich niet definitief uitspreken over subjectieve rechten en kan hij een beslissing nemen "rekening houdend met de ogenschijnlijke rechten van de partijen, vastgesteld na een eerder oppervlakkig onderzoek"⁷⁶.

De besproken nieuwe wet wil een einde maken aan de "bestaande praktijk waarbij men terzelfder tijd voor de Raad van State de vernietiging vraagt van de administratieve rechtshandeling en voor de gewone rechtbank, in kort geding, de schorsing ervan, zonder dat er eigenlijk een subjectief recht in het geding is"⁷⁷. Deze praktijk, die geen steun vindt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, vindt ook geen genade in de ogen van de wetgever.

De exclusieve bevoegdheid van de Raad van State die wordt ingevoerd door de wet van 19 juli 1991, houdt een bevestiging in van de onbevoegdheid van de rechter (ten gronde en in kort geding) tot schorsing van een overheidsbesluit en tot het bevelen van welke voorlopige maatregelen dan ook om de belangen van de partijen "of van de personen die belang hebben bij de oplossing van de zaak" veilig te stellen, tenzij ter bescherming van een subjectief recht.

6. Wanneer wordt een maatregel van schorsing van een ogenschijnlijk onwettig overheidsbesluit, ten einde schade te voorkomen, genomen ter bescherming of vrijwaring van een subjectief recht? Elke schade (aantasting van een rechtmatig belang)⁷⁸, die veroorzaakt is door een onrechtmatig overheidsbesluit levert een subjectief recht op schadevergoeding op (artikel 1382 B.W.)⁷⁹. Moet daaruit worden besloten dat, telkens als een rechtmatig belang is aangetast, de Raad van State onbevoegd is tot schorsing? Blijft er dan wel nog iets over voor de Raad van State? Het subjectief recht waarover het hier gaat is het recht op schadevergoeding. Bij schorsing van een onwettig overheidsbesluit wordt het subjectief recht op schadevergoeding niet beschermd, noch gevrijwaard, maar wordt het opgeheven, doordat de schade wegvalt. Een vordering tot schorsing en tot voorlopige maatregelen noodzaakt de Raad van State in dat geval niet tot een uitspraak over het bestaan en de reikwijdte van een recht op schadevergoeding. Wanneer evenwel de schade zelf bestaat in de aantasting van een subjectief recht tegenover de Overheid waaraan een dwingende plicht van de Overheid beantwoordt, is alleen de rechter bevoegd om voorlopige maatregelen te bevelen ter vrijwaring van het subjectief recht.

⁶⁸ FLAMME, *o.c.*, nr. 243, p. 580.

⁶⁹ *Pas.*, 1985, I, 908, met advies van adv.-gen. VELU.

⁷⁰ *Cass.*, 25 juni 1990, *A.C.*, 1989-90, 1372.

⁷¹ Art. 5 B.W., opgeheven bij de wet van 10 oktober 1967, houdende invoering van het Ger.W. en overgenomen door art. 6 Ger.W.; FLAMME, *Droit administratif*, 1989, I, nr. 234.

⁷² *Cass.*, 10 april 1987, verenigde kamers, *R.W.*, 1987-88, 769-776.

⁷³ FLAMME, *o.c.*, nrs. 239-240.

⁷⁴ *Cass.*, 21 oktober 1982, *Pas.*, 1983, I, 251; dit arrest wordt besproken door advocaat-generaal VELU in zijn conclusie bij het arrest van 21 maart 1985, *Pas.*, 1985, 917-918; procureur-generaal KRINGS, conclusie bij *Cass.*, 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2419, nr. 15.

⁷⁵ Conclusie bij *Cass.*, 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 2416, nr. 10. KRINGS merkt op dat een onderzoek van de talrijke administratiefrechtelijke zaken in kort geding, uitwijst dat deze veelal verband houden met subjectieve rechten van de eiser (*loc. cit.*, 2419, nr. 15).

⁷⁶ PAUL LEMMENS, "Het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen", *R.W.*, 1983-84, 2022, nr. 18.

⁷⁷ *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/2, p. 3.

⁷⁸ *Cass.*, 16 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 25.

⁷⁹ MARC BOES, *art. cit.*, 1255.

De meeste overheidsbesluiten en -reglementen, die een bepaalde maatschappelijke ordening beogen, raken wel de rechtmatige belangen van rechtssubjecten, maar niet hun subjectieve rechten. Aldus wanneer de benadeelde een kans verliest om benoemd te worden of in een moeilijker concurrentiële positie komt te staan.

Dat een nietigverklaring repercussies heeft op enig burgerlijk recht, leidt evenwel niet tot onbevoegdheid van de Raad van State ⁸⁰.

IX. SLOTBEDENKINGEN

1. Het administratief kort geding met de voorlopige maatregelen en de schorsing zijn juridisch slechts tussenstapjes naar de nietigverklaring. De onbevoegdheid van de rechterlijke macht tot schorsing en voorlopige maatregelen, tenzij wanneer subjectieve rechten worden beoordeeld, is een bevestiging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Toch is deze wettelijke bevestiging van de onbevoegdheid voor de praktijk een grote sprong, omdat de kortgedingrechter in menig geval de rechtzoekende te hulp is gesneld om voorlopige maatregelen te bevelen, zonder zich te bekommeren over de vraag of hij optrad ter bescherming van een subjectief recht dat is voorbehouden aan de rechterlijke macht. Nu een wettelijk alternatief is geboden, zal de kortgedingrechter niet meer ontsnappen aan de ambtshalve op te werpen exceptie van onbevoegdheid die hem zal nopen het werkelijke onderwerp van de vordering te onderzoeken. Hij is alleen bevoegd wanneer de Raad van State onbevoegd is om een schorsing of voorlopige maatregelen te bevelen.

⁸⁰ Cass., verenigde kamers, 10 april 1987, *R.W.*, 1987-88, 679-776.

2. De minister heeft erop gewezen dat de hervorming nog moet worden voltooid door de oprichting van rechtbanken van eerste aanleg in administratieve geschillen ⁸¹⁻⁸². De kortgedingbevoegdheden zijn zeer geschikt voor toewijzing aan administratieve rechtbanken van eerste aanleg omdat de eenheid van rechtspraak van de Raad van State er niet door in het gedrang kan worden gebracht. *Administratieve rechtbanken* met schorsings- en vernietigingsbevoegdheid zouden de Raad van State onvoldoende ontlasten wanneer zij oordelen in "eerste aanleg", waartegen hoger beroep mogelijk is. De ervaring leert dat de behandeling in hoger beroep ingewikkelder wordt en de argumentatie veelvuldiger en subtieler naarmate de tijd verloopt. Om de Raad van State werkelijk te ontlasten en de eenheid van rechtspraak toch te bewaren, zou het beter zijn te opteren voor administratieve rechtbanken met ruime schorsings- en vernietigingsbevoegdheid, zonder algemene mogelijkheid van hoger beroep door de partijen, maar met speciale juridische technieken die de eenheid van rechtspraak vrijwaren, zoals prejudiciële vragen aan de Raad van State, hoger beroep door het auditoraat en cassatieberoep bij de Raad van State.

BRUNO VAN DORPE

⁸¹ *Parl. St., Senaat*, verslag nr. 1300/2, p. 18; *Parl. Hand., Senaat*, 12 juli 1991, p. 2742.

⁸² RÉMION, F., *Le Conseil d'Etat. Ses compétences, son avenir*, 1990, p. 83. L.P. Suetens meent dat "kan worden beoogd dat de decentralisatie van het kort geding een ruimere bescherming biedt dan de centralisatie ervan bij de (reeds overbelaste) Raad van State" (*T.P.R.*, 1991, 1001).

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 NOVEMBER 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaat: mr. De Gryse

Alimentatie – Uitkering na echtscheiding – Vordering tot afschaffing – Nieuwe feiten – Gezag van rechterlijk gewijsde

Het gezag van gewijsde kan niet wettig worden ontzegd aan een door de rechter over een geschilpunt gewezen eindbeslissing, op de enkele grond dat gebleken is dat, op het tijdstip van de uitspraak, reeds feitelijke gegevens of bewijsstukken bestonden welke door de procespartijen of althans door één van hen niet aan de rechter zijn kunnen worden voorgelegd.

De mogelijkheid om onderhoudsbeslissingen te herzien op grond van nieuwe of gewijzigde omstandigheden berust niet op

de relativiteit van het gezag van het rechterlijk gewijsde, maar op de regels van specifieke wetbepalingen, zoals de artikelen 209 en 301, § 3, B.W.

V. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 oktober 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 23 tot en met 28 en 772 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest, zich voorlopig beperkend tot de debatten omtrent de toelaatbaarheid van de vordering, het aldus voorlopig beperkt hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond verklaart, derhalve de beschikking a quo bevestigt en aldus de vordering van eiser tot afschaffing van een provisionele uitkering ten voordele van verweerster na echtscheiding ontoelaatbaar verklaart, op grond: «dat de eerste rechter terecht opgemerkt heeft dat (eiser) reeds op 27 mei 1988 in kennis werd gesteld van het feit dat (verweerster) tijdelijk als poetsvrouw tewerkgesteld was en aldus eigen inkomsten

had; dat is komen vast te staan dat (eiser) vóór het arrest van dit hof van 23 juni 1988 op de hoogte was van die gewijzigde toestand en zulks niet ter kennis bracht van het (hof van beroep); dat, zoals de eerste rechter het onderstreepte, de beslissing die als «nieuw» beschouwt elementen die — zelfs al waren ze de rechter niet bekend — door één van de partijen konden worden ingeroepen, het gezag van gewijsde schendt (Cass., 28 september 1978, *Rev.trim.dr.fam.*, 1978, 336); dat, om te oordelen omtrent de provisionele uitkering na echtscheiding, de eerste rechter onder meer rekening diende te houden met de inkomsten en lasten van (verweester) (zie criteria art. 301 van het Burgerlijk Wetboek); dat (eiser) geen wijziging van inkomsten bewijst sedert het arrest van 23 juni 1988»;

terwijl, eerste onderdeel, naar luid van artikel 27 van het Gerechtelijk Wetboek het gezag van het rechterlijk gewijsde zich niet verder uitstrekt dan tot hetgeen het voorwerp van de beslissing heeft uitgemaakt; het gezag van rechterlijk gewijsde zich aldus niet uitstrekt tot een punt waarover partijen geen tegenspraak hebben gevoerd en dat door de rechter niet tot voorwerp van zijn beslissing werd gemaakt; in casu het arrest vaststelt dat eiser «op 27 mei 1988 in kennis werd gesteld van het feit dat (verweester) tijdelijk als poetsvrouw tewerkgesteld was en aldus eigen inkomsten had»; het Hof van Beroep te Brussel echter reeds voordien, op 26 mei 1988, de zaak in beraad had genomen (zoals blijkt uit de beschikking van de eerste rechter, uit het verzoekschrift tot hoger beroep van eiser, uit de (eerste) appelconclusie van verweester, en uit de appelconclusie van eiser); derhalve het rechterlijk gewijsde toekomend aan het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 23 juni 1988 geen betrekking heeft op een element, in casu de tewerkstelling van verweester als poetsvrouw, dat, vooreerst, pas bekend werd aan eiser nadat door het Hof de debatten werden gesloten en de zaak in beraad werd genomen (wat gebeurde op 26 mei 1988) en bijgevolg geen punt van discussie tussen partijen is geweest en dat, vervolgens, geen voorwerp van beslissing is geweest in het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 23 juni 1988; het bestreden arrest derhalve, nu het op grond van het gezag van gewijsde weigert een element als nieuw te beschouwen dat aan eiser pas na het sluiten der debatten, zij het vóór de uitspraak van het hof van beroep dat de debatten had gesloten, bekend werd, het gezag van rechterlijk gewijsde uitbreidt tot een element dat geenszins voorwerp van discussie is geweest in het geschil dat door het bewuste arrest (Brussel, 23 juni 1988) werd beoordeeld en waarover dat arrest evenmin uitspraak heeft gedaan, derhalve het wettelijk begrip gezag van rechterlijk gewijsde miskent (schending van artikel 23 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zover nodig, van de artikelen 23 tot en met 28 van het Gerechtelijk Wetboek, handelend over het rechterlijk gewijsde);

tweede onderdeel, het feit dat een procespartij die, nadat de debatten zijn gesloten verklaard, kennis krijgt van een nieuw stuk of feit van overwegend belang geen heropening van de debatten vraagt conform artikel 772 van het Gerechtelijk Wetboek, derhalve geen gebruik maakt van de haar bij dit artikel gegeven mogelijkheid, niet belet dat deze procespartij dit feit in een nieuwe procedure kan voorleggen aan een rechter in geschillen die, zoals het geval is met de door de rechter op grond van artikel 301 Burgerlijk Wetboek toegekende uitkering, de rechter toestaan een beslissing te wijzigen (in casu het bedrag van de uitkering te verminderen)

op grond van (in casu, conform § 3, in fine, van artikel 301 Burgerlijk Wetboek) een ingrijpende wijziging van de uitkeringsplichtige als gevolg van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil; het gezag van rechterlijk gewijsde een procespartij er niet toe verplicht de heropening der debatten conform artikel 772 Gerechtelijk Wetboek te vragen, nu dit artikel slechts in de mogelijkheid daartoe voorziet; het bestreden arrest derhalve, nu het op grond van het gezag van gewijsde dat aan het arrest van 23 juni 1988 zou toekomen, eisers vordering tot afschaffing van een uitkering na echtscheiding (conform artikel 301 Burgerlijk Wetboek toegekend) ontoelaatbaar acht omdat het aangevoerde nieuwe feit, hoewel enkel aan eiser bekend geworden nadat het hof dat het arrest van 23 juni 1988 wees in die zaak, de debatten had gesloten (wat gebeurde op 26 mei 1988, terwijl het nieuwe feit eiser ter kennis kwam op 27 mei 1988, zoals hiervoren is uiteengezet), niettemin dateert van vóór de datum van het arrest, te weten 23 juni 1988, aldus impliciet doch zeker beslist dat eiser verplicht was conform artikel 772 Gerechtelijk Wetboek de heropening der debatten te vragen op straffe van zich het gezag van rechterlijk gewijsde te zien tegenwerpen omtrent het nieuwe element dat hem de mogelijkheid bood de heropening der debatten te vragen, welke beslissing aldus zowel artikel 772 Gerechtelijk Wetboek schendt (dat enkel in de mogelijkheid, niet in de verplichting voorziet de heropening der debatten te vragen) als artikel 23 (en voor zover nodig de artikelen 23 tot en met 28, handelend over het rechterlijk gewijsde) Gerechtelijk Wetboek, nu het gezag van rechterlijk gewijsde niet impliceert dat een procespartij verplicht is de heropening der debatten te vragen wanneer zij daartoe de mogelijkheid heeft:

Over beide onderdelen samen:

Overwegende dat uit de artikelen 23 tot 26 van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat het gezag van gewijsde als zodanig niet wettig kan worden ontegenwoordigd aan een door de rechter over een geschilpunt gewezen eindbeslissing, op de enkele grond dat na de uitspraak nieuwe feitelijke gegevens van overwegend belang zijn ontstaan of dat gebleken is dat, op het tijdstip van de uitspraak, reeds relevante feitelijke gegevens of bewijsstukken bestonden welke door de procespartijen of althans door een van hen niet aan de rechter zijn kunnen worden voorgelegd;

Overwegende inzonderheid dat de door de wet geschapen mogelijkheid om rechterlijke beslissingen te herzien die inzake levensonderhoud of uitkering na echtscheiding zijn gewezen, op grond van nieuwe of gewijzigde omstandigheden, niet berust op de relativiteit van het gezag van het rechterlijk gewijsde zoals dit in de artikelen 23 tot 27 van het Gerechtelijk Wetboek is omschreven, maar op de regels van specifieke wetsbepalingen, zoals de artikelen 209 en 301, § 3, van het Burgerlijk Wetboek en 584 en 1280 van het Gerechtelijk Wetboek;

Dat het middel, in zoverre het in dezen de artikelen 23 tot 27 van het Gerechtelijk Wetboek als geschonden wetsbepalingen aanwijst, niet ontvankelijk is;

Overwegende dat het middel, in zoverre het een schending van artikel 28 van het Gerechtelijk Wetboek aanvoert, eveneens niet ontvankelijk is, aangezien bedoelde wetsbepaling in dezen geen toepassing vindt;

Overwegende, voor het overige, dat het arrest, in zoverre het oordeelt dat het door eiser aangevoerde gegeven niet

nieuw is, omdat het door hem na de sluiting van de debatten, te weten op 27 mei 1988, maar vóór de uitspraak van het arrest van 23 juni 1988 van het Hof van Beroep te Brussel, gekend was, niet oordeelt dat, als zodanig, het gezag van gewijsde eiser wettelijk ertoe verplichtte om de heropening van het debat te verzoeken;

Dat het middel, in zoverre het een schending van artikel 772 van het Gerechtelijk Wetboek aanvoert, op een onjuiste lezing van het arrest berust en feitelijke grondslag mist;

...

NOOT – *Gezag van gewijsde, nieuwe feiten en wijziging van onderhoudsuitkering*

A. De feiten

1. Een man wordt in eerste aanleg veroordeeld om een (provisie) uitkering na echtscheiding aan zijn gewezen echtgenote te betalen. De beschikking wordt bevestigd door een arrest van het hof van beroep van 23 juni 1988. Sinds 27 mei 1988 wist de man dat zijn gewezen echtgenote als poetsvrouw tewerkgesteld was. Het hof van beroep had evenwel reeds de dag voordien, op 26 mei 1988, de debatten gesloten en de zaak in beraad genomen; de man heeft toen geen heropening van de debatten gevraagd conform artikel 772 Ger.W. Een paar maanden na de uitspraak van het hof van beroep vraagt de man de afschaffing van de uitkering op grond van een nieuw feit, nl. de tewerkstelling van zijn echtgenote als poetsvrouw. Hij vindt noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep gehoor.

B. Het bestreden arrest

2. Het hof van beroep verklaart de vordering tot afschaffing van de uitkering niet-toelaatbaar: a) geen ingrijpende wijziging van inkomsten van de gewezen echtgenote sedert het arrest van 23 juni 1988 werd bewezen; b) elementen die – zelfs al waren ze door de rechter niet gekend – door één van de partijen konden worden ingeroepen, zijn niet nieuw (Cass., 28 september 1978, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1978, 336).

C. Het cassatiemiddel

3. Het cassatiemiddel kan als volgt samengevat worden:
a) de regels inzake het gezag van rechterlijk gewijsde (artt. 23 tot 28 Ger.W.) worden geschonden: het gezag van gewijsde strekt zich niet uit tot een punt waarover de partijen geen tegenspraak hebben gevoerd en dat door de rechter niet tot voorwerp van zijn beslissing werd (kon worden) gemaakt;

b) artikel 772 Ger. i.v.m. de heropening van de debatten, in combinatie met de regels inzake het gezag van gewijsde, wordt geschonden: door impliciet doch zeker te beslissen dat eiser verplicht was de heropening der debatten te vragen op straffe van zich het gezag van rechterlijk gewijsde te zien tegenwerpen omtrent het nieuw element dat hem de mogelijkheid bood de heropening der debatten te vragen, wordt een procespartij verplicht de heropening van de debatten te vragen, terwijl artikel 772 Ger.W. slechts in de mogelijkheid daartoe voorziet.

D. Het cassatiearrest

4. Wat de aangevoerde schending van art. 772 Ger.W. betreft kan het Hof van Cassatie kort zijn: het bestreden arrest

heeft nergens gezegd dat een procespartij wettelijk verplicht is de heropening van de debatten te vragen.

In zoverre het middel een schending van de regels inzake het gezag van gewijsde aanvoert, is het niet ontvankelijk; de mogelijkheid om alimentatiebeslissingen te herzien op grond van nieuwe of gewijzigde omstandigheden berust niet op de relativiteit van het gezag van gewijsde, maar op specifieke alimentatieregels (artt. 209 en 301, § 3, B.W.), waarvan de schending niet werd aangevoerd.

E. Commentaar

5. Terecht weigert het Hof van Cassatie het bestreden arrest te vernietigen.

De motivering kan op het eerste gezicht enige verwondering wekken, gelet op de vroegere cassatiearresten, van 28 september 1978 (*Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1978, 336, noot Renchon, J.L.) en 14 december 1989 (*Arr.Cass.*, 1989-90, 534).

6. In zijn arrest van 28 september 1978 oordeelt het Hof van Cassatie dat het gezag van gewijsde van een vorige beschikking geschonden wordt door de beslissing die als nieuw beschouwt elementen die de partij die er belang bij had ze aan te voeren, kon aanvoeren hetzij door voor de eerste rechter te verschijnen ter zitting, hetzij door haar recht van verzet of hoger beroep uit te oefenen. In casu had de voorzitter in kort geding in een eerste beschikking, bij het bepalen van het door de man verschuldigde onderhoudsgeld geen rekening gehouden met de zware financiële lasten die op de man wogen, omdat deze verstek gaf en zijn vrouw er geen melding van maakte; in een latere beschikking, bevestigd in hoger beroep, werd het onderhoudsgeld verlaagd, omdat de vroegere uitspraak geen rekening had gehouden met de juiste stand van zaken.

7. In zijn arrest van 14 december 1989 is het Hof van Cassatie van oordeel dat het gezag van gewijsde van een eerste beschikking, die geen rekening had gehouden met de (beveerde) opnemings door de man van gelden uit de gemeenschappelijke rekening, wordt geschonden door een tweede beschikking, bevestigd in hoger beroep, die deze opnemings als nieuwe omstandigheid aanvoert.

In casu had de vrouw aan de eerste rechter gevraagd een onderzoeksmaatregel te bevelen, nl. de overlegging van de rekeninguittreksels van de bij een Luxemburgse bank door de echtgenoten geopende rekening. Deze onderzoeksmaatregel werd door de rechter afgewezen omdat hij zich als voldoende op de hoogte van de toestand beschouwde. De vrouw had evenwel geen hoger beroep tegen deze beschikking ingesteld.

8. Aansluitend bij deze arresten had het Hof van Cassatie in de hier besproken zaak kunnen beslissen: het bestreden arrest heeft het gezag van gewijsde van een vroegere beschikking niet geschonden, aangezien de belanghebbende partij de heropening van de debatten had kunnen vragen om bijkomende gegevens (de tewerkstelling van de gewezen echtgenote) voor te leggen.

Het Hof verwierpt het cassatiemiddel evenwel met verwijzing naar het begrip «nieuwe of gewijzigde omstandigheden» (omdat het debat voor het hof van beroep voornamelijk rond dit begrip werd gevoerd?).

9. Toch valt een overweging van het Hof op: het gezag van gewijsde als zodanig kan niet worden ontzegd aan een beslissing, op de enkele grond dat «op het tijdstip van de uitspraak, reeds relevante feitelijke gegevens of bewijsstukken

bestonden welke door de procespartijen of althans door één van hen niet aan de rechter zijn kunnen worden voorgelegd».

Wij kunnen ons niet ontdoen van de indruk dat het Hof van Cassatie hierdoor terugkomt op zijn vroegere rechtspraak en een strengere houding aanneemt, tenzij de bedoeling is het debat voortaan te voeren rond het begrip «nieuwe feiten».

10. Nieuw is o.i. een gegeven, waarvan de (vorige) rechter op het ogenblik van zijn uitspraak geen kennis kon hebben omdat het op dat ogenblik: a) door beide partijen niet gekend was; b) door de belanghebbende partij niet gekend was.

Een correcte toepassing van het begrip nieuwe feiten wordt door een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 11 februari 1986 gemaakt (*Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 194, noot A. Kohl, die terecht kritiek uitoefent op andere beschikkingen van het arrest: het bedrag van de aan de vrouw op 15 mei 1985 door de voorzitter in kort geding tijdens een echtscheidingsprocedure toegekende onderhoudsuitkering mag door de voorzitter in een latere beschikking van 27 november 1985 op grond van nieuwe omstandigheden worden gewijzigd, ook al wordt als «nieuwe» omstandigheid in aanmerking genomen het feit dat de vrouw gerechtigd is in een nalatenschap opengevallen op 16 april 1983; de man (belanghebbende partij) heeft immers slechts op 18 september 1985 een afschrift gekregen van de aangifte van de nalatenschap (van een oom van de vrouw) en niets laat vermoeden dat hij er vroeger van op de hoogte was.

11. Een argument naar analogie ter ondersteuning van een ruime interpretatie van het begrip nieuwe feiten kan gevonden worden in art. 356, § 4, B.W.: «De vonnissen of arresten die weigeren de adoptie te homologeren of uit te spreken, verhinderen niet dat later een soortgelijk verzoek kan worden ingediend op grond van andere feitelijke gegevens, die *ontdekt* of opgekomen zijn sedert de beslissing van verwerking.»

J. Gerlo

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 NOVEMBER 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Dassel

Arbeidsovereenkomst – Werklieden – Beëindiging – Willekeurig ontslag – Vergoeding – Eerdere opzegging – Gevolg

Een partij die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een opzegging heeft beëindigd, kan die overeenkomst nog in de loop van de opzeggingstermijn beëindigen om een dringende reden, en deze beëindiging kan het recht op de bij art. 63 A.O.W. bepaalde vergoeding wegens willekeurig ontslag doen ontstaan.

T. t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 september 1990 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 32, 3°, 37, 39, § 1, en 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, 1134, 1142, 1149, 1150 en 1184 van het Burgerlijk Wetboek, *doordat*, op verweerders vordering tot betaling van een vergoeding wegens willekeurige afdanking die, met toepassing van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, overeenstemt met het loon van zes maanden, en op de conclusie van eiseres ten betoge dat «erop dient te worden gewezen dat (eiseres) de overeenkomst met (verweerder) regelmatig had beëindigd; dat die eerste beëindiging niet wordt betwist en dat er tegen die beslissing geen vordering tot vergoeding wegens willekeurig ontslag werd ingesteld; dat, wanneer men bijgevolg ervan uitgaat dat het – niet-gegronde – ontslag wegens dringende reden eveneens wordt beschouwd als een willekeurig ontslag, dient te worden onderzocht of een dergelijke vergoeding verschuldigd is; dat de overeenkomst, aangezien het ontslag een onherroepelijk feit is, ten gevolge van het eerste ontslag, niet kon 'herleven' om andere gevolgen teweeg te brengen die geen betrekking hebben op het genoemde ontslag; dat aldus een werknemer die na het geven van zijn opzegging ontslagen werd op grond van een reden die niet voldoende dringend blijkt, niet meer kan verkrijgen dat het saldo van zijn eigen nog te lopen opzeggingstermijn; dat bijgevolg het ontslag wegens dringende reden, dat eventueel willekeurig is, na een normaal ontslag niet tot een zwaardere sanctie kan leiden dan de sanctie vastgesteld voor het normale ontslag waartegen geen voorziening is ingesteld», het arrest, na te hebben vastgesteld dat «de haast, de voortvarendheid waarmee (eiseres) de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd – onder voorwendsel dat haar aangestelde ongeoorloofd afwezig was – terwijl zij nagenoeg zeker wist dat zijn arbeidsongeschiktheid voortduurde, erop wijzen dat het ontslag ontegenzeggelijk willekeurig was», vervolgens het beroepen vonnis bevestigt, in zoverre het eiseres had veroordeeld, inzonderheid tot betaling van een bedrag van 165.000 frank als vergoeding wegens willekeurig ontslag, op grond dat «de omvang van de schadevergoeding wegens het willekeurig karakter van het ontslag op dwingende wijze is vastgesteld in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978; dat de rechter, als hij heeft vastgesteld dat het ontslag willekeurig is, de gevolgen van zijn beoordeling niet kan beperken; dat de wet ten slotte geen onderscheid maakt met betrekking tot de toestand die tijdens de loop van een opzeggingstermijn bestond»,

...

Overwegende dat de door een partij beëindigde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd blijft voortbestaan tot het verstrijken van de in de opzegging bepaalde termijn; dat die overeenkomst, nu zij tijdens die termijn normaal hoort te worden uitgevoerd, nog kan worden beëindigd door de ene of de andere partij wegens een dringende reden vóór het verstrijken van de termijn;

Dat het definitieve karakter van de opzegging bijgevolg niet uitsluit dat de partij die de arbeidsovereenkomst met een opzeggingstermijn heeft beëindigd, die tijdens die termijn nog kan beëindigen wegens een dringende reden en dat

die beëindiging, in voorkomend geval, voor de onder die omstandigheden ontslagen werknemer nog het recht op de in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 bepaalde vergoeding wegens willekeurige afdankingen kan doen ontstaan ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 DECEMBER 1991

Voorzitter : de h. Rauws

Openbaar ministerie : de h. du Jardin

Advocaat : mr. Verbist

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Voorafgaande overeenkomst – Bijdrage in het onderhoud van het kind – Wijziging

Bij echtscheiding door onderlinge toestemming is de onveranderlijkheid en de bindende kracht van de tussen de echtgenoten gesloten overeenkomst over hun respectieve bijdrage in het onderhoud en de opvoeding van hun kind ondergeschikt aan het belang van het kind, en alleen aan het belang van het kind voor wie de bijdrage bedoeld is.

Daaraan kan geen afbreuk worden gedaan door het feit dat de ouder die zich tot de bijdrage verplicht heeft, andere verplichtingen heeft of krijgt, al raken deze de openbare orde.

K. t/ H.

Gelet op het bestreden vonnis, op 12 december 1989 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen ;

Over het middel : schending van de artikelen 6, 203, in het bijzonder § 1, als vervangen bij artikel 32 van de wet van 31 maart 1987, 203bis, als ingevoegd bij artikel 33 van de wet van 31 maart 1987, 303, 1134, in het bijzonder het derde lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek, 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome, op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, 6, 6bis en 97 van de Grondwet,

doordat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, zitting houdende in hoger beroep, het hoger beroep van eiser ongegrond verklaart en het beroepen vonnis waarbij de vordering van eiser strekkende tot vermindering van de onderhoudsbijdrage welke bij overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding bij onderlinge toestemming werd vastgesteld op 4.000 frank voor zijn zoon Rudy en 3.000 frank voor zijn dochter Kathleen, als ongegrond werd afgewezen, bevestigt en eiser tevens veroordeelt in de kosten van het hoger beroep op grond : «dat de eerste rechter om oordeelkundige motieven, die de rechtbank tot de hare maakt, de vordering als ongegrond heeft afgewezen ; dat (eiser) tevergeefs poogt aan te tonen dat de eerste rechter, in strijd met de vaststaande rechtsleer en rechtspraak, de vordering als ongegrond heeft afgewezen ; dat uit de bepalingen van de overeenkomst het immers duidelijk is dat het hier een overeenkomst betreft die onveranderlijk is, tenzij ingevolge tussenkomst van de rechter en specifiek ingevolge toepassing van de artikelen

203 en 303 van het Burgerlijk Wetboek ; dat de onveranderlijkheid het basisprincipe is en de veranderlijkheid enkel mogelijk is bij wederzijdse toestemming of in het belang van de kinderen ; dat echter een vermindering moeilijk als 'in het belang' van de kinderen gezien kan worden ; dat (eiser) evenmin in de imprevisietheorie enige steun kan vinden ; niet alleen zijn alle wijzigingen (nieuw huwelijk, vergoeding voor gehandicapt kind) perfect voorzienbaar, maar volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt inzake de onveranderlijkheid van de overeenkomst de imprevisie-leer afgewezen (*R.W.*, 1988-89, 1315) ; dat bovendien in de financiële toestand van (eiser) evenmin enige ernstige wijziging is gekomen, terwijl het anderszids ergerlijk is dat (eiser) durft te verwijzen naar de verhoogde kinderbijslag die (verweerster) nu ontvangt voor Rudi die voor 70 percent als minder-valide is erkend ; dat deze bijdrage van de gemeenschap enkel tot doel heeft de bijkomende kosten voor onderhoud en opvoeding voor een dergelijk gehandicapt kind op te vangen, en geenszins de totale kosten van onderhoud en opvoeding dekt ; dat het hoger beroep dan ook elke grondslag mist zo in rechte als in feite»,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, de aan de echtscheiding door onderlinge toestemming voorafgaande overeenkomst de verplichtingen van de ouders tegenover hun kinderen in hun onderlinge verhouding bepaalt en zij hun verplichtingen zelf tegenover hun kinderen, zoals die voortvloeien uit de artikelen 203 en 303 van het Burgerlijk Wetboek, niet wijzigt of beperkt ; een wijziging van de overeenkomst door de rechter niet alleen wordt verantwoord wanneer bij uitvoering ervan het kind ten voordele van wie de onderhoudsbijdrage in de overeenkomst werd bedongen, niet ten volle zou krijgen waarop het gezien de gecumuleerde onderhoudsverplichtingen van zijn beide ouders recht heeft, maar ook verantwoord is bij samenloop van onderhoudsverplichtingen uit de artikelen 203 en 303 van het Burgerlijk Wetboek wanneer de bijkomende last veroorzaakt door het uitvoeren van een later ontstane verplichting uit artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van een kind uit een nieuw huwelijk een wijziging van de overeenkomst over de bijdrage tot de eerst ontstane verplichting noodzakelijk maakt ; de onderhoudsverplichting welke eiser op grond van artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek heeft ten aanzien van het kind geboren uit zijn later huwelijk immers eveneens van openbare orde is en deze verplichting uit artikel 203 uitgebreider en nog absoluter is dan de verplichting welke hij heeft ten opzichte van de kinderen geboren uit zijn eerste huwelijk op grond van artikel 303 van het Burgerlijk Wetboek ; de onveranderlijkheid en de bindende kracht van de overeenkomst over de bijdrage aldus ondergeschikt is aan de veranderlijkheid van de wettelijke onderhoudsverplichting ten aanzien van eventuele nieuwe kinderen ; aldus ingeval van samenloop van onderhoudsverplichtingen uit de artikelen 203 en 303 van het Burgerlijk Wetboek een wijziging van de overeenkomst door de rechter niet alleen kan worden verantwoord indien bij uitvoering ervan het kind waarvoor de bijdrage is overeengekomen niet ten volle dat zou krijgen waarop het gezien de gecumuleerde onderhoudsplichten van beide ouders recht heeft, maar eveneens wanneer bij uitvoering ervan een ander kind, geboren uit een later huwelijk van één der ouders die partij was bij de overeenkomst, eveneens niet ten volle dat zou krij-

gen waarop het op grond van artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek recht heeft ten aanzien van diezelfde ouder; door er anders over te oordelen de appelrechter tevens een onderscheid maakt tussen de kinderen uit het eerste huwelijk en die uit het later huwelijk, en een dergelijk arbitrair onderscheid strijdig is met de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet: de appelrechter derhalve – door te beslissen dat geen rekening kan worden gehouden met een nieuw huwelijk en met de onderhoudsverplichtingen van eiser ten aanzien van het kind geboren uit dit nieuw huwelijk, de artikelen 6, 203, in het bijzonder § 1, 203bis, 303, 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek schendt en zodoende eveneens een arbitrair onderscheid maakt tussen kinderen geboren uit een eerste huwelijk en kinderen geboren uit een later huwelijk en aldus de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden 6 en 6bis van de Grondwet schendt:

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, bij echtscheiding door onderlinge toestemming, de tussen de echtgenoten gesloten overeenkomst voor hun respectieve bijdrage in het onderhoud en de opvoeding van hun kind, de ouders jegens elkaar bindt;

Dat de onveranderlijkheid en de bindende kracht van de overeenkomst over die bijdrage ondergeschikt is aan het belang van het kind, en enkel en alleen aan het belang van het kind voor wie de bijdrage bedoeld is;

Dat daaraan geen afbreuk kan worden gedaan door het feit dat de ouder die zich tot de bijdrage verplicht heeft, andere verplichtingen heeft of krijgt, al raken deze de openbare orde;

Dat de rechter die de bijdrageverplichting enkel en alleen beoordeelt met inachtneming van het belang van het kind, de ter zake geldende wettelijke regeling toepast en zodoende geen arbitrair onderscheid maakt ten aanzien van de verplichtingen die de bijdrageplichtige ouder nog anderszins heeft;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 10 MAART 1992

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Bützler

Straf – Eenheid van opzet – Kwalificatie – Recht van verdediging

Eenheid van opzet is een gegeven dat steeds in het debat aanwezig is, dat geen deel uitmaakt van de kwalificatie van de ten laste gelegde feiten en waarvan de rechter het bestaan en de omvang in feite beoordeelt.

Door de eenheid van opzet anders te beoordelen dan in de dagvaarding aangevoerd door het openbaar ministerie, hebben

de appelrechters noch andere feiten dan die bedoeld in de telastleggingen bewezen verklaard, noch deze anders gekwalificeerd. In dezen was geen voorafgaande verwittiging van de beklaagde vereist.

F.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 oktober 1990 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van het beginsel waarvan artikel 65 van het Strafwetboek toepassing maakt en van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging;

doordat het hof van beroep in de bestreden beslissing eiser voor de telastleggingen A, B en C, waarvan wordt vastgesteld dat zij betrekking hebben op feiten gepleegd «te Deurne, zelfde kanton, tussen 13 februari 1986 en 24 oktober 1986, in meerdere malen, de feiten de voortdurende en achtereenvolgende uiting zijnde van een zelfde opzet, het laatste feit gepleegd zijnde op 23 oktober 1986», veroordeelt uit hoofde van de feiten van de telastleggingen A en B, wegens eenheid van opzet, en met toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek, tot één enkele straf, en uit hoofde van de feiten van telastlegging C tot een andere straf,

terwijl aan eiser blijkens de dagvaarding en de vermelding van de feiten in de bestreden beslissing, drie misdrijven ten laste werden gelegd, die echter werden bestempeld, volgens de bewoordingen van de telastlegging zelf, als de voortdurende en achtereenvolgende uiting van een zelfde opzet; eiser er aldus krachtens een analoge toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek van mocht uitgaan dat hem, ingeval de feiten bewezen zouden worden verklaard, slechts één straf zou worden opgelegd, te weten de zwaarste; het hof van beroep eiser nochtans veroordeelt, enerzijds, wegens de vermengde feiten A en B, en, anderzijds, wegens het feit C, tot onderscheiden straffen, zonder dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat eiser van een wijziging van de qualificatie van de telastlegging op de hoogte werd gebracht; eiser aldus in de onmogelijkheid werd gesteld zijn middelen van verweer nopens de eventuele afwezigheid van eenheid van opzet inzake alle ten laste gelegde feiten of nopens een eventuele weigering van toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek, te laten gelden, zodat het Hof van beroep niet zonder miskennis van het beginsel waarvan artikel 65 van het Strafwetboek toepassing maakt, en van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging eiser kon veroordelen:

Overwegende dat eenheid van opzet een gegeven is dat steeds in het debat aanwezig is, dat geen deel uitmaakt van de kwalificatie van de ten laste gelegde feiten en waarvan de rechter het bestaan en de omvang in feite beoordeelt;

Overwegende dat de appelrechters, door de eenheid van opzet anders te beoordelen dan in de dagvaarding aangevoerd door het openbaar ministerie, noch andere feiten dan die bedoeld in de telastleggingen bewezen hebben verklaard, noch deze anders hebben gekwalificeerd; dat in dezen geen voorafgaande verwittiging van eiser was vereist;

Overwegende dat de appelrechters door hun motivering en beslissing noch artikel 65 van het Strafwetboek schenden, noch eisers recht van verdediging miskennen;

...

NOOT – Het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 4 oktober 1990 werd gepubliceerd in *R.W.*, 1990-91, 713.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 29 NOVEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas
Raadsheren: de hh. Luyckx en Michielsens
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaat: mr. Van Schoubroeck

Economische reglementering – Prijsaanduiding – Vreemde munteenheid

Het K.B. van 30 januari 1975 schrijft voor de eenheidsprijs van motorbrandstoffen per liter aan te duiden; art. 1 van het K.B. van 29 januari 1979 schrijft voor de prijzen in Belgische frank aan te duiden, maar staat ook toe de prijzen bovendien in een vreemde munteenheid aan te duiden. Art. 1 van het K.B. van 23 november 1984 ten slotte schrijft voor de werkelijk gevraagde eenheidsprijs van de motorbrandstoffen aan te duiden op de draaischijf voor de pompen bestemd tot bevoorrading van de voertuigen.

Geen wettelijke bepaling schrijft voor dat deze werkelijk te betalen prijs wordt uitgedrukt in Belgische frank.

P.

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd ter zake dat hij de eenheidsprijs in Belgische frank per liter niet heeft aangeduid op de pompen voor motorbrandstof;

Overwegende dat de beklaagde een pompstation exploiteert te Baarle-Hertog, een Belgische enclave in Nederland, en dat een eerste adjunct-inspecteur van het Ministerie van Economische zaken op 8 november 1989 heeft vastgesteld dat de beklaagde in de onmiddellijke nabijheid van de pompen een bord had aangebracht waarop «op duidelijk zichtbare wijze de prijzen per liter in Belgische frank werden vermeld», maar dat op de draaischijven van alle pompen de prijzen in Nederlandse gulden waren uitgedrukt;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat hij zich op Belgisch grondgebied in Nederland bevindt en dat bijna alle klanten Nederlanders zijn die zich bij hem komen bevoorraden; dat het grote problemen scheppen zou telkens weer de prijs om te rekenen in Nederlandse gulden en dat hij om die redenen de werkelijk aangerekende prijs op de draaischijven in Nederlandse munt heeft aangebracht;

Overwegende dat de beklaagde de eenheidsprijs per liter, uitgedrukt in Belgische frank, heeft aangekondigd op een groot bord dat naast de benzinepompen stond; dat hem in de telastlegging verweten wordt dat deze prijsaanduiding niet «op de pompen» stond vermeld, maar dat geen wettelijke bepaling voorschrijft dat deze eenheidsprijs in Belgische frank uitgedrukt «op de pompen» voor motorbrandstof wordt vermeld;

Overwegende dat de beklaagde opmerkt dat een benzinepomp steeds drie gegevens vermeldt: enerzijds bovenaan op een draaischijf de werkelijk te betalen prijs (eenheidsprijs x liter), anderzijds daaronder een vermelding van de een-

heidsprijs per liter en ten slotte onderaan op een draaischijf het aantal geleverde liter;

Overwegende dat het koninklijk besluit van 30 januari 1975 voorschrijft de eenheidsprijs per liter aan te duiden; dat artikel 1 van het K.B. van 29 januari 1979 voorschrijft de prijzen in Belgische frank aan te duiden maar ook toestaat de prijzen bovendien in een vreemde munteenheid aan te duiden en dat artikel 1 van het K.B. van 23 november 1984 ten slotte voorschrijft de werkelijk gevraagde eenheidsprijs van de motorbrandstoffen aan te duiden op de draaischijf voor de pompen bestemd tot de bevoorrading van de voertuigen;

Overwegende dat een draaischijf uiteraard geen eenheidsprijs aanduiden kan, daar de prijsaanduiding beweegt volgens de geleverde hoeveelheid, maar dat aan een wettekst geen wettische maar een logische interpretatie moet worden gegeven; dat het voor de hand ligt dat de wetgever de pomphouder heeft verplicht de werkelijk gevraagde prijs – die in verhouding staat tot de eenheidsprijs en de hoeveelheid – op de draaischijf van de pomp te vermelden zodat de klant zelf de prijs die hij betalen moet kan aflezen van de pomp;

Overwegende dat geen wettelijke bepaling echter voorschrijft dat deze werkelijk te betalen prijs wordt uitgedrukt in Belgische frank; dat het anders trouwens geen zin heeft in artikel 1 van het K.B. van 29 januari 1979 toe te staan dat de prijzen ook in een vreemde munt worden aangeduid;

Overwegende dat de feiten dan ook niet onder de toepassing van de strafwet vallen;

...

NOOT – *De pomphouder van Baarle-Hertog*

Handelaars en andere personen die in het kader van een beroepsactiviteit de consument producten te koop aanbieden, moeten de prijs ervan op ondubbelzinnige en schriftelijke wijze aangeven (art. 2, W.H.P. 1971). Deze verplichting werd in een aantal uitvoeringsbesluiten nader gepreciseerd. Zo bepaalde art. 1, K.B. 29 januari 1979 (*B.S.*, 10 april 1979) dat de prijzen in Belgische frank moeten worden aangeduid en dat ze bovendien in een vreemde munteenheid mogen worden aangeduid. In de inmiddels (op 29 februari 1992) in werking getreden wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (*B.S.*, 29 augustus 1991) is deze verplichting geïncorporeerd (art. 4: «de prijzen en tarieven worden minstens in Belgische frank aangeduid»). Voorts moet ingevolge K.B. 30 januari 1975 (thans K.B. 27 februari 1991, *B.S.*, 30 april 1991) bij los verkochte producten de prijs per meeteenheid (voor vloeistoffen, per liter) worden aangeduid.

Voor motorbrandstoffen gelden bijkomende verplichtingen inzake prijsaanduiding ingevolge K.B. 23 november 1984 (*B.S.*, 22 december 1984). Volgens art. 1 van dat K.B. moet de «werkelijk gevraagde eenheidsprijs» van de motorbrandstoffen steeds worden aangeduid op de draaischijf van de pompen.

De exploitant van een benzinestation in Baarle-Hertog, met hoofdzakelijk Nederlandse klanten, had in de onmiddellijke nabijheid van het station een bord aangebracht waarop op duidelijk zichtbare wijze de prijzen per liter in Belgische frank werden vermeld. Toch werd geverbaliseerd

omdat op de draaischijf de (werkelijk te betalen) prijs in gulden, en niet in frank was uitgedrukt.

Het hof van beroep spreekt de handelaar vrij op grond dat geen enkele wettelijke bepaling voorschrijft dat de werkelijk te betalen prijs (die echter wel op de draaischijf moet voorkomen) in Belgische frank wordt uitgedrukt.

De juistheid van de door het hof gegeven interpretatie kan moeilijk worden betwist. Bovendien leidt zij tot een in casu billijke uitspraak. Het geheel van de geciteerde bepalingen leidt evenwel tot de merkwaardige vaststelling dat een pomphouder op legale wijze in het centrum van België de prijs op de draaischijf in een vreemde munteenheid (bv. escudo of yen) zou kunnen aanduiden. De markt en het gezond verstand (en de leveranciers van de pompen) zullen er allicht voor zorgen dat pomphouders niet op het idee komen deze mogelijkheid uit te buiten.

Jules Stuyck

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

9e KAMER – 31 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Guffens

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

Openbaar ministerie: de h. Schram

Advocaat: mr. Lauwers

Deskundigenonderzoek – Accountant

De wet van 21 februari 1985 tot herziening van het bedrijfs-revisoraat voert een monopolie in voor accountants en bedrijfs-revisoren dat zich ook uitstrekt tot de gerechtelijke expertise, in deze zin dat de keuze van de vorderende magistraat bij de aanstelling van deskundigen wordt beperkt tot de personen die de titel van accountant of bedrijfsrevisor mogen voeren.

Van P.

Overwegende dat het hoger beroep gericht is tegen de motivering van de eerste rechter die vaststelt dat er geen redenen bemerkt worden om het deskundigenverslag van E.V. uit het debat te weren, evenmin om deze deskundige niet ter zitting te horen als getuige;

dat beklagde zich verzet tegen het horen van deze deskundige omdat zulks in strijd zou zijn met de bepalingen van de wet van 21 februari 1985, daar het horen van deze getuige, die niet de kwalificatie van «accountant» heeft, zoals blijkt uit de stukken die beklagde in eerste aanleg neerlegde, op grond van artikel 95 van voormelde wet, een strafrechtelijke inbreuk zou uitmaken;

Overwegende dat artikel 82 van de wet van 21 februari 1985, in werking getreden op 10 maart 1987, bepaalt dat enkel de natuurlijke personen en rechtspersonen die ingeschreven zijn in het register van de externe accountants gerechtigd zijn om geregeld («habituellement») de in artikel 78, 1° en 2°, bedoelde werkzaamheden uit te voeren of aan te bieden;

dat voormeld artikel 78, 2°, bepaalt dat de werkzaamheid van accountant erin bestaat in privé-ondernemingen, in

openbare instellingen of voor rekening van elke belanghebbende persoon of instelling volgende opdrachten uit te voeren: «2. de expertise, zowel privé als gerechtelijk, op het gebied van de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen, alsmede de analyse volgens boekhoudmethodes van de toestand en de werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, hun rentabiliteit en risico's»;

Overwegende dat artikel 95 van voormelde wet de overtreding van artikel 82 strafrechtelijk sanctioneert;

Overwegende dat artikel 82 van deze wet aan de externe (zelfstandige) accountants onbetwistbaar, samen met de bedrijfsrevisoren, een monopolie toekent voor de uitoefening van de werkzaamheden bedoeld in artikel 78, 1° en 2°;

dat alleen natuurlijke personen of rechtspersonen ingeschreven in het register van accountants gerechtigd zijn om geregeld over te gaan tot het verrichten van expertises, zowel gerechtelijk als particulier, op het gebied van de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen en de analyse van ondernemingen volgens boekhoudmethodes;

Overwegende dat de expertise uitgevoerd door de heer E.V. ongetwijfeld een activiteit is die onder de toepassing valt van artikel 78, 2°, van de wet van 21 februari 1985;

Overwegende dat de invoering van het wettelijk statuut voor het accountantsberoep de deskundigheid van de accountants verzekert en daarenboven een waarborg betekent voor wie er een beroep op doet;

Overwegende dat de onderzoeksrechter in principe op onaantastbare wijze oordeelt over de opportuniteit van de onderzoeksmaatregel die erin bestaat een deskundige aan te stellen;

dat hij in principe eveneens vrij beslist wie hij als deskundige aanstelt daar de wetgever geen enkele eis stelt inzake de vaardigheden of kwalificaties om als deskundige aangewezen te worden;

Overwegende dat de onderzoeksrechter echter uiteraard slechts over die vrijheid beschikt binnen de wettelijke normen en hij bijvoorbeeld geen minderjarigen zou kunnen aanstellen of personen ontzet uit het recht om deskundige te zijn (art. 31 Sw.);

dat de onderzoeksrechter evenmin bijvoorbeeld een bloedafname zou mogen laten verrichten door iemand die geen diploma heeft van geneesheer;

Overwegende dat de wet van 21 februari 1985 een monopolie invoert voor accountants en bedrijfsrevisoren, dat zich ook uitstrekt tot de gerechtelijke expertise, in die zin dat de keuze van de rechter bij de aanstelling van deskundigen beperkt wordt tot wie die titel mag voeren;

dat te dezen de onderzoeksrechter iemand benoemde die niet beantwoordt aan de voorwaarden gesteld in de wet van 21 februari 1985 en nochtans werkzaamheden uitvoerde die uitdrukkelijk voorbehouden zijn aan accountants;

Overwegende dat uit de stukken echter niet kan worden afgeleid dat de heer E.V. «geregeld» («habituellement») dergelijke opdrachten uitvoerde en derhalve in de onwettigheid verkeerde;

dat zijn verslag nochtans niet dezelfde waarborg biedt als die welke aan een verslag gehecht mag worden dat is opgesteld door iemand die daartoe de wettelijke kwalificatie heeft;

Overwegende dat de verdediging terecht opwerpt dat zij geen inspraak had in de aanstelling van de deskundige daar

het onderzoek geheim is en de onderzoeksrechter in principe vrij is wie dan ook als deskundige aan te stellen;

Overwegende dat te dezen het recht van verdediging echter niet voldoende gevrijwaard werd door de aanstelling van iemand die niet de wettelijke titel van accountant heeft en toch de activiteiten uitvoerde door artikel 78, 2°, van de wet van 21 februari 1985 esclusief voorbehouden aan accountants;

dat bij de beoordeling van de schuld of onschuld het deskundigenverslag nochtans meestal zeer grote invloed heeft;

Overwegende dat het Hof de beslissing van de eerste rechter dan ook vernietigt, de zaak aan zich trekt en zelf over de grond van de zaak moet beslissen, zonder acht te slaan op het door de heer E.V. uitgevoerde deskundigenonderzoek;

...

NOOT – *Het monopolie van de externe accountant en de expertise in strafzaken*

1. Bij de wet tot herziening van het bedrijfsrevisoraat van 21 februari 1985 werd ook de titel van accountant erkend en dit beroep gereguleerd (zie, omtrent de redenen om een beroep te reglementeren, Geens, K., «De reglementering van het vrij beroep», *T.P.R.*, 1988, 127).

Niemand mag de titel van accountant voeren dan tenzij hem door het Instituut der Accountants (IDAC) de hoedanigheid van accountant is verleend of de toestemming tot het voeren van de titel is gegeven (art. 69). Om de hoedanigheid van accountant te verkrijgen moet men aan strenge toetredingsvoorwaarden voldoen (art. 72). Het Instituut ziet toe op de opleiding, de bekwaamheid, onafhankelijkheid en rechtschapenheid van zijn leden en op de behoorlijke uitvoering van de gegeven opdrachten (art. 84). Het handhaaft ook de beroepstucht (art. 90).

Art. 78. – «De werkzaamheid van accountant bestaat erin in privé-ondernemingen, in openbare instellingen of voor rekening van elke belanghebbende persoon volgende opdrachten uit te voeren:

1° het verifiëren en corrigeren van alle boekhoudingsstukken;

2° de expertise, zowel privé als gerechtelijk, op het gebied van de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen, alsmede de analyse volgens boekhoudmethodes van de toestand en de werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, hun rendabiliteit en risico's;

3° de organisatie van de boekhoudingsdiensten en van de administratieve diensten van de ondernemingen, evenals het adviseren over de boekhoudkundige en administratieve organisatie van de ondernemingen;

4° de organisatie en het voeren van de boekhouding van derden;

5° het verstrekken van advies in belastingzaken voor zover dit niet geschiedt als hoofdwerkzaamheid of voor zover dit door zijn aard een onderdeel uitmaakt van één der werkzaamheden bedoeld onder 1°.

Een accountant die zijn beroepswerkzaamheden uitoefent buiten het kader van een arbeidsovereenkomst of van een door de overheid bezoldigde betrekking, kan zich op zijn verzoek doen inschrijven in het register van externe accountants (art. 79). Een externe accountant is onderworpen aan bepaalde onverenigbaarheden (art. 81). Art. 458 Sw., dat

schending van het beroepsgeheim strafbaar stelt, is van toepassing op de externe accountants en hun personeel (art. 95, tweede lid).

Art. 82. – «Enkel de natuurlijke personen en de rechtspersonen die zijn ingeschreven in het register van de externe accountants zijn gerechtigd om geregeld:

1° de in artikel 78, 1° en 2°, bedoelde werkzaamheden, evenals

2° de opdrachten bedoeld in art. 64, § 2, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, uit te voeren of zulks aan te bieden.

Het eerste lid, 1°, is evenwel niet van toepassing:

1° op de leden van het Instituut der Bedrijfsrevisoren;

2° op de in artikel 78, 1° en 2°, bedoelde werkzaamheden uitgevoerd in ondergeschikt verband of krachtens een arbeidsovereenkomst of een door de overheid bezoldigde betrekking die niet leiden tot een attestering of een expertisverslag bestemd om te worden overgemaakt aan derden.»

Een inbreuk op dit monopolie, of beter gezegd een overtreding van art. 82, is strafbaar met een geldboete van 200 tot 1.000 fr. (art. 95, eerste lid).

2. Ik vermoed dat sommige parketmagistraten en onderzoeksrechters verbaasd zullen reageren op de bovenstaande uitspraak. Daarom deze bedenkingen.

Het monopolie van de externe accountant is van twee kanten beperkt. Het is dus niet algemeen, zoals dat bv. bij de medici het geval is.

Zo valt de administratieve organisatie er niet onder. Dit zijn werkzaamheden die bv. ook door management consultants worden verricht (Maes, J.P. en Van Hulle, K., *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat en de organisatie van het accountantsberoep*, 1985, 123).

Het geldt anderzijds niet wanneer de werkzaamheden niet gericht zijn op een bekendmaking bestemd voor derden. Dit werd uitdrukkelijk gezegd tijdens de parlementaire voorbereiding (*Parl.St., Kamer*, verslag namens de bijzondere commissie uitgebracht door de heer Verhaegen, 552, 1982-83, nr. 552/35, p. 99);

«Een lid stelt de vraag naar de opportuniteit van het toekennen van een monopolie aan de accountants.

De minister vermeldt dat het toekennen van een beperkt monopolie het corrolarium is van de onderwerping aan een deontologisch toezicht. Hij stipt ook nog aan dat het monopolie i.v.m. expertise slechts speelt voor de expertise die een verklaring inhoudt t.o.v. derden en dus niet bv. voor het deskundig onderzoek voor de werkgever.»

Wat betekent nu art. 78, 2°: «de expertise, zowel privé als gerechtelijk, op het gebied van de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen, alsmede de analyse volgens boekhoudmethodes van de toestand en de werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, hun rendabiliteit en risico's»?

Onder boekhoudkundige organisatie kan m.i. alleen maar verstaan worden: de wijze waarop een onderneming haar wettelijke verplichtingen op het stuk van boekhouding en jaarrekening heeft nageleefd. Art. 78, 2°, van de wet werd manifest geschreven uitgaande van de fundamentele veronderstelling van het boekhoudrecht dat de onderneming in «going concern» is (Berger, P., «Going concern versus discontinuïteit: «economische aspecten», in *Ondernemingsdiscontinuïteit*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 14). Een expertise zal in de regel aangevraagd dan wel bevolen wor-

den met betrekking tot een onderneming in going concern. Dit belet evenwel niet dat een onderzoek na faillissement naar de waarheidsgetrouwheid van de boekhouding en de jaarrekeningen en naar de naleving van de wetgeving op dat punt eveneens betrekking heeft op de boekhoudkundige organisatie in de zin van art. 78, 2°.

Men zal wellicht ook nog opwerpen dat een expertise in strafzaken niet bestemd is voor het economisch verkeer. Dat is zo, maar ze is per definitie bestemd voor het rechtsverkeer. Ze verdient dan ook dezelfde bescherming. Art. 78, 2°, beperkt het monopolie van de expertise die een verklaring t.o.v. derden inhoudt — in casu de strafrechter, de beklagde en de burgerlijke partij — niet tot die welke uitsluitend bestemd zouden zijn voor het economisch verkeer.

Er kan dan ook alleen maar ingestemd worden met het principeoordeel van het Hof van Beroep te Antwerpen, dat een door een onderzoeksrechter bevolen boekhoudkundige expertise naar aanleiding van de verdenkingen van bedrieglijke en eenvoudige bankbreuk «ongetwijfeld» onder het monopolie van de externe accountants en bedrijfsrevisoren valt.

Deze beschouwingen doen er niet aan af dat het monopolie van de externe accountant nog op een andere wijze beperkt is. Iemand die geen externe accountant is, mag bij een enkele gelegenheid een expertise verrichten. Dit was nota bene volgens de bewoordingen van het arrest te dezen het geval. Het zou bv. kunnen gaan om een gepensioneerde externe accountant, die daarom niet langer de hoedanigheid heeft, of om een interne accountant. Zij die in de praktijk staan, weten hoe moeilijk het is bekwaame boekhoud-experts te vinden, die bereid zijn binnen een redelijke termijn een verslag op te stellen tegen de honoraria van het tarief in strafzaken (zie verder). Soms bestaat de oplossing erin een zeer ervaren gepensioneerde accountant te nemen. Anderzijds is het zeer goed denkbaar dat een bepaalde strafzaak zulke gespecialiseerde kennis vraagt, dat eraan gedacht moet worden een interne accountant van een hyper-onderneming met de deskundigenopdracht te belasten. De enige raad die men de onderzoeksrechter dan kan geven, is de aanstelling van een expert, die geen externe accountant is, uitdrukkelijk te motiveren.

3. Een expert in strafzaken valt onder de wrakingregels van de artt. 828 tot 847 en art. 966 Ger.W. (Franchimont, M., Jacobs, A. en Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, 794: *contra*: Antwerpen, 29 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 476, noot Vandeplas, A., «Wraking van de deskundige in strafzaken»). De door de onderzoeksrechter aangestelde deskundige werd echter niet gewraakt. Zijn verslag was ook niet nietig: het hof zei dit ook niet. Een deskundigenverslag is slechts nietig bv. wegens onregelmatigheden in de eedaflegging of op grond van de taal waarin het is opgesteld (Hutsebaut, F., *Het deskundigenonderzoek in strafzaken en het probleem van de tegenspraak in het strafproces*, I, 1980, nr. 405).

De omstandigheid dat er geen reden was om de expert te wraken of zijn verslag nietig te verklaren, wil nog niet zeggen dat de eerste rechter of het hof gehouden was door het advies van de deskundige. Of de deskundigenopdracht nu uitgevoerd werd door een externe accountant of een andere persoon met een gelegenheidsopdracht zoals hier, de rechter is slechts gebonden door de bewijskracht van het deskundigenverslag: hij beoordeelt nog steeds vrij de bewijswaarde ervan (Hutsebaut, F., «Het deskundigenonderzoek in straf-

zaken», in *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, nr. 279; Declercq, R., *La preuve en matière pénale*, 89).

Er is wel een recente tendens om in bepaalde gevallen expertiseverslagen wegens schending van het recht van verdediging uit het debat te weren wanneer de betwisting omtrent de constatering en conclusies van de deskundige onmogelijk is geworden, o.m. wegens de verdwijning van de stukken, waarop zijn verslag steunt (De Nauw, A., «Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge», *R.D.P.*, 1990, 716).

4. De expertise in strafzaken is een openbare dienst. Als een externe accountant hiermee belast wordt, mag hij de opdracht niet weigeren. De weigering is juist wegens het monopolie een ernstig deontologisch vergrijp. Art. 10 van de wet van 1 juni 1849 op de herziening van de tarieven in criminele zaken stelt ze bovendien strafbaar met een geldboete van 50 tot 500 fr. (*R.P.D.B.*, «Tarif en matière répressive», nr. 28).

De expert in strafzaken heeft geen recht op een voorschot en wordt gehonoreerd volgens het tarief in strafzaken. Bij onverantwoorde vertraging kunnen zijn honoraria worden verminderd (art. 2 van het K.B. van 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken). Het honorarium in strafzaken zal wel de sleutel zijn tot heel de rel. In 1991 bedroeg het voor een accountant 775 fr. per uur en voor zijn medewerker 545 fr. (Indexatie - Tarief 1991 - Tabel der vergoedingen, *B.S.*, 15 december 1990; voor de Indexatie - Tarief 1992, zie *B.S.*, 20 december 1991). Volgens een statistisch onderzoek van het IDAC vroegen de accountants in 1987 voor expertises naar gelang van de plaats van hun vestiging bedragen gaande van 1.406 fr. tot 1.766 fr. per uur (IDAC, *Informatieblad*, nr. 4/87). Voor zover mij bekend lag het uurloon voor expertises in 1991 niet onder de 2.300 fr.

Luc Huybrechts

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER — 21 NOVEMBER 1990

Rechter: de h. Vandorpe

Advocaten: mrs. Lust en Vercruysse

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Verlies halsketting in ziekenhuis — Bewusteloze patiënt — Bewaargeving — Zaakwaarneming

Een bewusteloze patiënt kan ter vergoeding van zijn in het ziekenhuis verdwenen halsketting zich niet op de regels inzake bewaargeving uit noodzaak beroepen, bij gebrek aan wilsovereenstemming.

Zaakwaarneming is evenmin van toepassing nu het professioneel optreden van een medische ploeg in een spoedongevaldienst niet als vrijwilligerswerk kan worden beschouwd.

Het ziekenhuis begaat een fout door geen procedure te hebben uitgestippeld die moet worden gevolgd wanneer bewusteloze patiënten met waardevolle bezittingen in het ziekenhuis worden opgenomen.

V.Z.W. S. t/D.

Gegevens van de zaak

Eiseres tekent verzet aan tegen het verstekvonnis van 23 maart 1987 waarbij zij werd veroordeeld tot betaling aan verweerder op verzet van 151.140 frank, te vermeerderen met de gerechtelijke rente en de gedingskosten.

Voormeld bedrag vertegenwoordigt de waarde van een aan verweerder toebehorend juweel dat bij een spoedopname op 30 april 1983 in de instelling van eiseres verloren is gegaan. Eiseres vecht de rechtsgronden aan, zowel contractueel als buitencontractueel, waarop de vordering van verweerder is gebaseerd.

Verweerder vraagt de bevestiging van het bestreden vonnis.

IV. Beoordeling

De feiten

1. In de nacht van 29 op 30 april 1983 werd D. te Oostende in een verkeersongeval betrokken. Hij werd in comateuze toestand naar de dienst spoedgevallen van de S.-kliniek te Oostende overgebracht. Bij de opname was hij drager van een geelgouden ketting met gouden plak. Dit juweel bleek achteraf onvindbaar.

2. Op 6 mei 1983 diende de vader van D. een klacht in tegen onbekende(n) wegens diefstal. Het strafonderzoek liep op niets uit. Hij beschreef het verdwenen juweel als een gouden halsketting van ongeveer 85 cm lang met als hanger een gouden plak van ongeveer 5,5 cm op 3 cm met als inscriptie de initialen B.D. en een briljant van een halve karaat in de rechterhoek.

3. Uit de diverse verklaringen die werden afgelegd n.a.v. het strafonderzoek blijkt dat het juweel van D. verwijderd moet zijn geweest tussen het ogenblik dat hij in de dienst spoedopname verbleef en het tijdstip dat hij in de dienst radiologie werd onderzocht.

Het recht

1. In de loop van het geding veranderde verweerder op verzet het (juridisch) geweer meermaals van schouder. Hij beriep zich o.m. op noodbewaargeving, zaakwaarneming en buitencontractuele aansprakelijkheid.

2. Er kan van bewaargeving slechts sprake zijn wanneer beide partijen, bewaargever én bewaarnemer, hun wilsovereenstemming hebben laten blijken. Ook de noodbewaargeving is en blijft een overeenkomst die steeds wilsovereenstemming vereist (De Page, *Traité*, V, nr. 181, C).

Daar niet betwist wordt dat verweerder zich in comateuze toestand in de spoedopnamedienst van eiseres bevond, kan te dezen geen beroep worden gedaan op de bewaargeving uit noodzaak.

3. Zaakwaarneming is het vrijwillig en belangeloos, doch niet uit vrijgevigheid behartigen van andermans belangen, wanneer zulks nodig of nuttig is. Het professioneel optreden van een medische ploeg in een spoedongevallendienst kan niet worden beschouwd als vrijwilligerswerk. Hierop kan de rechtsfiguur van de zaakwaarneming dan ook niet worden toegepast.

Overigens stuurt verweerder precies aan eiseres het verwijt toe dat zij zijn belangen niet heeft behartigd.

4. De eiseres rust de verplichting om als professioneel hulpverlener de nodige zorgvuldigheid te betrachten ongeacht of de bijstand verleend wordt op grond van overeen-

komst dan wel zonder contractuele band. Hoewel eiseres daartoe uitdrukkelijk door de Rechtbank werd uitgenodigd, brengt zij niet het bewijs voor (noch biedt zij aan te bewijzen) dat aan haar aangestelden welbepaalde instructies zijn gegeven om volgens bepaalde procedures te handelen wanneer in de dienst spoedgevallen te verzorgen buiten bewustzijn verkerende patiënten worden binnengebracht die drager zijn van geldsommen, waardepapieren, juwelen en dergelijke.

Bij spoedopnames blijft uiteraard de medische hulp en bijstand prioritair. Zulks hoeft evenwel niet te beletten dat een door eiseres aangewezen personeelslid de verantwoordelijkheid draagt over de waardevolle persoonlijke bezittingen van een patiënt en deze terstond kan wegbergen in bv. slotvaste kastjes of een kluis.

Het staat vast dat eiseres in redelijkheid kon of moest voorzien dat door het ontbreken van precieze richtlijnen en/of de inadequate materiële organisatie zich dergelijke schadegevallen konden voordoen. Eiseres is derhalve op grond van artikel 1383 B.W. aansprakelijk voor de schade van verweerder.

5. Van het verdwenen juweel bestaat een vrij precieze beschrijving die nergens wordt tegengesproken door verklaringen in het strafdossier. Daarnaast legt verweerder twee foto's voor.

Een schatting van 25 mei 1983 van J. Van Giel (goudsmid te Antwerpen) ten belope van 97.140 frank voor de geelgouden plak en 54.000 frank voor de geelgouden ketting is voorgelegd. Juwelier Hans Logghe bevestigt deze schatting. De schatting van juwelier A. Serry te Ichtegem, die kennelijk aan het juweel herstellingen uitvoerde, bedraagt ongeveer 160.000 frank.

Rekening houdend met deze gegevens is de Rechtbank van oordeel dat de door verweerder gevorderde schadevergoeding in billijkheid kan worden toegekend.

NOOT – Omtrent zaakwaarneming en bewaargeving (in ziekenhuisverband)

1. Een slachtoffer van een verkeersongeval wordt bewusteloos naar de dienst spoedgevallen van een nabijgelegen ziekenhuis gevoerd. Op het moment van de opname draagt hij een geelgouden halsketting met gouden plak. Dit juweel blijkt later verdwenen. Uit verklaringen van het ziekenhuispersoneel kan worden opgemaakt dat het juweel verwijderd moet zijn geweest in de periode gelegen tussen de opname in de dienst spoedgevallen en het onderzoek in de dienst radiologie.

Om vergoed te worden voor het verlies van het juweel, beroept de benadeelde zich o.m. op drie rechtsfiguren, namelijk de bewaargeving uit noodzaak, de zaakwaarneming en de buitencontractuele aansprakelijkheid voor foutief gedrag (artt. 1382-1383 B.W.). Op die rechtsgronden wordt nu ingegaan.

2. Bewaargeving is het contract waarbij men de zaak van een ander aanneemt, onder verplichting om die te bewaren en in natura terug te geven (art. 1915 B.W.). De drie constitutieve elementen van bewaargeving die uit deze definitie kunnen worden afgeleid zijn de bewaring van de zaak, de teruggave van de zaak en de gemeenschappelijke wil in bewaring te geven en te ontvangen (De Page, H. en Dekkers,

R., *Traité*, V, nr. 181; Van Cauwelaert, W., *Bewaargeving en sekwestering*, Kluwer, 1982, 2).

Bij bewaargeving uit noodzaak is er dit verschil dat de bewaargever niet de vrijheid heeft om het goed niet in bewaring te geven en om een andere bewaarnemer te kiezen (Lamine, L., «Bewaargeving», *Comm.Bijz.Ov.*, art. 1949, p. 3, nr. 5).

Toegepast op de arts/ziekenhuis-patiënt-relatie zal het meermaals voorkomen dat een patiënt beroofd is van zijn vrijheid om zijn goederen niet in bewaring te geven en om een andere bewaarnemer te kiezen, bv. wanneer hij zich dient uit te kleden in een kleedkamer, meestal grenzend aan de behandelkamer van de arts. De cruciale vraag is dan of de arts werkelijk de wil heeft, de «animus contrahendi», om de zaak in bewaring te nemen. H. De Page (*o.c.*, nr. 237) en W. Van Cauwelaert (*o.c.*, nr. 165) beantwoorden deze vraag ontkennend. Volgens hen betreft het een louter gedogen, doch zij argumenteren hun opvatting verder niet. Toch kan m.i. worden verdedigd dat in het bovenvermelde geval wel degelijk een bewaargeving uit noodzaak tot stand kan komen. Het is goed mogelijk dat in de gegeven omstandigheden het stilzwijgen van de arts/het ziekenhuis niet anders kan worden uitgelegd dan in de zin van een toestemming. Dit omstandig stilzwijgen of die stilzwijgende toestemming kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de arts zijn patiënten uitnodigt om in een welbepaalde ruimte, namelijk de kleedkamer, hun kleren achter te laten. Deze stelling wint nog aan kracht als men de rechtspraak in aanmerking neemt die vestiairecontracten in restaurants en feestzalen doorgaans als bewaargevingsovereenkomsten bestempelt. De exploitant wordt hier als bewaarnemer aangeduid, omdat hij zijn klanten heeft uitgenodigd kleren onder te brengen op een plaats die de gasten zelf niet in de gaten konden houden (Pauwels, C., «De aansprakelijkheid van de vestiairehouder», *R.W.*, 1988-89, 137-138; Herbots, J. en Pauwels, C., «Overzicht van rechtspraak (1982-1987). Bijzondere overeenkomsten», *T.P.R.*, 1989, 1382-1383).

3. Ontbreekt de toestemming van een der partijen, dan kan er van een bewaargevingsovereenkomst geen sprake zijn. Terecht oordeelt de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge in het geannoteerde vonnis dat een bewusteloze patiënt geen bewaargevingsovereenkomst heeft kunnen sluiten met het ziekenhuis bij gebrek aan volwaardige toestemming. Aldus kon voor de vergoeding van het verloren juweel geen beroep worden gedaan op bewaargeving uit noodzaak, aangezien ook deze rechtsfiguur het samentreffen van wilsuitingen veronderstelt (anders, maar ten onrechte: Deschouwer, A., «De bewaring van gelden en waarden van de bejaarden in een rustoord of van de patiënten in een ziekenhuis», *De Gem.*, 1979, 302).

4. Op de tweede plaats beroept de benadeelde zich op de zaakwaarnemingsfiguur. Zaakwaarneming – zo omschrijft de Rechtbank helder – is het vrijwillig en belangeloos, doch niet uit vrijgevigheid behartigen van andermans belangen, wanneer zulks nodig of nuttig is (cf. Kruithof, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 654, nr. 147).

Volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge kan zaakwaarneming in deze zaak niet worden toegepast omdat «het professioneel optreden van een medische ploeg in een spoedongevallendienst niet kan worden beschouwd als vrijwilligerswerk». Met deze algemene uitspraak kan maar wor-

den ingestemd voor zover telkens *in concreto* blijkt dat het vrijwilligheidsvereiste in het handelen van het ziekenhuis-personeel ontbreekt. In een spoedongevallendienst zal de vrijwilligheid t.a.v. de medische behandeling doorgaans ontbreken. Aangezien de opgenomen patiënten meestal in «groot gevaar» verkeren, is het medisch team wettelijk verplicht hulp te verlenen (art. 422bis Sw.). Zaakwaarneming is immers uitgesloten wanneer hij die andermans belangen behartigt, daartoe wettelijk (of contractueel) gehouden was (cf. Paulus, C., *Zaakwaarneming, A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1970, nrs. 38-39 en 43; vgl. echter Glansdorff, F., noot onder Luik, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, 10.195, p. 2 verso).

Toch zijn er ook argumenten om in dit geval zaakwaarneming te aanvaarden. De wettelijke hulpverleningsplicht ex art. 422bis Sw. bestaat slechts t.a.v. personen. Wanneer ook goederen worden waargenomen, treedt men eigenlijk buiten het toepassingsgebied van art. 422bis Sw. Aldus valt een hindernis weg om zaakwaarneming in te roepen. Bovendien kan men hier, wat het ziekenhuis betreft, niet spreken van een contractuele verplichting de belangen van de bewusteloze patiënt te behartigen. Het ziekenhuis dat in dit geval noch wettelijk noch contractueel verplicht is de goederen van de patiënt te behartigen, voldoet aan het vrijwilligheidsvereiste en kan dan ook, wanneer bij hypothese de andere toepassingsvoorwaarden van zaakwaarneming vervuld zijn, als zaakwaarnemer worden beschouwd (cf. uitgebreider Vansweevelt, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Maklu-Ced. Samsom-Bruylant, 1992, nrs. 1039-1053). De zaakwaarnemer moet instaan voor zijn «culpa levis in abstracto». Aldus zou het ziekenhuis in dit geval aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade veroorzaakt door het onzorgvuldig waarnemen van de zaak.

5. Hoe dan ook, de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge kent de vordering van de patiënt toe op grond van de *buitencontractuele-aansprakelijkheidsregels* (artt. 1382-1383 B.W.). Aan het ziekenhuis wordt verweten geen richtlijnen aan het personeel te hebben verstrekt en/of de instelling materieel niet behoorlijk te hebben uitgerust (o.m. slotvaste kastjes of een kluis) voor het geval een patiënt waardevolle zaken het ziekenhuis binnenbrengt. Het ziekenhuis wordt aldus aansprakelijk gesteld omdat het door zijn gebrekkige organisatie en infrastructuur het ontstaan van zulke schadegevallen had kunnen voorzien en de nodige maatregelen om die te voorkomen niet heeft genomen. Het ziekenhuis heeft m.a.w. niet gehandeld zoals van een normaal zorgvuldig ziekenhuis, geplaatst in dezelfde omstandigheden, kan worden verwacht. Deze zorgvuldigheidstoetsing gebeurt aan de hand van een normatief criterium. De rechter moet zich m.a.w. afvragen wat een zelfde ziekenhuis in gelijke omstandigheden *behoorde te doen* (cf. Vansweevelt, T., *o.c.*, nrs. 161 e.v.). Dit normatief criterium werd in dit vonnis ook duidelijk toegepast. In verschillende Belgische ziekenhuizen gebeurt de opvang van goederen van bewusteloze patiënten immers vrij informeel en ontbreekt er een specifieke procedure die moet voorkomen dat goederen van bewusteloze patiënten verdwijnen. Zeker in een spoedgevallendienst waar de gezondheidstoestand van de patiënt onmiddellijke medische hulp vereist, is de kans reëel dat aan de goederen van de patiënt minder aandacht wordt besteed. Daarom lijkt het noodzakelijk dat in zo'n situatie verpleegkundigen een bepaalde procedure zouden naleven om de

goederen van de bewusteloze patiënt zo snel mogelijk veilig op te bergen.

Daarnaast kan nog worden opgemerkt dat het voor bewusteloze slachtoffers/patiënten niet steeds gemakkelijk zal zijn te bewijzen dat men bij de ziekenhuisopname een juweel of een ander kostbaar goed bij zich droeg. Het kleinood kan immers voordien reeds verdwenen zijn, bv. tengevolge van het schadegeval (bv. het slachtoffer wordt uit de auto geslingerd) of tengevolge van diefstal in de periode tussen het ongeval en de ziekenhuisopname.

6. Ten slotte oordeelt de rechtbank, terecht, dat de zorgvuldigheidsplicht van het ziekenhuis t.a.v. door de patiënt meegebrachte zaken, geldt ongeacht de aard van de rechtsverhouding – contractueel of buitencontractueel – met de patiënt. Wel kan daaraan worden toegevoegd dat deze zorgvuldigheidsplicht strenger kan worden geïnterpreteerd ten aanzien van o.m. bewusteloze, seniele, geesteszieke of door angst of pijn buitengewoon ontredde patiënten. Als vuistregel geldt dan ook dat het ziekenhuis een grotere zorgvuldigheid aan de dag moet leggen naarmate de patiënt zelf minder in staat is zijn goederen te beheren (cf. Van Hertem, J., «De verpleegkundige en de aansprakelijkheid voor goederen van patiënten», *T.Ziekenverpl.*, 1980, 446).

T. Vansweevelt

Docent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

VREDEGERECHT TE BORGERHOUT

8 MAART 1990

Rechter : mevr. Verrycken

Advocaten : mrs. Brems en Van Loon loco Lens

Huur – Vordering tot betaling van achterstallige indexaanpassingen – Nalaten van de verhuurders de contractueel bedongen indexaanpassingen te vorderen telkens als ze daartoe de gelegenheid hadden – Zonder enig voorbehoud de onaangepaste huurprijs aanvaarden – Rechtsverwerking

Er is rechtsverwerking wanneer iemand, wegens zijn eigen gedragingen, geheel of gedeeltelijk de mogelijkheid wordt ontnomen zich op een recht te beroepen, omdat de verdere uitoefening van dit recht strijdig is met de voorheen ingenomen houding.

In dit geval hebben de verhuurders hun recht op achterstallige indexaanpassingen verwerkt, aangezien uit de feitelijke elementen van de zaak blijkt dat zij in het verleden hebben nagelaten de contractueel bepaalde indexaanpassingen te vorderen telkens als zij er nochtans de gelegenheid toe hadden, en dat zij zonder enig voorbehoud de onaangepaste huurprijs hebben aanvaard.

E.K. en E.H. t/ E.K.

Overwegende dat de volgende feitelijke elementen en retroakten aan de inleiding van de onderhavige procedure zijn voorafgegaan :

Op 1 augustus 1982 wordt tussen partijen een huurovereenkomst gesloten, waarbij met ingang van die datum voor een termijn van negen jaar het handelshuis, gelegen (...) in huur wordt gegeven aan verweerder, tegen een maandelijkse

huur van 20.000 fr., die automatisch zal worden aangepast telkens als het indexcijfer der kleinhandelsprijzen een wijziging ondergaat van vijf punten. Op 17 oktober 1986 leidt eerste eiser een vordering in tegen verweerder, strekkende tot veroordeling van 60.000 fr. achterstallige huur met huurontbinding en wederverhulingsvergoeding. Bij de behandeling stelt verweerder een tegeneis wegens beweerde gebreken in en architect Willem Michiels wordt aangesteld als deskundige bij vonnis van 15 januari 1987; naar aanleiding van deze expertise zijn er dan werken uitgevoerd door eisers, weliswaar niet ter voldoening van recht volgens verweerder, doch deze discussie is momenteel niet aan de orde; deze zaak, ingeleid onder A.R. nr. 3165 is nog steeds hangende voor onze zetel.

Op 24 december 1987 schreef eerste eiser in het Frans eigenhandig aan verweerder een briefje, waarin hij vroeg dat verweerder voortaan 5.000 fr. meer huur zou betalen, nu eiser, naar hij beweerde, het pand had gerenoveerd; deze gevraagde huurverhoging moest ingaan op 1 januari 1988; in deze brief is er geen sprake van indexatie. Op 8 april 1988 schrijft eerste eiser aan verweerder een brief, waarin hij hem eraan herinnert dat de huurovereenkomst in een indexatie voorzag en hij vordert betaling van de achterstallige indexaties vanaf 1 augustus 1983 tot 30 april 1988, zijnde in totaal 179.264 fr.

Op 12 januari 1989 werd de onderhavige vordering ingeleid, die betaling beoogde van achterstallige huur ten belope van 120.000 fr. over de periode van augustus 1988 tot en met januari 1989 enerzijds en anderzijds een achterstallige indexatie ten belope van 216.736 fr. over de periode van 1 augustus 1983 tot en met 31 december 1988; eisers vorderden tevens de huurontbinding ten laste van verweerder met wederverhulingsvergoeding, evenals vergoeding van de huurschade, minstens de aanstelling van een deskundige;

Op 1 augustus 1989 werd de huur voor het gelijkvloers, dienstig als beenhouwerij, en de eerste verdieping, door verweerder overgedragen aan een coöperatieve vennootschap; de tweede en de derde verdieping werden terug ter beschikking gesteld van aanleggers, die deze verdiepingen opnieuw hebben verhuurd;

In rechte

A. Hoofdeis

Overwegende dat, bij conclusie van 6 november 1989, neergelegd op 7 december 1989, eisers hun oorspronkelijke eis reduceren en uitbreiden als volgt :

– vanwege de overdracht van de huurovereenkomst is er een nieuwe situatie ontstaan en is derhalve de vordering, strekkende tot het horen uitspreken van de huurontbinding met wederverhulingsvergoeding ten laste van verweerder, zonder voorwerp geworden;

– de gevorderde achterstallige huur is intussen betaald;

– eisers vorderen bovendien nog zeven maanden indexaanpassing tegen 5.303 fr., zijnde 37.121 fr., zodat de oorspronkelijke eis met betrekking tot de achterstallige indexaanpassingen wordt uitgebreid tot 253.857 fr., verhoogd met de vergoedende interesten vanaf hun respectieve vervaldagen, de gerechtelijke interesten en de gerechtskosten;

Overwegende dat verweerder primair aanvoert dat eisers hun recht om achterstallige indexaanpassingen te vorderen hebben verwerkt;

Dat verweerder subsidiair aanvoert dat de vordering minstens voor de periode die 1 februari 1988 voorafgaat, is verjaard krachtens artikel 2273, 1°, van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat er rechtsverwerking is wanneer iemand, wegens zijn eigen gedragingen, geheel of gedeeltelijk de mogelijkheid wordt ontnomen zich op een recht te beroepen, omdat de verdere uitoefening van dit recht strijdig is met de voorheen ingenomen houding;

Dat in casu zulks het geval is, omdat de volgende elementen wijzen op een houding die aanleggers voorheen hebben ingenomen en die strijdig is met de houding die zij thans innemen:

- in de dagvaarding, betekend op 17 oktober 1986, wordt alleen gesproken van een huur van 20.000 fr., maar niet van enige indexaanpassing, noch voor het verleden, noch voor de toekomst; in dit verband wordt zelfs niet eens een voorbehoud geformuleerd; ter gelegenheid van de behandeling van deze vordering voor onze zetel werd evenmin gewaagd van indexaanpassing of van enig voorbehoud ter zake;

- eisers bewijzen niet dat zij naar aanleiding van de uitvoering van de expertise, bevolen bij vonnis van 15 januari 1987, enig voorbehoud zouden hebben geformuleerd om beweerd achterstallige indexaanpassingen te vorderen of ze minstens te vorderen voor de toekomst;

- als eisers werken hebben uitgevoerd, als gevolg van de gerechtelijke expertise, om de bewoonbaarheid van het pand te verbeteren – het is hier irrelevant na te gaan of dit al dan niet op bevredigende wijze geschiedde – meent eerste eiser dat de huur die hij opstrijkt niet meer in verhouding is met de huurwaarde en vordert hij vanaf 1 januari 1988 een huuropslag van 5.000 fr., zulks bij eigenhandig geschreven brief van 24 december 1987 (brief die de principes van de wet op de handelshuurovereenkomsten miskent), maar spreekt daarin met geen woord van indexaanpassingen, noch voor het verleden, noch voor de toekomst;

- het is voor de eerste maal op 5 april 1988 dat eerste eiser een brief schrijft aan verweerder om betaling te vragen van de achterstallige indexaties;

- eisers hebben steeds de betaling van de huur van 20.000 fr. ontvangen, zonder enig voorbehoud te formuleren en zulks zowel vóór het inleiden van deze procedure, als erna;

Overwegende dat uit al deze elementen blijkt dat de verhuurders hebben nagelaten de contractueel bepaalde indexaanpassingen te vorderen in het verleden, telkens als zij er nochtans de gelegenheid toe hadden en dat zij zonder enig voorbehoud de onaangepaste huurprijs hebben aanvaard, zodat zij hun recht op achterstallige indexaanpassingen hebben verwerkt (Van Oevelen, A., «Overzicht van de recente ontwikkelingen in het huurrecht», nr. 24, p. 34 en aldaar geciteerde referten; cf. Vred. Elsen, 12 april 1973, *Ts.Vred.*, 1974, 12);

Overwegende dat, verweerder, zo hij niet een middel, geput uit de rechtsverwerking aan de zijde van eisers zou hebben aangevoerd, in ieder geval terecht pleitte dat de eenjarige verjaringstermijn op deze vordering toepasselijk zou zijn;

Overwegende dat het resterende en uitgebreide onderdeel van de hoofdeis dat ertoe strekt huuraanpassingen vanaf 1 augustus 1983 tot 31 december 1988 te verkrijgen dus ongegrond is;

...

NOOT – Zie en vergelijk: Cass., 17 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 1085, en de commentaren hierop van Moreau-Margrève, I., «Rechtsverwerking: réflexions pour un requiem», *Ann.Dr.Liège*, 1990, 286-291; Heenen, J., «A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite de comportement de son titulaire», *R.C.J.B.*, 1990, 599-609; Stijns, S., «La 'rechtsverwerking': fin d'une attente déraisonnable?», *J.T.*, 1990, 685-690; Storme, M.E., «Rechtsverwerking na de cassatie-arresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend», *R.W.*, 1990-91, 1073-1080.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 februari 1992

Inkomstenbelastingen – Belgisch-Frans Verdrag van 10 maart 1964 – Naamloze vennootschap die in België verblijft houdt – Bedrijfsvoorheffing verschuldigd op bezoldiging van in Frankrijk verblijvende bestuurder – Uitzondering

De voorziening van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Bergen, 14 december 1990) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat § 1 van artikel 9 van de Overeenkomst van 10 maart 1964 tussen België en Fr tot voorkoming van dubbele belasting en tot regeling van wederzijds administratieve en juridische bijstand inzake inkomstenbelastingen, in hoofdzaak bepaalt dat de bezoldigingen van de bestuurders van naamloze vennootschappen belastbaar zijn, in de regel, in die van de twee verdragsluitende staten waarvan de vennootschap verblijfhouder is;

«Dat op die bepaling, luidens § 2, alleen een uitzondering wordt gemaakt als de bezoldiging door de belanghebbende in een andere hoedanigheid wordt ontvangen;

«Overwegende dat het arrest zegt 'dat de hoedanigheid van hoofdaandeelhouder en bestuurder doorslaggevend is geweest bij de keuze van (eiseres) van Max F. als medecontractant in het contract van koper en van commerciële samenwerking; dat dit contract als een lastgeving moet worden uitgelegd; dat (eiseres) tevergeefs betoogt dat die commissielonen geen aan Max F. toegekende bezoldigingen als bestuurder zijn, op grond dat zij de prijs uitmaken van de commerciële diensten die hij voor de vennootschap zou hebben verricht, terwijl zij de juiste omschrijving ervan niet aantoonst en geen enkel bewijsstuk overlegt tot staving van hun omvang en frequentie»;

«Overwegende dat het arrest, hoewel het verwijst naar de bepalingen van artikel 27, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en vermeldt dat de aan F. toegekende uitkeringen bezoldigingen als bestuurder uitmaken en bijgevolg bedrijfsinkomsten in de zin van artikel 20 van dat wet-

boek, uitdrukkelijk preciseerd dat 'die bezoldigingen evenwel moeten worden beoordeeld in het kader van de Overeenkomst van 10 maart 1964 tussen België en Frankrijk';

«Dat daaruit volgt dat het hof van beroep de toepassing van artikel 9, § 2, van de voornoemde overeenkomst niet heeft afgewezen omdat, volgens artikel 27, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, het geheel van de verdiensten en beloningen die de bestuurder F. van de vennootschap heeft ontvangen tot de belastbare inkomsten behoort, maar op grond dat eiseres niet aantoonde dat de belanghebbende de bezoldiging in een andere hoedanigheid dan die van bestuurder ontving;

«Dat het hof van beroep aldus geen van de door eiseres aangevoerde wettelijke bepalingen heeft geschonden door te oordelen 'dat de aan F. toegekende bezoldigingen, ingevolge artikel 9, § 1, van de genoemde overeenkomst, alleen belastbaar waren in die van de twee verdragsluitende Staten waarvan de vennootschap verblijfhouder is, dat wil zeggen in België'; dat het arrest bijgevolg naar recht beslist dat eiseres aan verweerder de bedrijfsvoorheffing diende te betalen.»

(Voorzitter : de h. Sace — Rapporteur : mevr. Charlier — Openbaar ministerie : mevr. Liekendaal — Advocaten : mrs. Baltus en De Bruyn — In de zaak : N.V. F. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 februari 1992

Inkomstenbelastingen — Voorziening voor het hof van beroep — Taak van het hof van beroep — Beoordeling van bewijsgegevens

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 18 december 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest om, niettegenstaande de betwisting door het bestuur, aan te nemen dat van de belastbaar netto-inkomsten van verweerder het bedrag van een onderhoudsrente mag worden afgetrokken dat hij, naar eigen zeggen, in de loop van het jaar 1982 aan zijn in Groot-Brittannië verblijvende moeder zou hebben betaald, erop wijst dat verweerder tot staving van de betaling van die rente vier aankoopberichten van Engelse ponden uit 1982 overlegt en vaststelt dat de controleur van de belastingen reeds in 1978 die bankborderellen had aanvaard 'als voldoende bewijs voor het bestaan van de uitkering', dat die handelwijze door het bestuur gedurende de volgende belastingjaren werd gevolgd en dat het bestuur van de belastingen dus een dergelijke handelwijze, die bekend was en gedurende verschillende jaren door de controleur van de belastingen niet werd betwist, niet a posteriori kon afwijzen;

«Overwegende dat het hof van beroep, aangezien belastingzaken de openbare orde raken, in feite en in rechte en binnen de perken van het aan zijn oordeel onderworpen geschil, zelf de bewijswaarde moet toetsen van de bij het hof aangebrachte gegevens; dat het daarbij niet gebonden is door de eerdere houding van het bestuur, noch door de resultaten van de administratieve fase betreffende vroegere belastingjaren;

«Overwegende dat het hof van beroep, door te oordelen zoals het heeft gedaan, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Sace — Openbaar ministerie : mevr. Liekendaal — In de zaak : Belgische Staat t/ C.)

NOOT — Zie Cass., 16 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 163, met noot.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 februari 1992

Verjaring — Toepassing van de korte verjaring van art. 2271 B.W. — Uitgesloten bij bekentenis dat de zaak niet betaald is

Het bestreden vonnis (Rb. Brugge, 14 december 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 2274, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de toepassing van artikel 2271 van hetzelfde wetboek uitsluit, wanneer er een afgesloten rekening, een onderhandse of authentieke schuldbekentenis bestaat, ofwel een dagvaarding voor het gerecht waarop geen verval van instantie is gevolgd; dat hij tegen wie men zich op de verjaring bedoeld in artikel 2271 van het Burgerlijk Wetboek beroept, aan hen die zich erop beroepen, de eed kan opdragen omtrent de vraag of de zaak werkelijk betaald is en hun eveneens de bekentenis dat de zaak niet betaald is, mag tegenwerpen; dat tegen het beroep op deze verjaring geen ander bewijsmiddel toegelaten is;

«Overwegende dat het vonnis de toepassing van artikel 2271 uitsluit op grond dat het omstandig stilzwijgen van de schuldenaar en het verhoor van partijen bewijzen dat eiser de factuur niet heeft betaald; dat het vonnis aldus zijn beslissing de verjaring uit te sluiten niet grondt op enige stilzwijgende of uitdrukkelijke bekentenis van de schuldenaar dat hij niet heeft betaald;

«Dat het vonnis door de toepassing van artikel 2271 uit te sluiten op grond van de voren genoemde vermoedens, de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter : mevr. Baeté-Swinnen — Rapporteur : de h. Boes — Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal — Advocaat : mr. Verbist — In de zaak D. t/ Van A.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 maart 1992

Taalgebruik — In gerechtszaken — Inkomstenbelastingen — In het Engels gestelde stukken — Taak van de rechter — Recht van verdediging

Het bestreden arrest (Hof Gent, 12 maart 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest uitspraak doet over het beroep van eiser tegen de beslissing van de directeur der directe belastingen op het bezwaar van eiser tegen de te zijnen name vastgestelde aanslag voor het aanslagjaar 1982; dat het hof van beroep beslist heeft geen acht te kunnen slaan op de stukken die door eiser aan dat hof werden overgelegd,

omdat ze niet waren opgesteld in de taal van de rechtspleging maar in het Engels, en geen vertaling was bijgevoegd;

«Overwegende dat geen wettelijke bepaling de rechter ervan ontslaat kennis te nemen van stukken die in een andere taal dan die van de rechtspleging zijn gesteld, als die stukken hem regelmatig zijn overgelegd; dat het arrest niet vaststelt dat de stukken in kwestie niet regelmatig zijn overgelegd; dat de rechter, indien hij de taal waarin de stukken zijn gesteld, niet kent, het nodige moet doen om op regelmatige wijze een vertaling ervan te verkrijgen;

«Dat het arrest, door op de hierboven weergegeven grond te weigeren kennis te nemen van eisers stukken, diens recht van verdediging schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws — Openbaar ministerie: de h. Goeminne — Advocaat: mr. Van Malleghem — In de zaak: J. t/ Belgische Staat)

NOOT — Zie Cass., 11 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 881, en de noot.

KANTTEKENINGEN

De toekenning van hulp van derden aan slachtoffers van arbeidsongevallen: van een concrete situationele beschrijving der noden tot een forfaitaire evaluatie en vergoeding.

1. Historische grondslagen van het forfaitair karakter der vergoedingen

Voor de slachtoffers van arbeidsongevallen was in de 19e eeuw enkel het vergoedingssysteem volgens het gemene recht van toepassing¹. Meestal slaagden zij er trouwens niet in het bestaan van een fout van hun werkgever te bewijzen. Een eerste schuchtere poging om dat te verhelpen vinden wij terug in de wet van 21 juli 1890, die de «Steun- en Voorzorgskas ten behoeve van door arbeidsongevallen getroffen» oprichtte.

De wet van 24 december 1903 vond haar inspiratie in de theorie van het professionele risico². Indien men het concept van objectieve aansprakelijkheid had toegepast, zou dit van de werkgevers vereist hebben dat zij alle aan hun bedrijf verbonden exploitatierisico's zouden vergoeden. Het forfaitaire systeem, dat de bovenhand haalde, berustte op een collectieve verdeling der verantwoordelijkheden: een legering van twee antinomische concepten: de fout en het risico.

Waarom een forfaitaire vergoeding en geen integrale tegemoetkoming?

Bij de parlementaire voorbereiding van de eerste Arbeidsongevallenwet van 24 december 1903 werden drie argumenten aangehaald³⁻⁴: de opstellers van de wet stelden voorop

dat het onvermijdelijk geachte (productie)risico verdeeld was tussen werkgever en werknemer, daar zij beiden deelnamen aan het productieproces. Zij wezen op het feit dat er in de meeste gevallen een fout was van de werknemer en zij waren de mening toegedaan dat de werknemer de prijs van zijn eigen veiligheid moest blijven kennen. Uiteindelijk zochten zij een oplossing voor de toevallige voorvallen en voor de ongevallen met onbekende oorzaak.

Zodra men dus aanvaardde dat het professionele risico onafscheidelijk verbonden was met het gemeenschappelijk optreden van kapitaal en arbeid, moest men logischerwijze aan diezelfde factoren — kapitaal en arbeid — de herstellast opleggen⁵. Hieruit sproot de theorie van de forfaitaire vergoeding voort: een compensatiesysteem tussen de gevolgen waarvan men de aansprakelijkheid kon toerekenen aan één der partijen en de andere. Op een tamelijk lapidaire wijze werd dit door advocaat-generaal Leclercq aldus geëxpliciteerd⁶: «Ce que le patron fautif paie en moins à l'ouvrier sans reproche, se compense avec ce que le patron sans reproche paie à l'ouvrier fautif. S'il paraît y avoir injustice individuelle, injustice subjective, il y a justice de classe; c'est la conséquence de ce qui est appelé dans les travaux préparatoires le bloc du risque.»

De wet van 24 december 1903 stelde een nieuw aansprakelijkheidsregime in, afwijkend van het gemene recht, doch waarvan de uitgebreidheid beperkt werd door het forfaitaire vergoedingssysteem⁷.

Enerzijds is er een automatische aansprakelijkheid van de werkgever, zodra het ongeval zich voordoet tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Het wordt dan vermoed gebeurd te zijn wegens deze uitvoering. De schuld-vraag valt aldus weg. Bij de evaluatie der restletsels wordt tevens geen rekening gehouden met de voorafbestaande toestand. Bovendien wordt een in het gemene recht niet voorkomende herzieningsperiode ingebouwd en werd nadien het Fonds voor Arbeidsongevallen opgericht, onder meer belast met specifieke aanvullende vergoedingstaken.

Ook gedeeltelijk als compensatie hiervoor voerde men het forfaitaire vergoedingssysteem in: beperking der schade-posten tot de verzorging en de arbeidsongeschiktheid, met uitsluiting van esthetische, morele en zakenschade; een plafond van de vergoedingen: verzorging volgens de R.I.Z.I.V.-tarieven, de arbeidsongeschiktheid, zowel de tijdelijke als de blijvende, in verband met een maximaal basisloon.

Het komt ons voor dat in diezelfde geest de vergoeding voor de hulp van derden forfaitair berekend en uitgekeerd dient te worden, hoewel de noodzaak van die hulp zo concreet en zo volledig mogelijk dient te worden beschreven.

2. De arbeidsongevallenverzekering

De Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 coördineert de voorgaande wetteksten, verbeert de herstelmodaliteiten en legt aan de werkgevers de verplichting op een verzekering

¹ DENIS, P., *Droit de sécurité sociale*, Précis de la Faculté de Droit de l'Univ. Cath. de Louvain, Brussel, Larcier, 5e ed., 1986, p. 173.

² HORION, P., *Traité des accidents du travail*, Brussel, Bruylant, 1964, p. 36.

³ TROCLET, L.E. e.a., *Nov., Droit social*, IV, «Accidents du travail et maladies professionnelles», Brussel, Larcier, 1975, p. 67.

⁴ *Doc. Parl., Ch., Rapport Section Centrale* (rapp. M. Van Cleemputte), 1900-01, nr. 302.

⁵ NAMECHE, L., *Réparation des dommages résultant des accidents du travail*, Brussel, 2e ed., 1908, p. 23.

⁶ Aangehaald in DE BISEAU DE HAUTEVILLE, C., *Les accidents du travail*, Brussel, Larcier, 1946, p. 30.

⁷ DENIS, P., *op.cit.*, p. 174.

af te sluiten, waarbij de werknemers de verzekerden zijn ⁸.

Door haar verplicht karakter leunt deze verzekering aan tegen de sociale zekerheid. Zij is van openbare orde. Zoals in de sociale zekerheid heeft de werkgever als verplichting de door de verzekeraar vastgestelde premies te betalen en hem alle nuttige inlichtingen te verschaffen ter vaststelling van de rechten van de belanghebbenden.

Anderzijds zijn er typische kenmerken eigen aan een verzekering: het contract, de premie en het risico. Het arbeidsongevallenrisico wordt geïndividualiseerd door het feit dat de premies kunnen variëren naar gelang van de specifieke risico's der bedrijven en volgens de preventieve maatregelen die de werkgever neemt.

Het wegvallen van de werkgeversaansprakelijkheid wat het beroepsrisico betreft betekent dus geenszins dat elk idee van professioneel risico verdwenen is ⁹.

Verschillende wijzigingen zijn in de wet van 10 april 1971 aangebracht, waardoor er een grotere toenadering kwam tussen de sociale zekerheid in de strikte zin van het woord en het stelsel van de arbeidsongevallen, zonder dat de specifieke techniek van particuliere verzekering ooit ter discussie werd gesteld, ook niet in de recente voorstellen van de Koninklijke Commissie ter voorbereiding van de codificering, de harmonisering en de vereenvoudiging van de sociale zekerheid o.l.v. prof. R. Dillemans ¹⁰.

Ontegenzeggelijk vervullen de arbeidsongevallenverzekeraars ten volle de sociale rol die hun toebedeeld is: een soepele en snelle regeling van de schadegevallen, een actieve preventiepolitiek. In geen enkele particuliere verzekeringsmaatschappij is de tak «Arbidsongevallen» heden ten dage winstgevend. Bovendien hangen eventuele premieverhogingen af van een voorafgaande machtiging van het Ministerie van Economische Zaken.

Het arbeidsongevallenrisico dat aan de particuliere verzekeraars toevertrouwd werd, moet verzekeraar blijven. Deze redenering is geenszins een vaandelvlucht van de kant van de arbeidsongevallenverzekeraar, te meer daar het Fonds voor Arbidsongevallen sedert 1 januari 1988 een specifieke aanvullende rol te vervullen heeft ¹¹. Ook het Fonds, dat ten overvloede over alle noodzakelijke financiële middelen beschikt, en dat trouwens eveneens gedeeltelijk gestijfd wordt door de arbeidsongevallenverzekeraars, moet zijn verantwoordelijkheid durven opnemen.

3. Het oude systeem van toekenning van hulp van derden

Het oude artikel 24, vierde lid, van de Arbidsongevallenwet luidde: «Indien de toestand van getroffene volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, kan de rechter de jaarlijkse vergoeding op een hoger bedrag dan 100% brengen zonder 150% te overschrijden» ¹².

Voor de toekenning van hulp van derden, forfaitair beperkt tot 50% van het basisloon, werd uitdrukkelijk verwezen naar dit basisloon. Iedereen zag daar snel de onrechtvaardigheid van in: voor één zelfde aard van hulp van derden had een werknemer met een hoger basisloon recht op een grotere vergoeding dan die met een lager basisloon.

Weliswaar poogde ons hoogste rechtscollege die toestand te verhelpen. Allereerst diende «de rechter, bij toepassing van dat artikel, de toestand van de getroffene alleen in aanmerking te nemen wanneer hij nagaat of die toestand volstrekt de geregelde hulp van een andere persoon vergt» ¹³. Het stond echter aan de rechter om op onaantastbare wijze de hoegrootheid van die hulp te bepalen: «In voorkomend geval dient hij aard en omvang van de hulp te bepalen». Hierbij werden de rechters, om de onrechtvaardigheid van de referentie naar het basisloon wat te compenseren, door het Hof van Cassatie erop attent gemaakt dat «de bestaansreden van de vergoeding (nergens wordt verwezen naar de hoegrootheid ervan) de wettelijk vermoede loonderving is van de personen die het slachtoffer verzorgen» en dat «het van geen belang is wie de hulpverlener is» ¹⁴. Voorts beantwoordde «de vergoeding van 150% niet aan de volledigste hulp die denkbaar is» ¹⁵.

Laten wij er nogmaals duidelijk op drukken dat die casuaties arresten uitgesproken werden met toepassing van het oude artikel 24, vierde lid, van de Arbidsongevallenwet.

Volgens het oude systeem was het de regel dat de hulp van derden geëvalueerd werd wegens vijf zogenaamde essentiële activiteitscategorieën, op hun beurt onderverdeeld in vier concrete handelingen. De volgende «categorieën» werden aldus overlopen: het zich aan- en uitkleden, het maken van eigen toilet, het eten en het drinken, de stoelgang en de mictie, het zich verplaatsen.

Hoewel de wet nergens een strikt procentuele schatting oplegde, was het Fonds voor Arbidsongevallen, dat in die tijd de hulp van derden na de herzieningsperiode ten laste moest nemen, een der grootste voorstanders van die schaal, die het trouwens zeer streng toepaste ¹⁶.

Die schaal kan misschien haar nut hebben bij de beoordeling van de toestand van demente bejaarden in geriatrische instellingen, maar lijkt ons te summier voor de evaluatie van de hulp van derden ten voordele van niet pensioengerechtigde (meestal relatief) jonge slachtoffers van ernstige arbeidsongevallen.

4. De hulp van derden na de wetwijziging van 22 december 1989

Het vierde lid van artikel 24 werd door de programmawet van 22 december 1989 als volgt gewijzigd: «Indien de toestand van de getroffene volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, kan hij aanspraak maken op een bijkomende vergoeding, vastgesteld in functie van de noodzakelijkheid van deze hulp, op basis van het gewaarborgd ge-

⁸ DENIS, P., *op. cit.*, pp. 178-179.

⁹ FRANÇOIS, L., «L'accident du travail ou les vicissitudes d'une définition juridique», *J.T.T.*, 1972, 198.

¹⁰ Koninklijke Commissie o.l.v. R. DILLEMANS, Voorontwerp van wetboek van sociale zekerheid, *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1352 (*Senaat*, nr. 953).

¹¹ K.B. nr. 530, 31 maart 1987 (*B.S.*, 16 april 1987) – Uitvoerings-K.B., 10 december 1987, art. 66ter (*B.S.*, 30 december 1987).

¹² Art. 24 Arbidsongevallenwet, 10 april 1971.

¹³ Cass., 10 juni 1991, *R.W.*, 1991-92, 369, met noot.

¹⁴ Cass., 13 september 1972, *R.W.*, 1972-73, 2014.

¹⁵ Cass., 25 september 1974, *R.W.*, 1974-75, 1245.

¹⁶ VAN BULCK, K. en VANDEWEERDT, M., «De evaluatie van de hulp van derden in de arbeidsongevallenwetgeving», *J.T.T.*, 1986, 217-220.

middeld maandelijks minimumloon zoals vastgesteld voor een voltijds werknemer, door collectieve arbeidsovereenkomst afgesloten in de schoot van de Nationale Arbeidsraad. Het jaarlijks bedrag van deze bijkomende vergoeding mag het bedrag van het gewaarborgd minimumloon, vermenigvuldigd met twaalf, niet overschrijden»¹⁷.

In de memorie van toelichting lezen wij dat «de vergoeding voor hulp van derden niet langer bepaald wordt door verwijzing naar het basisloon van de slachtoffers, maar door verwijzing naar de werkelijk gedragen lasten»¹⁸.

Nergens voorziet de wettekst in de toepassing van het gemeenschappelijke principe dat de totale kosten veroorzaakt door de hulp van derden integraal gedekt zouden worden¹⁹.

Allereerst is, net zoals in het vorige systeem, een dergelijke integrale tegemoetkoming voor de zwaarste gevallen totaal onmogelijk, gelet op het plafond van twaalf gewaarborgde gemiddelde maandelijks minimumlonen. In tegenstelling tot in de vorige wet worden hier wel richtlijnen gegeven hoe de hulp van derden toegekend dient te worden: «in functie van de noodzakelijkheid, op basis van het minimumloon». De Franse tekst is nog duidelijker: «en fonction du degré de la nécessité de cette assistance»²⁰.

Er wordt dus niet in het minste allusie gemaakt op de totale kosten²¹, evenmin op een soort systeem van geldelijke vergoeding per uur zoals voorgesteld door de «Werkgroep voor evaluatie van menselijke schade»²². De berekening hoeveel uren per dag een slachtoffer nodig zou hebben en de berekening hoeveel dat zou kosten, hangt van te veel variabele factoren af, o.a. de snelheid en de handigheid van de hulpverlenende persoon, alsmede van zijn ervaring, ongeacht zijn scholing.

Opnieuw zouden er verschillende maten en verschillende gewichten gebezigd worden voor analoge sequelae, en een dergelijk systeem zou opnieuw kunnen leiden tot een gevoel van ongelijke behandeling en van onrechtvaardige regeling, zoals dit vroeger het geval was toen gerefereerd werd aan het ongelijke basisloon van de verschillende slachtoffers.

Een zo volledig mogelijk proportionele en voor iedereen analoge schatting van de noodzakelijkheid van de hulp van derden verdient derhalve de voorkeur. Het forfaitair karakter van de arbeidsongevallenverzekering moet geëerbiedigd blijven²³.

Indien de aldus berekende hulp ontoereikend is, kunnen de slachtoffers aanspraak maken op bijzondere bijstand van het Fonds voor Arbeidsongevallen. In een van de uitvoe-

ringsbesluiten van het K.B. nr. 530 van 31 maart 1987 lezen wij: «Het fonds verleent bijzondere bijstand, die in een financiële hulp kan bestaan, aan de getroffen of de rechthebbende, telkens als het Beheerscomité, op grond van een gemotiveerd verslag, van oordeel is dat de tussenkomst van een andere instelling onmogelijk of ontoereikend is»²⁴.

Wie meer hulp nodig heeft dan de maximale vergoeding bepaald in artikel 38 van de programmawet van 22 december 1989 moet zich dus o.i. niet tevreden stellen met het door deze wet voorgeschreven maximum. Hij moet aankloppen bij het Fonds.

5. De situationele schadeëvaluatie: basis voor de evaluatie van de noodzaak van hulp van derden

Na een volledige en exacte bepaling van de organische en van de functionele menselijke schade, en na de noodzakelijke technische hulpmiddelen beschreven te hebben, kan de geneesheer-evaluator, eventueel bijgestaan door een maatschappelijk werker, overgaan tot een gedetailleerde beschrijving van de situationele weerslag der sequelae, en dit liefst aan de hand van een schaal.

Een dergelijke schaal dient de weerslag van het trauma op zo talrijk mogelijke en in zo verscheiden mogelijke levensomstandigheden te beschrijven. Dit is zeker het geval niet voor de schaal die tot op heden bij de afhandeling van arbeidsongevallen gebruikt werd. Ook niet voor de «Elida»-schaal²⁵, die o.i. te veel de huishoudelijke activiteiten accentueert. Evenmin voor de schaal van het Ministerie van Sociale Zaken²⁶, beperkt tot zes functies en derhalve te summier.

Uitgaande van de onderrichtingen van de Raad van Europa hebben onze zuiderburen recent een handige situationele evaluatieschaal uitgewerkt, waarin twintig «situaties» een beoordelingscijfer krijgen tussen 0 en 5²⁷⁻²⁸:

- 5 = normale situatie;
- 4 = minimaal gestoord;
- 3 = middelmatig gestoord;
- 2 = zwaar gestoord;
- 1 = zeer zwaar gestoord;
- 0 = onmogelijk.

De volgende situaties worden aldus geanalyseerd:

- a) Activiteiten uit het dagelijkse leven:
 1. Het rechtop staan en het neerliggen.
 2. Het zich aan- en uitkleden.
 3. De persoonlijke hygiëne: het zich wassen, kammen en scheren.
 4. Het eten en het drinken.

²⁴ Zie voetnoot 11.

²⁵ BRUSSELMANS, W., De Elida schaal (Estimation of Loss of Independence for Daily Activities). Expertalia 1991. Consilio Manuque, 1992, in press.

²⁶ Ministeriële circulaire van 11 juli 1973 tot vaststelling van de handicap voor het ramen van de graad van behoefte aan hulp van derden. Ministerie van Sociale Voorzorg, B.S., 14 juli 1973.

²⁷ ROGIER, A., Guide d'utilisation de la fice d'évaluation médico-légale des séquelles graves, Parijs, Aredoc, Niort, Soullisse-Cassegrain, 1990, pp. 17-19.

²⁸ ROGIER, A. en ROUSSEAU, CE., «Le retentissement situationnel», in LUCAS, P. en STEHMAN, M. (red.), *Le blessé médullaire*, Brussel, Juridoc, 1990, pp. 207-218.

¹⁷ Programmawet, 22 december 1989, art. 38 (B.S., 30 december 1989).

¹⁸ Parl.St., Kamer, 1989-90, nr. 975/1, pp. 23-24.

¹⁹ HUYS, J., «Wijzigingen aan de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1979 door de programmawet van 22 december 1989», *Soc. Kron.*, 1990, 193-201.

²⁰ BONHEURE, M., «Modifications récentes de la loi du 10 avril 1979 sur les accidents du travail», *J.T.T.*, 1991, 188.

²¹ PERSYN, C. en JANVIER, R., «Nil novi sub sole? Beknopt overzicht van rechtspraak arbeidsongevallenrecht 1985-1991», *Oriëntatie*, 1991, 250.

²² VANDEWEERDT, M., «De hulp van derden in de arbeidsongevallenwet na de wetwijziging van 22 december 1989. Een voorstel van interpretatie», *Soc. Kron.*, 1991, 41-43.

²³ VAN GOSSUM, L., «Aide d'une tierce personne», in *Les accidents du travail*, Brussel, De Boeck, 2e ed., 1991, p. 77.

5. Het gebruik van de W.C.
6. Het zich binnenshuis verplaatsen.
7. Het zich buitenshuis verplaatsen.
8. Het boodschappen doen.
9. De huishoudelijke activiteiten, inclusief eten klaarmaken.
10. De vrijetijdsbesteding.
- b) De integratie in het milieu:
 11. De professionele of schoolintegratie: de werkbequaamheid.
 12. De sociale integratie.
 13. De integratie in het gezin.
- c) De eigen vaardigheden:
 14. Het initiatiefvermogen.
 15. Het leervermogen.
 16. Het communicatievermogen.
- d) De verwerking van het trauma:
 17. Het bewustzijn van de ernst van zijn eigen toestand.
- e) De autonomie:
 18. De autonomie in eigen woning.
 19. De autonomie qua geneeskundige verzorging.
 20. De cardio-respiratoire autonomie.

Aldus krijgt men een score op 100, die we hier «x» zullen noemen. Het verschil (100 - x) is een goede proportionele (en procentuele) maat van de noodzakelijkheid van hulp van derden.

De forfaitaire situationele schadeëvaluatie volgens deze schaal is grondig, uitgebreid en genuanceerd. Wij zijn de mening toegedaan dat deze methode tegenwoordig de rechtvaardigste basis is om de hulp van derden te bepalen bij de slachtoffers van ernstige arbeidsongevallen, zonder afbreuk te doen aan het forfaitair vergoedingskarakter van de Arbeidsongevallenwet.

Dr. Jean-Pierre TRICOT
Lector Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

BOEKEN

R. EECKLOO en R. GOTZEN, **Pacht en voorkoop**, Leuven, Belgische Boerenbond, 1990, 514 pp.

1. In 1970 verscheen het omvangrijke boek van R. Eeckloo over Pacht en voorkoop. Dit boek, dat een grondige en tevens praktijkgerichte commentaar bevatte op de Pachtwet van 4 november 1969, groeide uit tot een onmisbaar naslagwerk, dat veelvuldig werd geraadpleegd zowel door de pachters, als door hun juridische adviseurs. Door de wet van 7 november 1988 werd de Pachtwet ingrijpend gewijzigd, zodat een herwerking van dit boek aangewezen was. Deze zware opdracht werd met goed resultaat toevertrouwd aan R. Gotzen, secretaris bij het Hoofdbestuur van de Boerenbond, die de totstandkoming van de nieuwe Pachtwet van zeer dichtbij heeft gevolgd als juridisch adviseur van het kabinet van de staatssecretaris voor Europese Zaken en Landbouw.

De grote rijkdom aan juridische informatie die dit boek bevat, komt onomstotelijk aan het licht wanneer men de inhoud van de negentien hoofdstukken, alsook de toegevoegde modelformulieren, overloopt.

2. Na het eerste hoofdstuk, waarin de wetgevingsgeschiedenis van de Pachtwet wordt geschetst, wordt in hoofdstuk II het toepassingsgebied van de Pachtwet op gedetailleerde wijze ontleed. Zo worden de nieuwe (of gewijzigde) uitzonderingen op de Pachtwet, namelijk

de seizoenpachten, de landbouwvennootschappen van ten minste 27 jaar en overeenkomsten met betrekking tot de fruitopbrengst van hoogstamboomgaarden, uitvoerig toegelicht.

3. In hoofdstuk III komen de vorm en het bewijs van de pachtovereenkomst aan bod, waarbij de nodige aandacht wordt besteed aan het nieuwe bewijsmiddel dat ter beschikking wordt gesteld van de pachter, namelijk het aanbod van betaling van pachtgeld waartegen geen verzet is gerezen.

4. In hoofdstuk IV worden de krachtlijnen van de regeling betreffende de duur van een «gewone» pacht geschetst (eerste pachtperiode van ten minste negen jaar en opeenvolgende periodes van negen jaar). Sinds de wet van 7 november 1988 bestaan er evenwel drie types van pachtovereenkomsten, te weten de «gewone» pacht, de lange pacht en de loopbaanpacht. Het ware beter geweest deze drie types van pachtovereenkomsten samen te behandelen, zodat de voor- en nadelen van de drie types van pachtovereenkomsten beter naar voren kwamen. Nu moet de lezer die de vergelijking wil maken, zelf de stap zetten naar hoofdstuk VII waarin de loopbaanpacht en de lange pacht worden behandeld.

5. Het omvangrijke hoofdstuk V is volledig gewijd aan de opzegging van de pachtovereenkomst door de verpachter. De verschillende opzegmogelijkheden waarover de verpachter beschikt, worden op gedetailleerde wijze ontleed. Telkens worden de voorwaarden die vervuld moeten zijn opdat de verpachter van een bepaalde opzegmogelijkheid gebruik kan maken, nauwkeurig en overzichtelijk uiteengezet aan de hand van de voorbereidende teksten en de rechtspraak.

6. In hoofdstuk VI wordt aandacht besteed aan de opzegging door de pachter en de beëindiging van de pacht in onderlinge overeenstemming. De regeling van deze twee wijzen van beëindiging van de pachtovereenkomst is niet gewijzigd door de wet van 7 november 1988. Toch is er met betrekking tot de opzegging door de pachter een merkwaardig verschilpunt tussen de eerste en de tweede editie van het boek.

In de eerste editie (p. 183, nr. 257) wordt terecht gesteld dat een door de pachter gedane opzegging voor een gedeelte van het pachtgoed ongeldig is. Deze opvatting komt evenwel niet meer voor in de tweede editie zonder dat hiervoor een reden wordt opgegeven (zie p. 171). Er kan evenwel niet worden voorbijgegaan aan de duidelijke tekst van artikel 14, eerste lid, van de Pachtwet, waarin slechts sprake is van «een einde maken aan de pacht». Een opzegging voor een gedeelte van het pachtgoed is dan ook uitgesloten (zie Meulemans, D., «Pacht», in *Het onroerend goed in de praktijk*, Derine, R. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., II.D.11-2; D'Udekem D'Acoz, H. en Snick, I., *De pachtovereenkomst*, Brussel, Larcier, 1990, p. 289, nr. 456).

7. De loopbaanpacht en de lange pacht worden bestudeerd in hoofdstuk VII. Aan deze twee nieuwe types van pachtovereenkomsten worden amper drie bladzijden gewijd, wat toch weinig is wanneer men rekening houdt met de totale omvang van het boek (514 bladzijden). Er wordt terecht gesteld dat aan de pachters bij dergelijke overeenkomsten een grotere bedrijfszekerheid wordt gegarandeerd. Het ware echter ook nuttig geweest te wijzen op de voordelen die aan deze types van pachtovereenkomsten verbonden zijn voor de verpachter. Zo zal hij een hogere pachtprijs krijgen. De lezer moet ook hier zelf de stap zetten naar hoofdstuk X over de pachtprijs, waar de toegelaten verhogingen van de maximumpachtprijzen besproken worden (p. 214).

8. In de hoofdstukken VIII en IX worden de verplichtingen van respectievelijk de verpachter en de pachter van de nodige commentaar voorzien.

De pachtprijs en de andere lasten worden behandeld in hoofdstuk X. Hierbij wordt terecht ruime aandacht besteed aan de wettelijke regeling inzake de beperking van de pachtprijzen, die op verschillende punten is gewijzigd door de wet van 7 november 1988. Per landbouwstreek worden door de verschillende pachtprijzencommissies twee coëfficiënten vastgesteld, één voor de gronden en één voor de gebouwen. De thans geldende coëfficiënten zijn vooraan in het boek opgenomen.

9. Hoofdstuk XI bevat een grondige ontleding van de talrijke en complexe voorschriften betreffende de exploitatie van het gepachte goed.

De onderpacht en de pachtoverdracht, alsook de pachtvernieuwing bij bevoorrechte pachtoverdracht, komen aan bod in hoofdstuk XII. De verschillende wijzigingen die deze materie heeft ondergaan

ingevolge de wet van 7 november 1988, zijn uitstekend verwerkt in de uiteenzetting. Slechts één vormverbetering zou nog kunnen worden aangebracht, namelijk de inlassing van een afzonderlijke tussentitel voor de bespreking van artikel 34bis van de Pachtwet, waarin het geval wordt geregeld van een gezamenlijke pacht waarbij een van de pachters zich terugtrekt.

10. In hoofdstuk XIII wordt nader ingegaan op de gevolgen van het overlijden van de verpachter of de pachter voor de lopende pachtovereenkomst.

In hoofdstuk XIV worden de verschillende vergoedingen besproken waarop de pachter bij het einde van de pacht aanspraak kan maken. Hierbij wordt ook stilgestaan bij de in artikel 29bis van de Pachtwet uitgewerkte regeling inzake de betrekkingen tussen de afgaande en de opkomende pachter.

11. Het zeer lijvige hoofdstuk XV bevat een gedetailleerde commentaar op de door de wet van 7 november 1988 sterk gewijzigde voorschriften met betrekking tot de vervreemding van het verpachte goed en het recht van voorkoop van de pachter. De bij een verkoop uit hand of bij een openbare verkoop te volgen procedure teneinde de pachter in de gelegenheid te stellen om zijn recht van voorkoop uit te oefenen, wordt op heldere wijze uiteengezet. Er wordt herhaaldelijk stilgestaan bij de centrale rol die de notaris in het verloop van deze procedure vervult. Ook het voor de praktijk uitermate belangrijke probleem van de massavorming bij een openbare verkoop wordt zorgvuldig ontleed.

12. In de laatste vier hoofdstukken worden de volgende onderwerpen behandeld: het tenietgaan van het pachtgoed (hoofdstuk XVI), bevoegdheid, aanleg en rechtspleging (hoofdstuk XVII), de verpachting door openbare besturen en openbare instellingen (hoofdstuk XVIII) en de overgangsbepalingen (hoofdstuk XIX).

13. Deze grondige analyse van de Pachtwet wordt gevolgd door twintig met grote zorg opgestelde modelformulieren. Ieder model is van de nodige annotaties voorzien. Het hoeft geen betoog dat de praktische bruikbaarheid van het boek door deze degelijke modellen in aanzienlijke mate wordt verhoogd.

Het boek wordt afgesloten met een gedetailleerde inhoudstafel en een zeer uitvoerig trefwoordenregister.

14. Bij wijze van algemeen besluit, mag dan ook met recht en rede worden gesteld dat de auteurs van dit boek erin geslaagd zijn de gehele Pachtwet op een overzichtelijke en grondige wijze te bespreken, met ruime aandacht voor de problemen die zich in de praktijk voordoen. Zowel aan de pachters zelf, als aan hun juridische raadgevers (advocaten, notarissen,...) wordt aldus een bruikbare leidraad gegeven bij de dagelijkse toepassing van de vaak complexe bepalingen van de Pachtwet.

*Dirk Meulemans
Assistent Afdeling Economisch Recht
K.U.Leuven*

J. BECKERS, **Overzicht van het begrotingsrecht in België**, met medewerking van H. Matthijs, Brussel, Story-Scientia, 1991, 585 pp.

De regeling van de rijksbegroting werd in België gedurende lange tijd beheerst door de organieke wet van 15 mei 1846. In die wet werden grondige wijzigingen aangebracht, inzonderheid door de wet van 28 juni 1963, de koninklijke besluiten nrs. 402 en 403 van 18 april 1986 en de wet van 28 juni 1989. In diezelfde periode werd door de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gewijzigd door de bijzondere wet van 8 augustus 1988, een aantal nationale bevoegdheden overgedragen aan de Gemeenschappen en de Gewesten en werd door de bijzondere wet van 16 januari 1989 de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten vastgelegd.

Die verschillende wetten hebben het begrotingsrecht in belangrijke mate gewijzigd. Het boek van J. Beckers, raadsheer in het Rekenhof, komt aldus op een ogenblik waarop de handboeken van de vroegere begrotingsspecialisten niet langer volstaan om in deze materie wegwijst te geraken.

Het boek is ingedeeld in zes hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk omschrijft het begrip begroting en licht de betekenis van de begroting als financieel, administratief en sociaal-economisch instrument toe. Belangrijk in dit verband is de vaststelling van de primauteit

van de uitgaven: ontvangsten zijn voor de overheid slechts nodig in de mate waarin zij nodig zijn voor het dekken van de uitgaven.

De concrete voorstelling van de begroting werd aanvankelijk aan de regering overgelaten. Daardoor kende België tot 1975 het stelsel van de dubbele begroting. Om de inschakeling van de budgettaire gegevens in de nationale boekhouding en tegelijk de interne economische analyse van die gegevens en de vergelijking met de buitenlandse begrotingsgegevens te vergemakkelijken werd de eenheidsbegroting ingevoerd, gebaseerd op de economische classificatie van de uitgaven. In 1989 werd de programmabegroting ingevoerd, een presentatie van de begroting die het mogelijk maakt te weten wie wat met welke middelen uitvoert. De kredieten toegekend aan een programma worden in de administratieve begrotingen per departement opgesplitst in basisallocaties, en daar, naar de aard van de uitgaven, economisch geclassificeerd.

Het tweede hoofdstuk is gewijd aan de principes welke de ontvangsten- en de uitgavenbegrotingen beheersen. Traditioneel behoren daartoe de annaliteit, de universaliteit, de specialiteit en de openbaarheid van de begroting. De auteur voegt, wat de ontvangsten betreft, daaraan twee grondwettelijke principes toe: het wettelijkheidsbeginsel, omdat enkel de wetgever over invoering en wijziging van belasting kan beslissen en het gelijkheidsbeginsel, omdat volgens artikel 112 van de Grondwet inzake belastingen geen voorrechten kunnen worden ingevoerd. Het is echter niet duidelijk waarom die twee principes niet van toepassing zijn op de uitgaven.

De civiele lijst, de wedden en pensioenen van de leden van de rechterlijke macht moeten door de wet worden vastgesteld; pensioenen en gratificaties ten laste van de staatskas kunnen enkel krachtens een wet toegekend worden (zie de artikelen 77, 100, 102 en 115 van de Grondwet), zodat althans voor deze uitgaven het wettelijkheidsprincipe geldt. Wat het gelijkheidsbeginsel betreft, mag erop worden gewezen dat de begrotingswetten zoals de gewone wetten, binnen het toetsingsbereik van het Arbitragehof vallen: noch de rijksmiddelenbegroting, noch de algemene uitgavenbegroting mogen een bevoegdheidsverdelende regel of de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet schenden.

Hoofdstuk III betreft de verschillende stadia van de begrotingscyclus: de voorbereiding, de goedkeuring en de rekening. Wie niet vertrouwd is met de laatste wijzigingen in het begrotingsrecht, heeft er alle baat bij het deel over de goedkeuring aandachtig te lezen. De auteur bespreekt er uitvoerig de verdeling van de programma-kredieten over de basisallocaties in de administratieve begrotingen, de tussenkomst van het Parlement door middel van een conformiteitsmotie, de wijzigingen welke zowel in de wettelijke begrotingen – rijksmiddelenbegroting en algemene uitgavenbegroting – als in de administratieve begrotingen in de loop van het begrotingsjaar kunnen worden aangebracht. De rekeningsperiode omvat zowel de uitvoering van de begroting door de uitvoerende macht als de goedkeuring van de rekening door de wetgevende macht. Bij de uitvoering van de begroting komt het meer dan eens voor dat de kredieten onvoldoende zijn: welke oplossingen biedt de comptabiliteitswet dan? De auteur onderzoekt in dat verband het zgn. kredietoverschrijdingsrecht van de Ministerraad, de regeling van de provisionele kredieten, de kredietoverschrijvingen en de kredietoverdrachten.

De begrotingscontrole (hoofdstuk IV) is van een strikte controle van de wettelijkheid en de mathematische juistheid van de financiële verrichtingen geëvolueerd naar een controle van het juiste beheer van de overheidsmiddelen. In dat perspectief onderzoekt de auteur de verschillende wetgevende initiatieven welke vooral sinds de zestiger jaren werden ondernomen om de controlemogelijkheden van het Rekenhof te verruimen, bv. tot wie van de staat, de gemeenschappen, gewesten of openbare instellingen toelagen of enige andere vorm van overheidssteun heeft ontvangen.

Het grootste deel van dit hoofdstuk betreft de verschillende vormen van begrotingscontrole: de externe controle die door het Rekenhof en de Wetgevende Kamers, en de interne controle zowel op het ministerieel niveau (ministerraad, ministeriële comités, ministers van financiën, begroting en openbaar ambt), als op het niveau van diensten (administratie van begroting en controle op de uitgaven, inspectie van financiën, controleurs der vastleggingen) en instellingen (Hoog Comité van Toezicht, Hoge Raad van Financiën) wordt uitgevoerd.

In hoofdstuk V bespreekt de auteur aan de hand van de begroting van de Vlaamse Gemeenschap, of en in welke mate, de regels van

de staatscomptabiliteit op begrotingen van Gemeenschappen en Gewesten van toepassing zijn en welke de bijzondere regels zijn die deze begrotingen beheersen.

Ten slotte wordt in hoofdstuk VI een aantal bijzondere begrotingsstelsels besproken: de instellingen van openbaar nut, de staatsbedrijven en de staatsdiensten met afzonderlijk beheer.

Bij het boek hoort ook een verzameling van de voornaamste comptabiliteitswetten en de uitvoeringsbesluiten ervan. Het begrotingsrecht blijft evenwel een materie in evolutie. Een koninklijk besluit van 17 juli 1991 heeft de sinds lang gevraagde coördinatie tot stand gebracht van de wetten van 15 mei 1846, 28 juni 1962, 28 juni 1989 en van een aantal andere wetten welke inzonderheid de staatsrekenplichtigen, de boekhouding van de uitgaven, de verjaring van de schuldvorderingen ten laste van de staat en de controle op de toekenning en de aanwending van de toelagen betreffen (B.S., 21 augustus 1991). Bij het hanteren van dit overzichtelijk en rijk gedocumenteerd handboek en de daarbij horende wetteksten zal de lezer met die wijziging rekening moeten houden.

Simonne Vanderhaegen

M.J. GUNNING, **Het denken over vrouwen en gelijkheid van Thomas van Aquino, tot de Bataafse Constitutie**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 352 pp.

Wanneer een gerenommeerde uitgeverij als Tjeenk Willink de handelseditie van het proefschrift van Marjet Gunning op de markt brengt, wijst dit erop dat de feministische rechtstheorie zich allengs in een zekere belangstelling van het grote publiek mag beginnen te verheugen.

De auteur heeft haar boek geschreven vanuit een verwondering over het feit dat de juridische gelijkheid van de vrouw een dominant bestanddeel is geworden van ons 20e-eeuwse Westerse gedachtengoed. Zij heeft zich de vraag gesteld naar de grondslagen van dit denken en is op zoek gegaan naar de filosofische fundamenten waarop het huidige juridische statuut van de vrouw rust. Het onderzoek ligt dan ook in het vlak van de ideeëgeschiedenis.

Gunning begint haar studie in de 13e eeuw bij Thomas van Aquino. Daarna komen achtereenvolgens de standpunten van Hobbes, Locke, Rousseau en Kant over de geslachts(on)gelijkheid aan de beurt. De analyses worden regelmatig afgewisseld met een schets van het juridische statuut van de vrouwen en belangrijke maatschappelijke gebeurtenissen in de periode waarin deze filosofen actief waren. Zo bespreekt de doctoranda bv. de strijd van de Kerk tegen de ketters, de histerie rond de hekserij, de opvattingen van Luther en Calvijn over het huwelijk, enz. Na negen hoofdstukken over de wijze waarop filosofen over vrouwen dachten, wordt aandacht besteed aan het protest van vrouwen ten tijde van de Verlichting over deze denkbeelden. Het gedachtengoed van de tandem Betje Wolff - Aagje Deken en vooral van Mary Wollstonecraft wordt uitgebreid besproken.

Onder de titel «De grote stilte verbroken?» worden in het twaalfde hoofdstuk de pleitbezorg(st)ers van het actieve burgerschap voor vrouwen in de periode na de Franse Revolutie voor het voetlicht gebracht: Condorcet, Olympe de Gouges en Etta Palm. Ten slotte wordt ook nog even de tragische figuur, Belle van Zuylen, belicht.

Het besluit is tamelijk bitter. Ondanks de inspanningen van een aantal markante figuren werd bij het opstellen van de Franse en de Bataafse declaraties en constituties de vrouw genegeerd. In een systeem gebaseerd op de Rede is er immers geen plaats voor een — in de ogen van 18e-eeuwse mannen — redeloos wezen. De vrouw blijft uitgesloten van deelname aan het publieke leven. De mensenrechten blijken gewaande rechten voor de vrouw en zullen dit ook in de 19e en een stuk van de 20e eeuw blijven.

Gunning is een erudiete schrijfster. Zij heeft zeer veel literatuur geraadpleegd en uit het imposante voetnotenapparaat blijkt dat ze haar bronnen minutieus heeft bestudeerd. Het boek leest zeer vlot en is gemakkelijk te consulteren daar het zakenregister verschillend de ingangsmogelijkheden heeft. We willen de lezer evenwel een enkele kritische opmerking niet onthouden.

De auteur heeft wat de methodologie betreft, gekozen voor het «constructie-denken». Deze werkwijze veronderstelt dat de onderzoeker aantoonbaar hoe de verschillen tussen man en vrouw politiek en juridisch worden geconstrueerd (zie o.a. Holtmaat, R., «Naar

een ander recht II. Feministische theorie en feministische rechtstheorie: aanzetten tot een methode», *Nemesis*, 1988, 60 e.v.). Zoals reeds werd gezegd heeft Gunning dit gedaan aan de hand van het oeuvre van een aantal filosofen. Voor Thomas van Aquino, Hobbes, Locke, Rousseau en Kant werd gekozen omdat zij tot de «canon van de conventioneel erkende bronnen» behoren (Gunning, M.J., o.c., 5). Zij hebben over de geslachts(on)gelijkheid gereflecteerd, zijn toonaangevend voor het westerse gelijkheidsdenken en hebben — althans volgens de auteur — ook de termen van het feministische debat bepaald (*ibid.*). Het is o.i. evenwel de vraag in hoeverre deze wijsgeren het denken over de geslachts(on)gelijkheid hebben beïnvloed, dan wel of ze slechts datgene hebben verwoord wat er in hun omgeving leefde. De ideeën van Thomas van Aquino over de verhouding tussen man en vrouw bv. liggen volledig in de lijn van het standpunt van de Kerk dienaangaande (zie o.a. Dalraun, J., «De vrouw in de ogen der geestelijken», in *De geschiedenis van de vrouw*, Duby, G. en Perrot, M. (red.), *Middeleeuwen*, Klapisch-Zuber, M. (red.), Amsterdam, Agon, 1991, 19-44). Een meer algemene benadering zou de lezer o.i. gemakkelijker overtuigen.

Dit doet uiteraard geen afbreuk aan het feit dat Gunning's boek een bron van reflectie is voor al degenen die zich interesseren voor geslachtsdiscriminatie. Het zet ons aan om na te denken over de hypocrisie van de ongelijkheid die een «menselijk maaksel is en niet van nature opgelegd» (Gunning, M.J., o.c., 131).

Patrick Humblet

NOTARIAAT

Samentelling van de Kamer van Notarissen van het arrondissement Antwerpen

Voorzitter: mr. Ludo Verhoeven; eerste syndicus: mr. Baudouin Cols; tweede syndicus: mr. Paul Hellemans; verslaggever: mr. Paul Janssens; penningmeester: mr. Pierre De Deken; secretaris: mr. Jos De Roeck; leden: mrs. Floris Hendrickx, André Michielsens en Paul van den Hove d'Ertsenryck.

Samenstelling van de Kamer van Notarissen van het arrondissement Leuven

Voorzitter: mr. Paul Bosmans; syndicus: mr. Gerard Janssens; verslaggever: mr. Joseph Simonart; penningmeester: mr. Godfried van Kerckhoven; secretaris: mr. Marc Duriau; leden: mrs Annie Lagae en Luc Van Campenhout.

MEDEDELINGEN

Congres te Groningen: "Criminaliteit als politiek probleem"

Ondanks de algemene erkenning van "Criminaliteit als politiek probleem" bestaan er diepgaande meningsverschillen - zowel binnen de politiek als binnen de wetenschap - over de oorzaken en de bestrijding van criminaliteit.

Om die verschillende meningen bij elkaar te brengen organiseert de Vakgroep Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen een congres op 18 en 19 juni 1992, waarop vertegenwoordigers van allerlei politieke kleuren en wetenschappelijke standpunten de gelegenheid krijgen hun visie naar voren te brengen.

Inlichtingen: Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Criminologie, Postbus 716, 9700 AS Groningen (tel. 050/635.630).