

FISCALE EXECUTIEJURISDICTIE

BEGRIIP EN BEGINSEL IN EVOLUTIE

1. Fiscaalrechtelijk territorialiteitspostulaat en algemene problematiek

Het internationaal belastingrecht, opgevat als grensoverschrijdend belastingrecht, draait essentieel rond territorialiteit. Al strekt territorialiteit veel verder dan het fiscaal of zelfs het rechtsbegrip en -beginsel. Ze is een imperatieve van de gedraging van de mens en van zijn verschillende gemeenschapsuitingen¹.

Zo meten de deelnemers in een balspel zichzelf een terrein of veld toe, waarbinnen de bal gespeeld moet worden en waardoor ook hun bewegingen «buiten spel» zijn beperkt, met uitzonderingen alleen waar nodig. Regel XXXII van het golfspel: «Un joueur peut se tenir hors jeu pour jouer une balle qui se trouve en jeu.» Wij transponeren deze territoriale spelregel in de fiscale jurisdictieproblematiek die ons zal bezighouden: heeft een staat de rechtsmacht om buiten zijn landgrenzen handelingen te verrichten die ertoe strekken zijn belastingwetten ten uitvoer te leggen? Zo dit principieel niet het geval is, hoe doeltreffend wordt dan nog zijn belastingheffing straks in de nieuwe ruimte? Het probleem van de afdwingbaarheid en effectiviteit van de belasting vliegt helemaal de pan uit als de belastingwet extraterritoriale werking krijgt: hoe speelt de golfspeler een bal die buiten de golfbaan ligt als hij niet buiten spel mag gaan staan?

Ons territorialiteitsprobleem wordt metaforisch geïllustreerd door de spelregels van nog een andere sport, die al eerder in de internationale rechtsleer werden vergeleken met de werkingsfeer van de belastingsovereïniteit der Staten: «Chaque Etat fixe dans sa pleine souveraineté ce qui lui paraît taxable, un peu comme le chasseur abat le gibier qui survole son domaine» (Niboyet). Soeverein op eigen jachtdomein, wordt hij evenwel aangemerkt als wildstroker als hij gaat jagen op dat van zijn buurman en even grote jager, of als hij er nog maar zijn wild gaat ophalen dat hij heeft neergeschoten vanop zijn eigen jachtdomein.

1.1. Een oud volkenrechtelijk postulaat

De belastingmacht van de staat, zoals de rechtsmacht die hij geniet in andere gebieden van publiek recht, strekt zich uit over zijn grondgebied, dat tegelijk het kader en de limiet ervan vormt.

De bakens van de volkenrechtelijke jurisdictie werden afgetast door het Permanent Hof van Internationale Justitie in het Lotus-arrest². Door de internationaal-publiekrechtelijke

lijke algemeenheid van haar overwegingen wordt deze rechtspraak veelal getransponeerd van het vlak van het strafrecht naar dat van het belastingrecht. Het Hof oordeelt dat de staat jurisdictie geniet zonder dat enige volkenrechtelijke regel hem die nog moet verlenen, zelfs ten aanzien van personen en gebeurtenissen die plaatsvinden buiten zijn territorium³, mits hij deze jurisdictie maar uitoefent binnen zijn territorium⁴. Daarmee wordt impliciet het onderscheid gemaakt tussen de regelgevende (d.w.z. normatieve of wetgevende) jurisdictie enerzijds, en de uitvoerende en rechterlijke jurisdictie anderzijds. Deze laatste staat ook bekend als de executiejurisdictie, gedefinieerd door het American Law Institute, Restatement (Second) Foreign Relations Law of the United States als «the capacity of a State under international law to enforce a rule of law, whether the capacity be exercised by the judicial or the executive branch».

Er is volkenrechtelijke discussie over de geldingsfeer van de belastingregelgevende jurisdictie. Voor de meeste rechtsgeleerden in België en elders kan de (belasting)jurisdictie – ongeacht of ze wetgevend of executief is – a.h.w. natuurlijk niet verder strekken dan de werkingsfeer van de staat, welke bestaat voor – en alleen voor – een bepaald grondgebied⁵. Voor de uitoefening van belastingwetgeven-

de jurisdictie van Turkije om in een Turkse aanleghaven de Franse luitenant aan te houden van een schip onder Franse vlag dat door zijn onachtzaamheid in volle zee een Turks schip had aangevaren met dodelijke afloop voor acht Turken: «Once it is admitted that the effects of the offence were produced on the Turkish vessel, it becomes impossible to hold that there is a rule of international law which prohibits Turkey from prosecuting Lieutenant Demons because of the fact that the author of the offence was on board of the French ship.»

³ «It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their law and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory (...) But this is certainly not the case under international law as it stands at present.»

⁴ «Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it cannot exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial.»

⁵ MARTHA, R.S.J., *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer, 1989, 181: «The conclusion that a national legal order is limited to its spheres of validity, bears with it that the scope of jurisdiction is a priori confined to the limits of the legal order as a whole.» Belgische voorstanders van de territoriale beperking van de belastingwetgevende jurisdictie zijn: VAN HOUTTE, J., *Beginnelsen van het Belgische belastingrecht*, Story-Scientia 1979, 156 en 159; DESCHAMPS, CL., «La souveraineté fiscale et ses limites», *Rép.Fisc.*, 1972, 268; ZONDERVAN, R., *Les impôts sur les revenus et l'extranéité*, Pauwels, 1967, 47; LAGAE, J.P., «Internationale samenwerking tussen

¹ «Man is clearly a territorial beast. In defense of his home turf, he can be an imposing adversary. On someone else's territory, he is ill at ease, a guest or intruder, uncomfortable. If he is a burglar, he is ready to run. On his own turf he is far more confident and far more difficult to displace» (WILCOCK, K.D., *The Corporate Tribe*, Warner Books, 1985, 48).

² Permanent Hof van Internationale Justitie, Lotus S.S., Frankrijk t. Turkije, *Publ. CPJI*, 1927, Ser.A., nr. 10. Het Hof erkende er

de jurisdictie is een vrij sterk aanknopingspunt met het grondgebied van de heffende staat vereist («close contact» volgens Mann, «genuine connection» volgens Akehurst, «reasonable link» volgens het American Law Institute). Extraterritoriale belastingwetgeving is onrechtmatig.

Voor de zgn. realisten is integendeel de heffingsbevoegdheid aan geen enkele volkenrechtelijke terribitorbeperking onderworpen, en bestaat hoogstens de feitelijke en politieke beperking van brute macht: de belastingwet treft rechtsgeldig extraterritoriale belastingssubjecten en inkomsten, maar wordt alsdan in feite of politiek niet, of althans zeer moeilijk, afgedwongen en is daarom een slechte maar geldige belastingwet. Wij citeren A. Tiberghien: «Onze wetgever zou bv. een belasting kunnen invoeren op de productie van petroleum in de gehele wereld; hij zou in de meeste landen niet het recht hebben om die belasting daar in te vorderen; maar hij zou wel het recht hebben om ze in te vorderen in België op de goederen die toebehoren aan de belastingplichtigen; hij zal vanzelfsprekend zo iets niet doen om redenen van internationale politiek.»⁶

Men verwacht de begrippen als men stelt dat (belasting)jurisdictie een attribuuat zou zijn van (belasting)sovereiniteit en dat daarom al extraterritoriale (belasting)wetgeving volkenrechtelijk geoorloofd zou zijn. De (belasting)macht moet in eerste instantie door het volkenrecht zijn erkend en kan zich, evenmin als de soevereiniteit die de wijze aangeeft waarop ze wordt uitgeoefend, niet buiten (belasting)jurisdictie uitstrekken⁷. Dat een nationale (straf)wet geen toepassing zou kunnen vinden op buitenlandse handelingen wordt uitdrukkelijk tegengesproken door het Lotus-arrest, voor zover het Hof genoegzaam neemt met het effect van de handeling als locus delicti.

Maar bij zulk een zwakke betrokkenheid blijft het volkenrechtelijk voorbehoud dat de heffende staat geen stappen zet voor de buitenlandse tenuitvoerlegging van zulk een wet. Dit voorbehoud is voor sommigen zelfs meer dan een gewone herinnering aan de territoriale beperking van de executiejurisdictie. De mogelijkheid van tenuitvoerlegging zou niet zo maar toevallig moeten zijn vervuld, maar moeten zijn meegegeven in de materieelrechtelijk vereiste aanknopingspunt met het terribitor: deze moet een redelijk vooruitzicht scheppen op tenuitvoerlegging. In elk geval is op belastinggebied de samenhang evident tussen het bereik van de executiejurisdictie en de geldingssfeer van de wetgevende jurisdictie

uit het oogpunt van de effectiviteit van die wetgeving. Een extraterritoriale wet die niet kan worden afgedwongen, is een ijdele belastingwet. Het is aldus op het vlak van de executiejurisdictie dat de volkenrechtelijke schoen van de belastingterritorialiteit wringt.

Blijft de praktische vraag welke boodschap de belastingplichtige en zijn staat hebben aan dit volkenrechtelijk vraagstuk van belastingjurisdictie en haar extraterritoriale uitoefening: kunnen zij met hun bezwaar terecht bij enig rechtscollege? Men weet dat de procedure voor het Internationaal Hof van Justitie in principe vrijwillig is en van de kant van de betrokken staten nog een facultatieve verklaring vereist om aan de rechtspraak een verplicht karakter te verlenen, hetgeen inzake belastingjurisdictie nog niet geschiedde. Hoogstens gaven fiscale extraterritorialiteitsgeschillen (o.a. over «worldwide unitary taxation» van sommige Amerikaanse staten, voor zover deze methode niet zelden resulteert in de toerekening van winsten zonder aanknopingspunt met de heffende Staat) aanleiding tot diplomatieke protesten en wederkerige retorsiemaatregelen⁸.

Anderzijds heeft in het nationaal rechtssysteem van sommige landen het ongeschreven volkenrecht maar een beperkte doorwerking, en mag een formele wet niet eraan worden getoetst. Hoogstens kan de beslissing van de belastingambtenaar, eventueel binnen de beleidsvrijheid van zulk een wet, naar zulke jurisdictieaantstaven worden getoetst⁹. Dit is niet de oplossing volgens de Belgische rechtsleer met de vinger op internationaalrechtelijke uitspraken: «L'Etat ne peut invoquer ni sa législation ni sa constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international, quelle que soit la source formelle du droit international impliquée dans le conflit (coutume, traité, acte d'organisations internationales) (...) S'agissant de la coutume internationale, la question ne se pose pas dans les mêmes termes du fait de l'absence d'écrit. Il s'agit cependant là d'une simple difficulté sur le plan de la preuve. Quant au principe, les mêmes exigences sont requises.»¹⁰. Blijft natuurlijk het feit dat in belastingzaken de bewijslast ter zake van niet-geschreven en veelal onduidelijke beginselen in vergelijking met die ter zake van een formele wettekst bijzonder zwaar is, zoals geïllustreerd wordt door de verdere bespreking van de territoriale afbakening van belastingjurisdictie. Volgens

fiscale administraties», in *Actuele problemen van fiscaal recht*, XVe Postuniversitaire lessencyclus W. Delva, 1988-1989, Kluwer, 288.

⁶ TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het fiscaal recht*, Kluwer, 1980, 118. Zie ook SPRUYT, A.J.J., *Base Companies: Fiscaaljuridische analyse*, Bruylant, 1986, 14: «Bijgevolg bepaalt de concrete fiscale wetgeving van elke Staat ruimtelijke grenzen aan de door hem ingerichte belastingen hoewel het principiële geldingsbereik van de fiscale rechtsorde van de Staten krachtens het beginsel van de nationale soevereiniteit volkenrechtelijk niet ruimtelijk beperkt is»; TILLINGHAST, aangehaald door MANN, F., «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1964, I, 109: «A nation's assertion of legal jurisdiction is a policy decision like any other — a purely mortal decision of how far it is just or prudent to extend governmental power outside the territorial limits of the nation governed.»

⁷ PETERS, P., *Extraterritoriale wetgeving*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer, 1984, 22.

⁸ O.a. Diplomatic Note Concerning Unitary Taxation from the Embassy of Belgium to the U.S. Department of State, 29 juni 1982; U.K. Finance Act 1985, section 54.

⁹ Zie Nederland: Hoge Raad, 6 maart 1959, *N.J.*, 1962, 2; NUYGA, geciteerd door M.W.C. FETERIS, *Fiscale informatie over de grens*, Hfst. 3: De artikelen 47 e.v. AWR, Preadvies voor de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 1990, 44: «Een inspecteur handelt naar mijn oordeel in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wanneer hij van een ruim omschreven wettelijke bevoegdheid op een zodanige wijze gebruik maakt dat hij daarmee in strijd komt met het ongeschreven volkenrecht.»

¹⁰ SALMON, J.J.A., «Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation», *J.T.*, 1971, 509 en 511 en voetnoot 4: «Dans son arrêt n° 7 du 25 mai 1926 relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (C.P.J.), Série A, n° 7, 19) la cour déclare: 'Au regard du droit international et de la cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité de l'Etat au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives.'»

nog andere internationalisten zouden de rechtscolleges van de forumstaat de (belasting)wetgeving van een vreemde staat niet op de volkenrechtelijke korrel mogen nemen, gelet op de gelijke soevereiniteit van deze vreemde staat («Act of State»-leer). Maar in de meeste rechtssstelsels wordt veeleer aanvaard dat de rechter van de forumstaat, op grond van diens eigen soevereiniteit, de belastinghandelingen verricht door een andere staat wel degelijk mag toetsen op hun volkenrechtelijke conformiteit.

1.2. In een nieuwe ruimte

Met deze uitdrukking beschrijven wij de toestand, in dit «fin de siècle» en het volgend millennium, waarin de mensen gaan samenleven en -werken in het «werelddorp», waarin de nationale economieën over de landgrenzen heen onderling worden verstrengeld, zo al niet geïntegreerd: de handel wordt internationaal, de onderneming multinational, de tewerkstelling migrerend, de communicatie telecommunicatie, de (financiële, informatieve, enz.) dienstverlening gedematerialiseerd en meteen gedelokaliseerd, en het kapitaal volgens nieuwe technologieën «geplaatst» zonder belemmering van tijd en van ruimte.

Naast die grensoverschrijdingen die a.h.w. natuurlijk zijn ingeschapen in de evolutie van de ruimte, wordt het buitenland al maar meer het geprefereerd terrein van «fiscal engineering»; vooral in een land zoals België, dat klein is en waarin de belastingdruk aan de hoge kant van de internationale referentienormen ligt. Alleen al om de inkomstenbelasting te ontwijken, te verminderen of uit te stellen die normaal eraan verschuldigd zou zijn (wat is overigens «normaal verschuldigd» in de nieuwe ruimte?), beëindigt de ingezetene zijn personele betrekkingen (metterwoon of met zetel) die zijn wereldwijde belastingplicht bewerkstelligen, of stelt hij zijn produktiefactor (kapitaal, onderneming, beroepsactiviteit, enz.) liever in het buitenland tewerk, eventueel onder het dak van een (schuilplaats)vennootschap aldaar, of extraneïseert hij gewoon de inkomsten ervan (buitenlandse inning van coupons, payroll, provisies, enz.). De grensoverschrijding is echt of voorgewend.

In deze omvattende economische ruimte verliezen nationaal grondgebied en politieke entiteit, waaraan fiscale jurisdictie en soevereiniteit zijn verbonden, veel van hun oorspronkelijke betekenis, en ontstaan grote territoriale risico's voor de inkomstenbelasting. Kunnen in die nieuwe ruimte, gekenmerkt door myriaden van natuurlijke of fiscaal-geïnduceerde landgrensoverschrijdingen, belastingsubjecten en -objecten nog trefzeker aangegrepen en effectief belast worden door regels die, naar feitelijke toepassing zo al niet naar materiële gelding, beperkt zijn tot de landgrenzen van de heffende staat; of wordt het postulaat van de territorialiteitsbeperking er een anachronisme? «Is het niet vergezocht, zo al niet zinloos, dat de gevolgen van de bedrijfsactiviteiten van ondernemingen, waarvan het omzetcijfer het BNP van de meeste staten overtreft, nog worden besproken in termen van schot-over-de-grens-heen of van nalatigheid van de luitenant-van-wacht op de SS Lotus?»¹¹

1.3. Schept een ernstige problematiek

Ter discussie staat hier allereerst de territorialiteit vereist voor regelgevende belastingjurisdictie: in welke mate wordt belastingonderworpenheid («allégeance fiscale») nog doeltreffend bepaald door de traditionele eis van sociaal-economische aanknoping met het grondgebied van de heffende Staat (Allix: «allégeance économique»; von Schanz: «wirtschaftliche Zugehörigkeit»), als de rijkdommen, zoals diegenen die ze bezitten en exploiteren, deze landsgrenzen transcenderen, als het economisch leven zich grotelijks afspeelt buiten het territoir en nog moeilijk volgens een vaste «nexus» in één land gelokaliseerd wordt? Maar evenzeer staat ter discussie de formele territorialiteitsbeperking: hoe effectief wordt nog de heffing in de toekomstige wereld-economie als daden van fiscaal onderzoek, controle, vaststelling, invordering, vervolging en berechting, die de uitoefening vormen van de fiscale executiejurisdictie van een staat, niet mogen worden verricht buiten het grondgebied van die staat, ook al zouden deze stappen extra muros (welke muren in de nieuwe ruimte?) nodig zijn om de latente schuld om te zetten en te effectueren in formele en geïnde belastingschuld?

De winsten «opgebracht door bemiddeling van Belgische inrichtingen» (art. 228, § 2, 3°, W.I.B. 1992) of «die voortvloeien uit alle verrichtingen gedaan door de inrichtingen van die (Belgische) ondernemingen of door toedoen daarvan» (art. 24, 1°, W.I.B., 1992) worden nuttig geverifieerd vanuit de rekeningen en gegevens van hun buitenlands concern, voor zover zij in een geïntegreerd bedrijf een verwoven deel gaan vormen van de enige economisch-echte concernwinst. Hun vaststelling volgens afzonderlijke plaatselijke boekhouding wordt al te vaak beïnvloed door verrekenprijzen die moeilijk alleen te lande worden getoetst op hun (ab) normaal karakter (art. 26 W.I.B. 1992). Zijn bezoldigingen van een buitenlandse werkgever (bijvoorbeeld een Cyprus-offshore employment company) echt in het buitenland behaald, zodat zij voor evenredige belastingvermindering in aanmerking komen (art. 156, 2°, W.I.B. 1992)? Buitenlandse vennootschappen en bankrekeningen worden al te vaak gebruikt voor betalingen van provisies aan ingezetenen. Hebben overigens natuurlijke personen of vennootschappen, nog in de veronderstelling dat ze de echte genietters van de inkomsten zijn, hun belastingdomicilie of zetel (naar feitelijke omstandigheden en niet zuiver formalistisch uit te leggen aanknopingscriteria) echt of voorgewend in belastingparadijzen of «treaty-shoppable» staten?

Het controleprobleem neemt toe in de nieuwe ruimte. Extraneïteit is er normaal, maar zij kan ook zeer bewust tot stand zijn gebracht. Zulke buitenlanders worden door Wattel omschreven als «winstverschuivers en rookgordijntrekkers»: het zijn personen en (brievenbus-, basis-, doorstroom) vennootschappen die hun domicilie of zetel echt of voorgewend in het buitenland hebben, liefst belastingparadijzen en «treaty-shoppable» landen, die erin allerlei activiteiten en functies liefst van passieve aard onderbrengen, en die winsten ernaar transfereren via het mechanisme van de verrekenprijzen.

De frustratie van de voorbij-de-landgrens-onbevoegde ambtenaar tegenover winstverschuivers en rookgordijntrekkers achter deze landgrenzen wordt zeer groot: «Soms kan worden geconstateerd dat beslissingen, die door de vennoot-

¹¹ DAVID EDWARD, aangehaald door BOURGEOIS, J.H.J., in *EEC Control over International Mergers*, Yearbook of European Law, 1990, Oxford, 103.

schap in de tax haven waren genomen en waarvan een op briefpapier van deze vennootschap weergegeven verklaring werd overgelegd, geheel hier te lande waren opgesteld c.q. voorgekookt. De rol van de vennootschap van de tax haven beperkt zich tot het overtypen (soms inclusief tijpfouten) van de voorgekookte beslissing inclusief antedatering. (...) In deze situatie heeft de fiscus nu, zo argumenteren zij, bewijsrechtelijk een '10-1' achterstand¹².» De fiscus heeft een rechtmatig belang in de doelmatige uitvoering van zijn controle-opdracht, in grensoverschrijdende als in inlandse situaties. In tegenstelling met situaties waarin beide partijen inlands zijn en waarin de taxatieambtenaren bij de tegenpartij terecht kunnen om inlichtingen te verkrijgen of te verifiëren betreffende de belastingplichtige partij, ondervinden dezelfde ambtenaren een ernstige bewijsrechtelijke achterstand in internationale dossiers, als ze wegens de jurisdictiebeperking geen toegang verkrijgen tot personen en bescheiden die zich in het buitenland bevinden, en als ze voor datzelfde doeleinde niet kunnen rekenen op de medewerking van de buitenlandse administratie (bij ontbreken van een bijstandsverdrag). Er dreigt een gebrek aan evenwicht te ontstaan in de toepassing van dezelfde belastingwet, resp. in intra- en transterritoriale dossiers.

Ervaring van onmacht ook aan de kant van de nationale belastingoverheid geconfronteerd met territoriale manoeuvres op het vlak van de invordering van de verschuldigde belasting: «De toename in het internationaal verkeer van personen, kapitaal, goederen en diensten heeft in aanzienlijke mate de mogelijkheden uitgebreid van fiscale non-compliance. Het wordt veel gemakkelijker voor niet-zo-scrupuleuze belastingplichtigen om aan de voldoening van hun belastingenschuld te ontsnappen¹³.» Ook voor de inning van zijn vordering kan de fiscus van staat A, volgens het beginsel van de impermeabiliteit van deze rechtsordeningen en altijd bij ontbreken van een verdrag, niet rekenen op het apparaat van staat B, waar zijn belastingplichtige verblijft. Fiscale dwangbevelen en vonnissen van A worden door B niet ten uitvoer gelegd.

Onvermogen ten slotte bij de vervolging van belastingmisdrijven. De Belgische wetgever heeft goed in strafrechtelijke sancties voorzien (artikelen 449 en 450 W.I.B. 1992), en ze zelfs toepasselijk te verklaren op misdrijven gepleegd door vreemdelingen in het buitenland (art. 4 Sw.). Maar de straf wordt niet uitgevoerd op het grondgebied van de vreemde staat, zelfs als het misdrijf er is gepleegd of de dader er zich bevindt.

Wij lezen al bij Cervantes: «Quixote se fuga de impuestos – Cuando viene el cobrador – Precipitando en avante – Galopando se va via!»¹⁴ De grensoverschrijding van de hidalgo, zelfs fiscaal geïnspireerd, bood nog geen rechtsgrond voor de «cobrador» om hem achterna te zitten langs dezelfde weg, d.w.z. over de landgrens heen: evenmin als zijn he-

dendaagse collega de Amerikaanse belastingagent enige cross-border rechtsmacht geniet «to saddle up, ride out and get 'em». Geen «happy hunting grounds» voor hem, zelfs niet in het weidse territorium van de nieuwe ruimte. Indien de zaken niet zo eenvoudig zijn, is het omdat de stappen van belastingambtenaren bevoegdheid veronderstellen, omdat deze bevoegdheid over de landgrenzen heen volkenrechtelijk moet zijn verworven, en omdat met deze eis van executiejurisdictie de fiscus in moeilijkheden dreigt te raken in de nieuwe ruimte.

2. Toepassing met lange arm van gemeenvolkenrechtelijke executiejurisdictie

Wij zagen dat, in verband met de territoriale afbakening van haar rechtsmacht bij de uitvoering en toepassing van haar belastingwetten, de nationale overheid haar greep dreigt te verliezen op het inlichtingenverkeer, op de invordering van de belastingenschuld en op de strafvervolgung, kortom in problemen dreigt te raken met de effectiviteit van haar heffing. Zij kan daarom de weg bewandelen van de samenwerking krachtens verdrag. Deze mogelijkheid, maar ook haar beperkingen, worden kort in deel 3 besproken. Ook door een eenzijdige verlegging van de bakens van haar fiscale executiebevoegdheid vergroot de nationale overheid de reële kansen om haar belastingwet ten uitvoer gelegd te krijgen in grensoverschrijdende toestanden. De neiging groeit om met steeds langere arm op te treden aan, of voorbij, de uiterste grens van de executiejurisdictie, *de facto* door allerlei manifeste grensoverschrijdingen en marginale praktijken, of *de jure* krachtens nieuwe legitimeringstheorieën die van andere publiekrechtelijke ordeningen komen overgewaaid.

De navolgende probleemsituaties illustreren hoe de strenge eis van fiscale executiejurisdictie in de hedendaagse statenpraktijk dikwijls wordt verdoezeld, en hoe de volkenrechtswetenschap in dezen in ontwikkeling is.

2.1. Eerste casusgeval: belastingambtenaren van A treden op in personam op grondgebied van B

Het moge dan al vaststaan in het gemene volkenrecht dat belastingambtenaren van een land (België) geen rechtsgeldige opsporingen en controles kunnen verrichten in het buitenland; zoals ook vaststaat dat België evenmin op zijn territorium zulk een optreden van buitenlandse ambtenaren hoeft te dulden. Maar wanneer moet, op de eerste plaats, zulk een buitenlands optreden als (ongeoorloofde) overheidsdaad («Hoheitsakt», «sovereign act») dan wel als (geoorloofde) particuliere handeling worden aangemerkt?

Een naar overheidshandeling kwalificatie al te permissieve uitleg wordt in de volgende praktijkgevallen gevonden: belastingambtenaren van staat A gaan zelf vaststellingen doen op het grondgebied van staat B, beweerdelijk niet in hun ambtelijke hoedanigheid maar gewoon om er foto's of nota te gaan nemen van de nummerplaat van auto's van inwoners van staat A, geparkeerd voor bankinstellingen in de grenszone van land B; of van ingezetenen van A die in B aankopen verrichten om hen bij terugkeer aan de grens te controleren; of van naamborden aan de buitendeur van fiduciaire kantoren in land B, gespecialiseerd in het oprichten en beheren van brievenbusvennootschappen ten behoeve

¹² KAMERLING, R.N.J. en van der Werff, J.H., «De uitbreiding van informatieplicht in internationale verhoudingen», *Nieuwsbrief Belastingcontrole & fiscale opsporing*, Leiden, 1989/3-10 maart 1989.

¹³ Report of OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Convention for Mutual Assistance in the Recovery of Tax Claims, 1981, 5 (onze vertaling).

¹⁴ Aangehaald door MITCHELL B. CARROLL, *Global Perspectives of an International Tax Lawyer*, produced on the occasion of the XXXVII Congress of the International Fiscal Association.

van ingezetenen van A; of om er inzage te nemen van publieke registers die allicht investeerders-achtermannen uit land A onthullen.

Zulk een optreden is duidelijk officieel naar het criterium van zijn inhoudelijke strekking (belastingonderzoek of -controle). Meteen zijn de vaststellingen, onrechtmatig verkregen, niet bewijskrachtig ¹⁵.

2.2. Tweede casuspositie: belastingambtenaren van A stellen particuliere instellingen aan in B

Die inhoudelijke kwalificatie en conclusie zijn nog onverminderd toepasselijk als de ambtenaren van staat A niet rechtstreeks en in personam optreden op het grondgebied van land B, maar particuliere instellingen aldaar inschakelen (bijvoorbeeld een inlichtingen- of een accountantskantoor) om er de vaststellingen voor hun rekening te laten verrichten. De opdracht gegeven door de overheid van A aan de ingezetene van B moge dan wel burgerrechtelijk zijn, maar door haar strekking vormt ook zij een overheidsdaad van de kant van staat A uitgevoerd op het grondgebied van staat B. Zelfs de instemming van de betrokkene in B kan niet beletten dat dit optreden tussen de betrokken staten een overschrijding vormt van de fiscale executiejurisdictie van A en een schending van de soevereine rechten van B ¹⁶.

Het is bekend dat België al eens dient voor (buiten verdrag) extraterritoriaal optreden van belastingambtenaren van de Verenigde Staten, Canada, Nederland, Frankrijk e.a. ¹⁷. Het blijkt dat ook de Belgische fiscus middels zulke «privé-opdrachten» extra muros (in Zwitserland) durfde op te treden ¹⁸.

2.3. Derde probleempraktijk: fiscus van A treedt op aan boord van zeeschip onder vlag van A of in ambassade van A in B

Het Belgisch grondgebied is het gebied waarop de Belgische Staat zijn volle soevereine rechten exclusief uitoefent, ook voor de toepassing van zijn belastingen. Als zodanig bezit de kuststaat deze volledige jurisdictie en soevereiniteit niet op zijn deel van het Continentaal Plat (voor doeleinden van exploratie en exploitatie van natuurlijke rijkdommen).

¹⁵ Wat België betreft, zie TIBERGHEN, A., *Inleiding...*, o.c., nr. 513, en aldaar geciteerde rechtspraak.

¹⁶ A.H.M. DANIELS, «De inlichtingen en inzageplicht in internationale verhoudingen», *Weekblad* 1986/87, 20 febr. 1986, 222, citeert als volgt een uitspraak van het Zwitsers Bundesgericht in de zaak Kämpfer v. Zürich: «Een Duitse openbare accountant (derhalve niet rijksaccountant) verrichtte in Zwitserland, met toestemming van de belanghebbende, een onderzoek op verzoek van de Duitse belastingadministratie. Het gerechtshof overwoog dat de aard van een handeling niet bepaald wordt door de persoon die de handeling verricht (i.e. een privé-persoon), doch dat beslissend was of de handeling 'ihrer Natur nach einer Behörde oder einem Beamten zukomme'».

¹⁷ O.a. *Vr. en Antw., Kamer*, 1983-84, 19 juni 1984, 3187, nr. 290bis Lestienne: als Franse douanebeambten in België de nummerplaten komen opschrijven van Franse burgers die hier inkopen doen om ze vervolgens aan de grens tegen te houden, vormt dat een inbreuk op de Belgische belastingsoevereiniteit.

¹⁸ Rechtspraak vermeld door A. TIBERGHEN, *A.F.T.*, mei 1974, 129.

Onze fiscus kan op het Belgisch deel geen handelingen gaan verrichten van belastingcontrole op een of andere installatie.

De volle zee en ook het luchtruim (minstens boven de volle zee) zijn onttrokken aan de jurisdictie en soevereiniteit der individuele staten, die er evenwel wel rechten kunnen doen gelden aan boord van zeeschepen onder hun vlag en van vliegtuigen die bij hen geregistreerd zijn («floating territoriality»). Mag deze vlag- of registratiebevoegdheid zo algemeen worden uitgelegd dat zij de volle fiscale executiejurisdictie en soevereiniteit behelst, alsof het «terra firma» geldt? Lotus bevestigt in ieder geval deze gelijkstelling op strafrechtelijk gebied, en buitenlandse rechtspraak past ze ook toe in het belastingrecht ¹⁹. Zonder dat deze fictie in het wetboek is ingeschreven, wordt ook door de Belgische belastingadministratie het zeeschip fictief uitgelegd als verlengstuk van het grondgebied van de vlaggestaat, zodat subjecten en objecten aan boord van Belgische zeeschepen onderworpen zijn aan Belgische belastingbevoegdheid, en niet eraan onderworpen zijn aan boord van zeeschepen onder vreemde vlag tijdens hun vaart. Wordt hiermee alleen de wetgevende of evenzeer de executiejurisdictie bedoeld? In ieder geval worden de passagiers en bemanning van zeeschepen onder vreemde vlag slechts bij aanleg onderworpen aan de maatregelen van onderzoek enz. van de bevoegde belastingoverheden van de landingstaat. Aquamart, een schip onder Engelse vlag dat als drijvend warenhuis Belgische reizigers ophaalde die net buiten de territoriale wateren belastingvrije koopjes haalden, gaf aanleiding tot (ontmoedigend) strenge controlemaatregelen van de Belgische BTW-overheden wanneer het schip weer de Belgische havens aandeed om er de passagiers aan land te zetten.

Strekt het grondgebied van staat A zich ook uit tot de ambassade van A in staat B, en kunnen onderdanen van A die verblijven in staat B (België), er ontboden worden om fiscale inlichtingen mee te delen en bescheiden over te leggen in verband met hun belastingplicht of met die van ingezetenen van A? De territorialiteitsfictie («ambassadegebouw is territoire van zendstaat») staat niet toe er alle handelingen van soeverein gezag te verrichten. De functionele theorie levert een juistere fundering van de speciale rechtsbevoegdheid. En wij betwijfelen dat het een noodwendigheid is van de societas gentium en deel van het jus legationis dat de zendstaat fiscale controlebevoegdheid aan zijn gezanten in de ontvangstaat verleent, en dat de ontvangstaat (buiten verdrag) met zulk een bevoegdheidsuitoefening door ambtenaren van de zendstaat op zijn territorium moet instemmen, terwijl hij de volle en exclusieve soevereiniteit geniet op zijn grondgebied.

2.4. Vierde probleemsituatie: fiscus van A vordert inlichtingen rechtstreeks van belastingplichtige in B

Nog een andere extensieve uitleg, en meteen een problematische toepassing, van fiscale executiejurisdictie betreft niet meer de (onbetwist officiële) kwalificatie van het optreden en de kwalificatie van (onbetwist soeverein) grond-

¹⁹ Arrest van het Bundesfinanzhof van 13 februari 1974: «Schiffe auf hoher See unterliegen nach den Regeln des Völkerrechts, wie sie nach vorherrschender Meinung verstanden werden, den Rechtsvorschriften des Staates, dessen Flagge sie führen.»

gebied, maar wel de uitoefening van personele jurisdictie : binnen of buiten de limiet van de formeelrechtelijke belastingbevoegdheid van A?

Personele jurisdictie wordt in de Draft Restatement (Revised) on Foreign Relations Law of the United States omschreven als : «Power to adjudicate is the authority to subject persons or things to the process of the courts or administrative tribunals, whether or not the State is a party to the proceedings.» Is het een inbreuk op de volkenrechtelijke beperking als de administratie der directe belastingen van land A (België), zonder in personam verplaatsing, mandatering van derde of inschakeling van ambassade in het territorium van vreemd land B, inlichtingen vordert rechtstreeks van een persoon of vennootschap gevestigd in land B of inzage van boeken en bescheiden in hun bezit, om hun belastingtoestand in A te verifiëren, of om na te gaan of ze, zelf belastbaar zijnde in A, in B misschien bezoldigingen of commissies betalen aan ingezetenen van A?

Voor deze personele jurisdictie is in België vereist dat de buitenlandse vennootschap een Belgische inrichting heeft²⁰. Ingevolge zulk een inrichting is de buitenlandse vennootschap in België normaal belastingplichtig en meteen aangifteplichtig met erbij behorende voorlegging van de jaarrekening van de buitenlandse vennootschap (artt. 305 en 308 W.I.B. 1992). Zij is ook nog spreekplichtig (artt. 315, 316 en 317 W.I.B. 1992); de inlichtingen zijn niet beperkt tot inkomsten die ten laste van de buitenlandse vennootschap met inrichting in België belastbaar zijn, maar behelzen ook inlichtingen over verrichtingen van derden waaraan de vennootschap in B heeft deelgenomen, met het oog op het belasten van die derden in België.

Quid indien zulk een Belgische inrichting wel bestaat, maar te lande niet belastingplichtig is? Quaghebeur wijst erop dat elke niet-verblijfhoudende potentiële belastingplichtige is (art. 227 W.I.B. 1992), dat een vaste inrichting definitief (art. 229 W.I.B. 1992) nog niet inhoudt dat erdoor in België belastbare inkomsten worden behaald, en dat onze administratie ook van de bij verdrag vrijgestelde (negatieve gevallen van) inrichting een aangifte met erbij behorende jaarrekening vereist en spreekplicht eraan oplegt. Toch bestaat voor hem, bij ontbreken van een grond van belastbaarheid (art. 308 W.I.B. 1992), geen voldoende personele jurisdictie²¹. De plicht van verstrekking van inlichtingen wordt gelegitimeerd door de materiële belastingplicht, die in grensoverschrijdende toestanden aanknopingspunt met het Rijk vereist (in casu Belgische inrichting, of zetel waar het gaat om inlichtingen te verstrekken door een buitenlandse inrichting) en meteen door dezelfde materiële belastingplicht en aanknopingspunt wordt beperkt. Wij zien in de bespreking van de navolgende probleemsituatie dat in andere landen het heffingsbelang van A onder ruimere voorwaarden wordt aanvaard.

Quid als de buitenlandse wetgeving zulk een mededeling door de buitenlandse vennootschap verbiedt? Quaghebeur wijst op een arrest van de Nederlandse Hoge Raad, die oor-

deelt dat een Zwitserse vennootschap de ambtshalve aanslag van haar winst op Nederlandse vastgoedverkoop niet weerlegt door aan te voeren dat de Zwitserse wetgeving de mededeling van de jaarrekening strafbaar stelt. In voormelde redenering en wettiging speelt deze omstandigheid inderdaad geen rol. Toch zullen wij, in de bespreking van het wetsconflict in de navolgende situatie, stellen dat hier redelijkerwijs een belangenafweging zou moeten plaatsvinden.

Nu vaststaat dat, alvast naar de Belgische uitleg van jurisdictie, belastingplicht in de vorderende staat vereist is aan de kant van de buitenlander, is het ook duidelijk dat de volgende vastgestelde praktijk een inbreuk vormt op het volkenrecht, en de verkregen informatie meteen zonder bewijskracht is: Nederlandse FIOD-ambtenaren bellen ingezetenen van België, tewerkgesteld in bankkantoren in de Belgische grenszone, thuis op om hen overtuigend te ondervragen over hun koeriersdiensten en hun cliënten in Nederland.

2.5. Vijfde probleemsituatie; fiscus vordert inlichtingen van ingezetene die ze moet krijgen van niet-ingezetene

De administratie van land A (Nederland, Verenigde Staten, België...) wil de belastbare winst van een inlandse onderneming controleren, en daartoe inzicht verwerven in de activiteiten en rekeningen tussen deze belastingplichtige onderneming en haar afnemer of leverancier, die in land B is gevestigd en aldaar de vereiste boekhoudkundige informatie over de activiteiten en prijsvorming bezit. Staat A heeft wel executiejurisdictie over de persoon gevestigd op zijn grondgebied, maar niet over de uiteindelijke informant die in B is gevestigd en in A geen vaste inrichting bezit. De administratie van A heeft in die situatie duidelijk niet de rechtsmiddelen om de vennootschap in B rechtstreeks te dwingen de gevorderde inlichtingen te verstrekken.

Nederland

In de zin van dit «non possumus» citeert Daniels twee Nederlandse arresten²². Op 20 oktober 1971 oordeelde het gerechtshof dat het niet over de middelen beschikt om B (die als trustee de aandeelhouders van belanghebbende vertegenwoordigde) «die in Zwitserland woont en kennelijk niet van zin is voor dit Hof te verschijnen, tot verschijning te noemen of hem ter zijner woonplaats te horen». Op 22 januari 1982 oordeelde het Hof 's-Gravenhage «dat overigens niet is gebleken dat de administratie van belanghebbende (Antilliaan) niet op Curaçao werd gevoerd en evenmin dat de aandeelhoudersvergaderingen van belanghebbende niet aldaar werden gehouden, nu overlegging van die notulen niet gevorderd kan worden van een lichaam dat niet in Nederland is gevestigd».

Toch wordt in internationale verhoudingen de personele jurisdictie van Nederland wettelijk uitgebreid buiten de traditionele afgrenzing van de fiscale executiejurisdictie. Daniels: «De tekst van art. 47 AWR opent met de woorden 'een ieder is gehouden'. Er is derhalve geen beperking naar woonplaats, nationaliteit of soortgelijke omstandigheid. In beginsel wordt anders dan Hof 's-Gravenhage meent (zie hoger) de gehele wereldbol door art. 47 bestreken.»

²⁰ *Vr. en Antw., Senaat*, 1986-87, 28 juli 1987, 2690, nr. 318, De Clippele.

²¹ QUAGHEBUER, M., «Bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 4 juli 1989, rolnummer 25.846, beslissingen in belastingzaken», 1989/258», *T.R.F.*, juni 1991, 158.

²² DANIELS, A.H.M., «De inlichtingen...», *o.c.*, 213.

De staatssecretaris van Financiën slaat daartoe munt uit de hedendaagse onzekerheid in het volkenrecht over de juiste bakens van de territoriale begrenzing: «Ten aanzien van het eerste punt is de Commissie (Volkenrecht) niet tot een eenstemmig oordeel gekomen. Een aantal leden kwalificeert de effecten van het wetsvoorstel als een vorm van (indirecte) dwanguitoefening door Nederland buiten zijn grenzen. In dat geval is er – aldus deze leden – in beginsel sprake van een volkenrechtelijk onrechtmatige inbreuk op de exclusieve rechtsmacht van de Staat tegen wiens onderdanen en op wiens grondgebied deze dwanguitoefening uitwerkt. Andere leden van de Commissie zijn daarentegen van mening dat bedoelde effecten niet als het uitoefenen van dwang ten aanzien van gedragingen van buitenlanders in het buitenland kunnen worden gekwalificeerd. Er is volgens deze leden hooguit sprake van een indirecte beïnvloeding van deze gedragingen. Immers de daadwerkelijke afdwinging doet zich voor in Nederland en tegenover aan de Nederlandse rechtsmacht onderworpen rechtspersonen. De verdeeldheid van de Commissie spruit – zoals zij zelf aangeeft – voort uit de diversiteit van opvattingen binnen de internationale volkenrechtswetenschap. Uit het feit dat de Commissie in dezen niet tot een eenstemmig oordeel is gekomen, kan mijns inziens worden afgeleid dat er geen algemeen aanvaarde regel van volkenrecht is die zich tegen het onderhavig voorstel verzet»²³. De onzekerheid van de volkenrechtswetenschap is op zichzelf een armoedige basis voor de affirmatieve uitbreiding van personele bevoegdheid in internationale verhoudingen. Hoogstens laat de staatssecretaris nog gelden dat de Nederlandse inlichtingenverplichting erkend is door de Nederlandse rechter in nog andere domeinen²⁴ en dat zij, wat belastinginformatie betreft, een wettelijke uitwerking geeft aan de richtlijnen van de OESO Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (een door de organisaties van ondernemers algemeen aanvaarde gedragscode): «Enterprises should (...) upon request of the taxation authorities of the countries in which they operate, provide, in accordance with the safeguards and relevant procedure of the national laws of these countries, the information necessary to determine correctly the taxes to be assessed in connection with their operations, including relevant information concerning operations in other countries.»

Verenigde Staten

In internationale dossiers kan de Amerikaanse Internal Revenue Service, met gebruik van administratieve Summons Power waarvan de uitvoering desnoods dwangmatig in kort geding door de bevoegde District Court wordt bevolen, vorderen dat inlichtingen in het bezit van een buitenlander worden verstrekt door in de Verenigde Staten gevestigde geïllustreerde vennootschappen en bestuurders (Sec. 7.602 IRC),

²³ Tweede Kamer der Staten-Generaal, Memorie van Toelichting, 1988-1989, 21.034, nr. 3, 5.

²⁴ «Ook op het gebied van het ondernemingsrecht heeft deze kwestie gespeeld. In dit verband wijs ik op de Ford Nederland procedure (Hof Amsterdam, 10 december 1981, *N.J.*, 1983/24) waarin een buitenlandse moeder gehouden was aan de directie van de Nederlandse dochter al die informatie te verschaffen die de directie nodig had om aan haar informatieplicht (naar Nederlands recht) ten opzichte van de vakbonden en de ondernemingsraad te voldoen». Memorie van Toelichting, *I.c.*, 4.

en wordt zelfs wettelijk vereist dat bescheiden worden gehouden binnen het jurisdictioneel bereik van de IRS (Sec. 6038A IRC).

Tegen het bezwaar dat deze compliance-wetgeving een – weliswaar indirecte maar daarom niet minder daadwerkelijke – uitoefening van onderzoeksbevoegdheid buiten het eigen territoir vormt en in dezelfde mate een inbreuk op de territoriale afbakening van de executiejurisdictie, worden in de Verenigde Staten theorieën en interpretaties naar voren geschoven die de traditionele uitleg van de territoriale afbakening uitbreiden middels verlengende afbakeningscriteria: de effecttheorie (Alcoa arrest: «allegiance for conduct outside its borders with consequences within its borders»), de controleleer (Marc Rich-arrest: «the test for production of documents is control, not location»), de minimumcontactleer (Toyota-arrest: «purposeful forum-related activities» van de Japanse moedermaatschappij die haar Amerikaanse dochtervennootschap gebruikt als «marketing conduit» voor haar afzet in de VSA). De personele fiscale jurisdictie van een staat, implementerend gevolg van zijn heffingsbevoegdheid (Zittelman: «die Anwendbarkeit ist eine Folge des Gogoltenhabens»), krijgt door deze steuntjes een verlengstuk, en de behartiging van zijn legitiem heffingsbelang meteen nieuwe kansen in de nieuwe ruimte.

Zulke rekkelijke interpretaties resulteren veelal in de onderworpenheid van de multinationale onderneming aan de jurisdictionele bevoegdheid van de forumstaat (in casu de Verenigde Staten) en van de woonstaat. Er bestaat geen volkenrechtelijk «non bis in idem»-beginsel dat zulk een samenloop van jurisdictie uitsluit, of dat de indirecte onderzoeksbevoegdheid van de administratie van de eerste staat beginselmäßig achterstelt bij de «normale» belastingsovereïniteit en jurisdictie van de tweede. Het jurisdictioneel samenloopprobleem wordt wel moeilijk als de twee verplichtingen tegenstrijdig zijn, doordat de mededeling gevorderd door de forumstaat A wordt verboden aan ingezetenen van land B op grond van een algemene strafbepaling, en er eventueel wordt voorkomen door bevel van inbeslagneming van de gevorderde documenten. Het «blocking statute» van artikel 273 van het Zwitserse Strafwetboek is het bekendste voorbeeld van zulk een strikt-territoriale afscherming van staatssovereïniteit ingegeven door de tegengestelde bezorgdheid «die Gebietshoheit der Schweiz nach jeder Richtung gegen ausländische Übergriffe zu schützen»²⁵. De patstand die uit de gelijktijdige toepassing van deze conflictuele regels ontstaat, wordt dan in de Amerikaanse jurisprudentie op grond van de comitasleer opgelost door een afweging van de belangen van de betrokken staten: onderscheidenlijk het belang dat de Verenigde Staten hebben in de informatieverstrekking en juiste inning van hun belasting, en het nadeel en risico voor de ingezetene van B indien hij aan de Amerikaanse fiscus de gevorderde medewerking verleent. Wel gaat, bij ontbreken van objectieve maatstaf, de uitkomst van de afweging in de praktijk nogal voorspelbaar in het voordeel van het belang van de forumstaat A. De nieuwe Amerikaanse wetgeving maakt zich zelfs af van het afwegingsproces (Sec. 6038A IRC – Foreign Recordkeeping).

²⁵ Art. 273. «Wirtschaftlicher Nachrichtendienst. Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis (...) einer fremden amtlichen Stelle (...) zugänglich macht, wird bestraft.»

Van volkenrechtelijke of comitas-legitimering van zulk een personele jurisdictie blijft nog weinig overeind waar de door de Verenigde Staten, onder de mom van compliance-wetgeving en heffingsbelang, vereiste informatieverstrekking in werkelijkheid neerkomt op discriminatoir fiscaal protectionisme («beggar-my-neighbor-policies») ²⁶. In de mate waarin de informatie- en documentatieverplichting en de bijbehorende sancties van boete en verzwaring van bewijslast niet meer echt worden gedekt door de mantel van het heffingsbelang en de binnenlandse belastingeffecten (transfer pricing enz.), wordt de verdoezelings van de strenge eis van territoriaal afgegrensde executiejurisdictie nog moeilijk verdedigbaar. Men mag overigens vrezen dat de Amerikaanse compliancewetgeving, precies omdat zij dan op gespannen voet staat met het volkenrecht, soortgelijke praktijken zal uitlokken van de kant van andere staten, die eveneens afscherming beogen door fiscaal-administratieve belasting van MNO's werkzaam op hun grondgebied ²⁷. In de mate waarin deze Amerikaanse belastingwetgeving neerkomt op een ordinaire «turf battle», doet zij ook nog vragen rijzen over haar verenigbaarheid met sommige regels van bijzonder volkenrecht (schending van dubbelbelastingverdragartikel 24 OESO-modellen, van vriendschapsverdrag, enz.).

België

Wij raadplegen op de eerste plaats de tekst van artikel 322 W.I.B. 1992: «De administratie mag, wat een bepaalde belastingplichtige betreft, geschreven attesten verzamelen, derden horen, een onderzoek instellen (...) van natuurlijke of rechtspersonen alsook van verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid alle inlichtingen vorderen die zij nodig acht om de juiste heffing van de belasting te verzekeren.» Volgens deze tekst is de macht, zoals die van het Nederlands artikel 47, niet beperkt tot personen die in België zijn gevestigd of er belastingplichtig zijn. Of mag en moet dit stilzwijgend vereiste worden afgeleid uit (de territoriaal-beperkende uitleg van) het postulaat van executiejurisdictie? In ieder geval vinden wij in de Belgische belastingrechtspraak geen spoor van enige uitdrukkelijke erkenning van verruimde personele jurisdictie in internationale verhoudingen op

grond van de omstandigheid dat de buitenlander gelieerd is met een inlandse onderneming, of een minimumcontact met het grondgebied van de heffende staat onderhoudt, of dat zijn transacties in België belastinggevolgen sorteren. Voor de weinige Belgische auteurs die het probleem hebben besproken, vormt het (indirect) opleggen van zulk een verplichting aan een buitenlander zonder Belgische inrichting een inbreuk op de fiscale executiejurisdictie, die de andere staat op eigen grondgebied soeverein geniet, d.w.z. met uitsluiting van elke vreemde (informatievorderende) staat ²⁸.

Toch is dan weer voor niemand een vuiltje aan de volkenrechtelijke lucht met de artikelen 54 en 344 W.I.B. 1992. Deze wetsartikelen behandelen transacties die prima facie suspect zijn wegens manifeste risico's van winstonttrekking, die moeilijk te controleren valt voor zover ze geschiedt ten voordele van gelieerde ondernemingen in het buitenland of met personen gevestigd in fiscale paradijzen. De wetbepalingen voorzien in een verzwaring of omkering van de bewijslast. Zulk een regeling kan weliswaar aangemerkt worden als materieel belastingrecht, maar evengoed als een beïnvloeding, executief uitgeoefend in staat A met het oog op het tot stand brengen van een gedraging op het territoir van staat B (informatieverstrekking over het normaal karakter van de uitgave, van de cessie van een vermogensbestanddeel, enz.). Zij vormt elders de procesrechtelijke sanctie voor het niet-voldoen aan de indirect (bij de inlandse betaler) aan de buitenlandse ontvanger opgelegde informatieverplichting. Ons is niet bekend dat deze wetgeving door iemand ooit als een schending door B (België) van de fiscale jurisdictie en soevereiniteit van A (belastingparadijs, moederstaat, enz.) is aangemerkt. Zelfs is er geen vuiltje aan de lucht voor de auteur van het voorstel dat België zijn belasting van (basis)vennootschappen, gevestigd in A (belastingparadijs) zonder Belgische inrichting, zou moeten kunnen verhalen «met een stok achter de deur» ten laste van de in België gevestigde controlerende belangen achter deze vennootschappen ²⁹.

²⁶ WEIZMAN, L., «US Transfer Pricing: Grim Prospect for Multinational Companies», *International Company and Commercial Law Review*, 1992 (5) 173: «As the purpose behind the legislation in the United States is to subject foreign-owned companies to a significantly more burdensome compliance treatment, it raises a question of discriminatory tax treatment. The most appalling discriminatory tax treatment is the recommendation and assumption under the new U.S. legislation, that foreign controlled companies are to be treated differently by U.S. courts, where the Commissioner is to have sole discretion to make allocations against foreign-controlled companies, and the allocations made by the Commissioner are to be subject only to a limited judiciary review.»

²⁷ PALMIERI N.W., «Foreign...», o.c., 584: «With Section 6038A Congress has provided a short-term fix to what it perceives to be a U.S. problem when, in fact, what is needed is a long-term solution to a problem faced by most countries in the world. Rather than dealing with the problem on a bilateral or multilateral basis, the U.S. has chosen to go alone. Other nations will probably follow suit, instituting their own record maintenance and reporting requirements on foreign corporations. The result will be different standards for record maintenance in each nation in which a corporation conducts business.»

²⁸ J.P. LAGAE m.m.v. I. BEHAEGHE, «Internationale...», o.c., 291, verwijzend naar ONKELINX I., «Internationaal bevoegdheidsconflict: het bevel door de Amerikaanse federale rechtbanken tot voorlegging van documenten die zich in het buitenland bevinden», *Revue belge de droit international*, 1971, 83: «Een derde mogelijkheid is dat land B een rechtsgeding in land A zou instellen en aan de rechtbank de toelating zou vragen om de documenten te verwijderen. Ook dit zou strijdig zijn met het algemeen principe van het internationaal recht, krachtens hetwelk een Staat de bevoegdheid niet bezit om gevolg te geven aan een eis die substantieel de directe of indirecte uitoefening betreft van een prerogatief recht van een vreemde Staat. Indien land A deze eis zou inwilligen, zou het een vreemde Staat bijstaan in de uitoefening van een 'act of sovereignty' op zijn eigen grondgebied. Dit zou een inbreuk betekenen op de territoriale suprematie van land A.» ONKELINX (1971) steunt vooral op sommige Amerikaanse rechtsleer en rechtspraak, die intussen gedeeltelijk zijn achterhaald en in elk geval tot het Amerikaans recht of hoogstens tot comitas of internationale «fair play»-opvattingen behoren.

²⁹ SPRUYT, A.J.J., o.c., 248: «Het 'stok achter de deur' effect van een dergelijke regeling mag evenmin worden onderschat. Indien de controlerende belangen weten dat zij voor de Belgische belasting-schulden van hun buitenlandse rechtsconstructie kunnen worden aangesproken, zullen zij immers niet nalaten hun invloed aan te wenden om deze te doen antwoorden wanneer de Belgische fiscus

Quo vadimus?

De Amerikaanse en Nederlandse regeling en hun leerstellige uitleg vormen geen geïsoleerd experiment, en zouden wel eens maatgevend kunnen worden door een verzetten van de bakens van belastingjurisdictie in nog andere staten in de nieuwe ruimte. Toch is het volkenrechtelijk debat zeker nog niet afgesloten blijkens internationale protesten tegen de Amerikaanse wetgeving en verdeeldheid in de volkenrechtswetenschap over personele jurisdictie die alleen nog geëgitimeerd is door controle- of effecttheorieën die de reikwijdte overschrijden van de traditionele executiejurisdictie op grond van eis van materiële belastbaarheid en aanknopings (vaste inrichting) met de informatievorderende staat (A).

Voor tegenstanders wordt de reikwijdte van de executiejurisdictie van A wel degelijk uitgebreid voorbij haar volkenrechtelijke territoriale afgrenzing, voor zover een niet-ingezetene en niet-belastingplichtige door A, indirect maar zeer reëel, gedwongen wordt informatie te verstrekken. Voor andere internationalisten is de vordering hoogstens de uitoefening van een beïnvloeding (nog geen afdwinging) in het buitenland, die nodig is om de effectiviteit van de wetgeven- de belastingjurisdictie in bijzondere internationale verhoudingen te vrijwaren. Indien de buitenlandse vennootschap er wel niet de aanknopings met het grondgebied van A vertoont die haar er belastingplichtig maakt, is zij toch actief betrokken in structuren en transacties, die op dat grondgebied directe gevolgen hebben voor de belastingheffing van dat land. Er is daarom geen reden om deze verruiming van de personele jurisdictie te verwerpen, te meer omdat dezelfde theorieën in andere publiekrechtelijke domeinen (kartelwetgeving van de Europese Gemeenschappen, ondernemingsrecht, enz.) wel worden aanvaard.

Vooralsnog blijkt het fiscaal debat over de rechtmatigheid van de uitbreiding van personele jurisdictie, en de eventuele noodzaak van afweging van de conflicterende belangen der betrokken Staten, vooral te steunen op *comitas gentium*³⁰, op «traditional notions of fair play and substantial justice»³¹

aanspraken doet gelden en om desgevallend ook alle beschikbare rechtsmiddelen aan te wenden. Zo gezien werkt deze maatregel op het gebied van de invordering mee aan de verbetering van de mogelijkheden om tot een correcte vestiging te komen van de belasting in hoofde van de buitenlandse rechtsconstructie.»

³⁰ «There is a line of cases (...) stating that, upon fundamental principles of international comity, our courts dedicated to the enforcement of our laws should not take such action as may cause a violation of the laws of a friendly neighbor, or at the least, an unnecessary circumvention of its procedures» (Vetcozaak, gecit. R.H. ALAND, «Expanding IRS Access to Foreign-Based Documentation and Information in U.S. Tax Audits and Litigation», *The Tax Magazine*, december 1986, 890.

³¹ PALMIERI, N.W., «Foreign recordkeeping under Internal Revenue Code Section 6038A — Violation of United States constitution and of international law», *Intertax*, 1991/12, 580: «In this case (Asahi Metal Ind. Co. v. Supreme Court of California), eight justices agreed that 'traditional notions of fair play and substantial justice' may forbid the exercise of personal jurisdiction, even if a foreign corporation meets the minimum contacts test, and the minimum contacts required for a court to exercise personal jurisdiction may be greater for a corporation outside the U.S. than for a U.S. corporation outside the forum State. 'Great care and reserve should

en op regels van redelijkheid en behoorlijk bestuur»³². Het is tekenend voor de huidige stand van de volkenrechtswetenschap (in de kinderschoenen) dat het allesbehalve duidelijk is of het bij deze opvattingen gaat om nationale of internationale rechtsbegrippen, nog in de veronderstelling dat ze rechtsbegrippen zijn en niet zo maar conceptueel opportunistisch. Wij staan bij deze fiscale jurisdictie-uitbreiding weer voor «*jus commune in statu nascendi*». Het is intussen wel evident dat het belastingrecht, in verband met zijn karakter dat wezenlijk meer inkomensverwervend dan regulerend is en meer op nationale (schatkist)belangen dan op die van de internationale gemeenschap is afgestemd, geen herbergzaam gebied vormt voor jurisdictie geëgitimeerd door beschermings- en universaliteitsbeginsels.

2.6. Zesde probleemsituatie: fiscus van A verstrekt inlichtingen en inzage aan fiscus van B

De inlichtingen en bescheiden worden verstrekt aan de belastingadministratie van land A door de administratie van land B, hetzij spontaan door deze laatste, hetzij op verzoek van de eerste. De situatie stelt allereerst aan de orde de volkenrechtelijke vraag van de schending door B van de soevereiniteit van A, voor zover de fiscale rechtsmacht op het grondgebied van A alleen mag worden uitgeoefend door A, met uitsluiting van elke formeelrechtelijke uitoefening van belastinggezag door organen van een andere staat. Wij onderzoeken achtereenvolgens de twee richtingen van dit inlichtingenverkeer, naargelang België onderscheidenlijk optreedt als B- of als A-staat. Dit onderscheid is relevant voor een tweede, staatsrechtelijke beperking. In België, als in vele moderne staten, geldt de regel dat (steeds behoudens verdrag) 's lands organen hun gezag slechts rechtsgeldig kunnen uitoefenen tot uitvoering van het wettelijk stelsel van hun staat. Alle daden van onderzoek, controle, vestiging en invordering, die door belastingambtenaren worden verricht buiten het eigen stelsel tot uitvoering van buitenlandse belastingwetten, worden onrechtmatig verricht.

Eerste geval: inlichtingenverstrekking door Belgische aan buitenlandse belastingadministratie

Indien de Belgische administratie haar onderzoeksmachten te lande (B) zou uitoefenen (middels een vraag om inlichtingen, enz.) ten behoeve van een buitenlandse administratie en ter verzekering van de juiste toepassing van buitenlandse belastingwetten, zou zij zich normaal — d.w.z. bij ontbreken van een expliciete wettelijke of verdragrechtelijke machtiging — schuldig maken aan machtsoverschrijding, getuige op de beperking van de artikelen 78 en 67 van onze Grondwet. Een voorbeeld van zulk een uitdrukkelijke beperking wordt gevonden, wat Nederland betreft, in de Wet op de Internationale Bijstandsverlening: de Nederlandse fiscus mag geen inlichtingen verstrekken aan een buitenlandse belastingadministratie (A) indien zij daartoe geen internationaalrechtelijke verplichting heeft. De Nederlandse fiscus is alleen op grond van het Belgisch-Nederlands Verdrag gerechtigd om spontaan aan de Belgische fiscus geë-

be exercised' said the Supreme Court 'when extending our notions of personal jurisdiction into the international field'».

³² M.W.C. FETERIS, o.c., 50.

vens te verstrekken over, bijvoorbeeld, de kapitaalbreng van een Belgisch rijksinwoner³³.

Bestaat er, voorbij dit eventueel internrechtelijk probleem van machtiging, ook een volkenrechtelijk bezwaar tegen zulk een mededeling? Uit het beginsel dat een staat (A) soeverein is en daarmee exclusieve fiscale executiebevoegdheid geniet op zijn grondgebied, wordt een correlaat verbod afgeleid voor de andere staten (B) om hun executiebevoegdheid op dat grondgebied van A uit te oefenen. Voor sommige Belgische auteurs vormt de informatieverstrekking door de Belgische belastingadministratie aan de administratie van land A een uitoefening van executiebevoegdheid die, omdat ze in dienst staat van een buitenlandse staat, het volkenrechtelijk beginsel van belastingsovereiniteit (van A) schendt³⁴. Dit is dan wel een zeer beperkende uitleg van de belastingsovereiniteit (d.w.z. van de ongebonden rechtsmacht van de gezagsorganen) van B. De conclusie wordt in ieder geval niet gedeeld door het Hof van Beroep te Brussel, dat op 17 oktober 1978 uitspraak deed in de zaak waarin de Belgische administratie van Douane en Accijnzen inlichtingen en bescheiden bezorgde aan de Franse autoriteiten betreffende goederen die door een Belgische vennootschap frauduleus waren ingevoerd in Frankrijk³⁵. De mededeling door België werd er al gelegitimeerd, buiten de verdragtoepassing, door het beginsel van de soevereiniteit van België: «Attendu qu'en dehors de tout accord semblable, en tant que personne de droit public, tenant elle-même son pouvoir à l'intérieur de son territoire, et son indépendance à l'extérieur (*Rép.prat.dr.belge*, v° «Traités internationaux», n° 3), l'Etat décide souverainement, à moins que la loi s'y oppose – ce qui n'est point le cas en l'espèce – s'il s'agit d'assister un Etat étranger, lui aussi personne de droit public, par la communication de documents révélateurs d'une infraction à la législation de cet autre Etat, perpétré sur le territoire de celui-ci; (...) Attendu que la divulgation, imputée à faute soit à l'Etat belge, ayant nécessairement agi par un de ses organes (...), s'est faite en exécution du susdit accord; qu'elle eut été tout aussi légitime en l'absence de celui-ci.» Er is alleen nog de (gewettigde) nationaalrechtelijke vraag of het hof hier de beperking van de afgeleide (in casu fiscale executie)bevoegdheid niet over het hoofd ziet.

Tweede geval: informatieverstrekking door buitenlandse aan Belgische administratie

Inlichtingen worden, spontaan of op verzoek, verstrekt door een buitenlandse administratie (B) aan de Belgische fiscus (A): zijn ze rechtmatig verkregen, en mogen ze derhalve door onze fiscus rechtsgeldig worden aangewend in zijn dossier tegen de Belgische belastingplichtige?

³³ Nederlandse Raad van State, 24 juli 1991, noot BEHAEGHE, I., *Fiscale Koerier*, 1991, 492-494.

³⁴ MALHERBE, Ph., «Le contrôle de l'impôt dans le contexte européen», *J.D.F.*, nov.-dec. 1991, 323: «Ce principe d'exclusivité territoriale s'inverse: il n'appartient pas à des administrations étrangères d'effectuer des contrôles sur le territoire belge, que ce soit directement ou en s'adressant à l'administration belge.» LAGAE, J.P., o.c., 292, beperkt de volkenrechtelijke discussie tot de conclusie dat België niet juridisch verplicht is om medewerking te verlenen aan het verzoek van A.

³⁵ Brussel, 17 okt. 1977, *Pas.*, 1978, II, 39.

Volgens de voorgaande redenering zou dit vooreerst niet het geval zijn indien de buitenlandse administratie haar rechtsmacht zou hebben overschreden door een schending van enige eigen staatsrechtelijke regel van afgeleide bevoegdheid. Sommige rechtsgeleerden oordelen voorts weer dat in elk geval de gegevensverstrekking een schending vormt van de belastingsovereiniteit van België door staat B, voor zover deze zijn bevoegdheid uitoefent op het grondgebied van België, alwaar alleen de Belgische belastingadministratie fiscale executiejurisdictie en soevereiniteit geniet. Voor hen is de informatie dan onrechtmatig verkregen en rechtens zonder bewijswaarde in België. De stukken moeten eventueel uit het dossier worden verwijderd³⁶. J.P. Lagae en Ph. Malherbe willen de informatieverstrekking alsdan alleen als rechtmatig aanmerken indien de Belgische administratie door de Belgische wet zou zijn gemachtigd inlichtingen van buitenlandse administraties te verkrijgen en te gebruiken. Het wordt dan weer de vraag of de artikelen 322 en 323 W.I.B. 1992, en met name de ontstentenis van territoriale beperking in hun bewoording, voldoende is voor zulk een internrechtelijke machtiging. Gaan overigens deze auteurs niet uit van een te absoluut-monopolistische opvatting van de belastingsovereiniteit (van A) ten nadele van de belastingsovereiniteit (van B) en van de handelingsvrijheid die in deze ongebonden rechtsmacht (van B) wezenlijk besloten ligt? Veeleer volgen wij de opvatting daarover van het Hof van Beroep te Brussel in voormelde zaak van 17 oktober 1978. Zeker kan hier geen sprake zijn van schending van de comitas of «fair play»-regel van intergouvernementele samenwerking of dito verplichting die volgens het jus commune in statu nascendi zou ontstaan tussen staten.

2.7. Zevende probleemsituatie: de rechter in de forumstaat wordt geroepen vreemde belastingvorderingen en vonnissen te erkennen en uit te voeren

De onderlinge impermeabiliteit van de fiscaalrechtelijke ordeningen der staten steunt op hun gelijke belastingsovereiniteit, en geldt zowel ten aanzien van de handelingen van hun belastingadministraties als ten aanzien van die van hun rechtscolleges. Ook het gerechtelijk apparaat van staat B dient in dezen uitsluitend de belangen van zijn staat (B), en verleent naar traditionele volkenrechtelijke principes geen erkenning en uitvoering aan de belastingvorderingen en dito vonnissen van staat A. Hun uitwerking wordt door B in zijn eigen rechtstelsel afgewezen of althans vrijelijk georganiseerd. Art. 570 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek voorziet aldus alleen in de uitvoerbaarverklaring te lande van de beslissingen gewezen door buitenlandse rechters in burgerlijke en handelszaken. Buitenlandse dwangbevelen en vonnissen in belastingzaken worden te lande niet erkend en ten uitvoer gelegd, zelfs als alle andere voorwaarden van art. 570 zijn vervuld.

³⁶ LAGAE, J.P., m.m.v. BEHAEGHE, I., «Internationale...», o.c., 291: «Een dergelijke gegevensverstrekking door de buitenlandse belastingadministratie zou, volgens sommige auteurs, evenwel strijdig zijn met het principe van het internationaal recht, volgens hetwelk een Staat niet de bevoegdheid heeft om gevolg te geven aan een eis of een verzoek welke substantieel een directe of indirecte uitoefening betreft van een prerogatief recht van een vreemde Staat»; MALHERBE, Ph., o.c., 323.

Het is bekend dat de fiscus van sommige landen (A, bijvoorbeeld Zweden) in andere landen (B) soms een advocatenkantoor hebben gelast er een rechtsgeding aan te spannen tegen belastingplichtigen die weigeren hun belasting-schuld in A te voldoen en zich voortvluchtig in B vestigen³⁷? De rechtscollages van B moeten zich, alvast in België, staatsrechtelijk onbevoegd verklaren, gelet op de onontvankelijke rechtsaard van de vordering (buitenlandse belasting). De afwijzing is principieel: deze overheidshandelingen van A zijn eenzijdig verricht en geven uiting aan de soevereiniteit van A op zijn grondgebied; zij kunnen daarom niet verplicht ingepast worden in de fiscale rechtsorde van de even soevereine forumstaat B. De rechtstoestand is anders, en valt wel onder de toepassing van art. 570, als de erkenning en uitvoering in B van de vordering van A geen *acta jure imperii* maar een privaatrechtelijke betrekking tussen gedingvoerende partijen zouden betreffen.

Nu is het onderscheid tussen het optreden van staat A als belastingoverheid en als gewone schuldeiser duidelijker in beginsel dan in alle belastingtoepassingen. Indien de fiscus van A erin zou slagen te laten aanvaarden door de rechter van B dat hij de rechten bezit van een gewone schuldeiser nadat hij de belastingsschuld *jure imperii* heeft vastgesteld (in voltooid tegenwoordige tijd), belet niets (o.m. art. 570) hem om aangifte van zijn schuldvordering in te dienen in een handelsprocedure voor deze buitenlandse rechter, met name in geval van faillissement van zijn belastingplichtige in het buitenland. In België blijkt de traditionele stelling te heersen dat de Belgische fiscus zijn vordering kan indienen tegen de curatele bij het faillissement van de belastingplichtige, doch alleen maar bij een Belgische Rechtbank van Koophandel, binnen de normale reikwijdte van de uitoefening van de Belgische staatssoevereiniteit³⁸. In de zaak Tucker ging de Engelse rechter evenzo uitdrukkelijk ervan uit dat de Belgische rechter toch geen medewerking zou verlenen aan het getuigenverhoor in een Belgische faillissementsprocedure waarin de Engelse fiscus de voornaamste schuldeiser was. Toch slaagde dan weer Her Majesty's Government of the United Kingdom erin haar belastingvordering, versluierd als civielrechtelijke vordering, te laten erkennen en ten uitvoer te laten leggen door de District Court of Appeals of Florida in de zaak *Bullen and Gardner v. U.K.*³⁹.

Door deze transformatie van belastingvordering in burgerlijke vordering met het oog op de erkenning en uitvoering van deze vordering van A door de rechtscollages van B vervagen het beginsel van de impermeabiliteit der belastingstelsels en de bakens van de onderlinge verhouding en uitoefening van de belastingsoevereiniteit der Staten. Sommige Belgische rechtsgeleerden formuleren overigens nog andere bezwaren tegen deze erkenning en uitvoering, zelfs waar

deze op onbetwiste (verdragrechtelijke) jurisdictiegronden gelegitimeerd zouden zijn (zie 3.3).

3. Cross-border samenwerking middels verdrag

3.1. Twee internationaalrechtelijke wegen

Het Lotusarrest, zowat de enige internationaalrechtelijke uitspraak die *de lege lata* handelt over de bakens van jurisdictie en soevereiniteit, bevestigt dat deze niet uitgeoefend mogen worden op het grondgebied van een andere Staat behoudens andersluidende permissieve regel. Deze bestaat vooralsnog niet in het gemene volkenrecht. Hoogstens wordt hier de deur op een kier gezet voor een mogelijke ontwikkeling van dat recht naar een plicht van onderlinge belastingbijstand in grensoverschrijdende situaties (het «*quod plerumque fit*» in de nieuwe ruimte). Zulk een verplichting van samenwerking onder nationale belastingautoriteiten zou dan eventueel afgeleid kunnen worden van de internationale interdependentie en solidariteit, even hoge en algemene rechtsbeginselen als de soevereiniteit (die vooralsnog alleen het fiscaal-volkenrechtelijk «vacuum» opvult). Voor vele internationalisten is de Lotusrechtspraak (1927) vandaag achterhaald, of moet althans haar traditionele territoriaal-beperkende uitleg voortaan in de nieuwe ruimte van dit fin de siècle worden afgewezen. Deze controverse tussen «rekkelijken» en «strikten» is nog niet over. Zij vormt, in haar publiekrechtelijke algemeenheid, niet het specifiek voorwerp van onze bespreking⁴⁰.

Fiscale executiebevoegdheid krijgt de duidelijkste en beste verruimingskansen in het verdrag waarin de partijen elkaar wederzijds toestemming verlenen voor uitvoeringshandelingen op hun grondgebied, of een deel van hun uitvoerende belastingmacht overdragen aan een supranationale instelling. Ook dit particulier fiscaal volkenrecht vormt niet het eigenlijk voorwerp van onze bespreking, gewijd aan het vraagstuk van fiscale executiejurisdictie in het ongeschreven volkenrecht. Hier kan worden volstaan met kort te wijzen op de mogelijkheden van deze internationale weg, maar tegelijk op de beperkingen ervan; al was het maar omdat hij een premie vormt voor de vestiging van «winstverschui-vers en rookgordijntrekkers» in belastingparadijselijke niet-verdraglanden. Is het overigens normaal dat, in grensoverschrijdende situaties beheerst door een verdrag (met groot inlichtingenverkeer), de belastingautoriteiten van sommige landen toch nog de voorkeur geven aan het bewandelen van eenzijdige, internationaalrechtelijk-marginale wegen, alleen al omdat de alternatieve toepassing van de voor dit specifiek doel overeengekomen verdragregeling onderworpen is aan zovele voorwaarden en formaliteiten?

3.2. Administratieve bijstand

Er is allereerst de administratieve bijstand die wordt beloofd door de bilaterale belastingverdragen, in het bijzonder hun bepaling naar art. 26 van de OESO-modellen. Normaal behelst het («groot») inlichtingenverkeer de inlichtingen die nodig zijn om uitvoering te geven zowel aan de nationale wetten als aan de bepalingen van de overeenkomst. En nor-

³⁷ «Zweedse fiscus achtervolgt belastingontduikers», in *De Stan-daard*, 26 juni 1985, 13.

³⁸ BOLUS, Cl. en LAGAE, J.P., Belgische rapporteurs, «L'établissement et la perception des impôts à charge des non-résidents», IFA Congres Londen 1985, *Cah.Dr.Fisc.Int.*, 70a, 281.

³⁹ «That the funds come into the appellant's hands through a governmental taxing policy does not mean that such funds forever retained the mantle of 'taxes'». Dit arrest *Bullen and Garner v. UK*, 533 Soc 2d 1344, 1989, alsmede het arrest *Tucker*, zijn geannoteerd door AVERY JONES, J.F., *British Law Review*, 1991, nrs. 3 en 4, 110.

⁴⁰ PETERS, P., *Extraterritoriale...*, o.c., 88.

maal, volgens de toelichting van het OESO-Comité bij het 1977-model, is het evenmin beperkt tot inwoners van de verdragsstaten maar betreft het ook de rekening die een inwoner van een derde staat er bezit. Overigens wordt de bijstand gemultilateraliseerd door de Europese Bijstandsrichtlijn 77/799/EEG, omgezet in Belgische wetgeving door art. 338 W.I.B. 1992, alsmede door het Bijstandsverdrag van de Raad van Europa en de OESO (1988), wanneer dit in werking zal zijn getreden (na ratificatie door minstens vijf lidstaten). Ook de methodes van samenwerking (door aanwezigheid van ambtenaren op het grondgebied van een andere lidstaat of via telefoon) worden ruimer, en de geheimhoudingsverplichting minder verregaand (aanwending ook voor niet-administratiefrechtelijke doeleinden).

De grote beperking aan de verdragsbijstand komt van de weigeringsgronden. Waar de beloofde bijstand al te gemakkelijk gefrustreerd raakt door lichtvaardige bezwaren van bedrijfsgeheim, openbare orde en niet-verkrijgbaarheid der gegevens volgens eigen wetgeving of administratieve praktijk, zullen allicht de krijtlijnen van deze gronden worden hertekend aan de hand van een nieuwe afweging van de belangen, onderscheidenlijk van de fiscus in een doelmatige samenwerking en van de belastingplichtige in een rechtmatige bescherming (die zeer nodig zal blijven bij de toenemende automatisering van de uitwisseling). Sommige Belgische auteurs zetten in ieder geval grote vraagtekens achter de voortgezette toepassing van de huidige weigeringsgronden in de Europese ruimte ⁴¹.

3.3. Invorderingsbijstand

Voor 1981 was de onderlinge bijstand voor de invordering van belastingsschulden niet eens in enig modelverdrag opgenomen, hoewel het eerste OESO-modelbelastingverdrag toch al dagteekent van 1963: «Er bestaat een verklaring voor dit fenomeen. De verbintenis om een andere staat bijstand te verlenen bij de invordering van zijn belastingen is van een heel andere aard. Een verdrag dat hierin voorziet zou vereisen van een staat dat hij de bevelschriften van een andere staat zou erkennen en dat hij wordt betrokken in het uitvaardigen van dwingende maatregelen op zijn eigen grondgebied om de belastingwetten van een andere staat ten uitvoer te leggen. Dit impliceert de uitoefening van de eigen soevereiniteit en de verplichte aanwending van het eigen administratief apparaat in dienst van de andere staat ⁴².»

Sommige auteurs formuleren nog altijd «gewettigde bezwaren» tegen de erkenning en tenuitvoerlegging van belas-

tingvorderingen van de partnerstaat overeenkomstig de bepalingen van het OESO-Modelverdrag 1981, voor zover de belastingplichtige geen ernstige gelegenheid van verweer kreeg voor zijn normale buitenlandse rechter over de inhoud van zijn belastingsschuld ⁴³.

3.4. Rechtshulp

De verdragsweg voor grensoverschrijdende strafvervolgving van belastingdelicten staat nog altijd niet open. De uitleveringsverdragen en het Europees Verdrag aangaande de Wederzijdse Rechtshulp in Strafsaken (1959) behelzen vooralsnog niet (onvoorwaardelijk) de vervolging van het belastingmisdrijf. Deze leemte is het gevolg van een (allengs achterhaalde) zeer strakke opvatting van het soevereiniteitsbeginsel, van een (al te accomoderende) opvatting van het belastingdelict, dat een niet voldoende ernstig delict zou zijn, en van de moeilijkheid om tot een voldoende gemeenzame definitie te komen van het belastingdelict voor deze verdragsdoeleinden.

3.5. Geschillenregelingsmechanismen.

Het EEG-Verdrag heeft een eigen volkenrechtelijke rechtsorde geïnstitueerd met eigen regelgeving en met eigen Hof, dat op de toepassing van zijn regels toezicht houdt en hun voorrang uitspreekt over de nationale voorschriften, maar ook over de bepalingen van de bilaterale belastingverdragen en van het bijstandsverdrag van de Raad van Europa/OESO, waar deze bijvoorbeeld een minder verreikende belastingssamenwerking zouden voorschrijven.

Met de nieuwe perspectieven voor een doelmatigere samenwerking tussen de belastingadministraties der lidstaten, moeten tegelijk de euronationale belastingplichtigen worden beschermd tegen de toenemende euvels van internationale dubbele belasting ten gevolge van zulke uitwisselingen. Wij kennen — weliswaar met de schroom vereist door de vele concessies aan de nationale rechten waarmee de procedure is omringd — een supranationale rechtsmacht toe, al is ze niet echt-communautaire, aan de arbitragecommissies die zullen worden opgericht op grond van Verdrag 90/436/EEG, dat de lidstaten op 23 juli 1990 afsloten ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen ⁴⁴.

In het verlengstuk van deze laatste ontwikkeling waagden wij ons zelfs aan de denkoefening: is, in de transformerende sociologie van belastingsovereiniteit en rechtsopvatting van belastingjurisdictie, in de nieuwe ruimte (d.w.z. zo binnen als buiten de Gemeenschap) een soortgelijk supranationaal geschillenregelingsmechanisme in een nog ruimer-multilateraal zo al niet universeel verdragskader (OESO, GATT, VN) in het verschiet? Zulk een mechanisme zou dan dienen voor de oplossing van dezelfde conflicten van internationale dubbele belasting ten gevolge van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen met wereldwijde actieradius, even-

⁴¹ MALHERBE, Ph., «Le contrôle...», o.c., 341: «Il faut bien convenir que (...) les notions de secret commercial ou industriel ou d'ordre public apparaissent pratiquement vides de contenu particulièrement dans le contexte d'une Europe en voie d'unification. Où verrait-on dans les renseignements fiscaux une possibilité de 'dommage considérable à l'économie' de l'Etat requis? Ce souci de protection contre la concurrence étrangère s'apparente à la préoccupation de l'ordre public; mais dans la réalité, la clause de l'ordre public semble être en fait un moyen commode permettant à l'Etat requis d'opposer un refus à une demande d'informations sans avoir à en justifier.»

⁴² Model Convention for Mutual Administrative Assistance in the recovery of tax claims, Report of OECD Committee Model Convention, 1981, 5.

⁴³ VAN HECKE, G., m.m.v. LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, Alg.Prakt.Rechtsverzameling, 1986, 77.

⁴⁴ HINNEKENS, L., «The Tax Arbitration Convention. Its significance for the EC based enterprise, the EC itself and for Belgian and International Tax Law», *EC Tax Review*, nr. 2, 1992, Kluwer.

tueel van nog andere geschillen (over rechtsbescherming, enz.) waartoe automatische inlichtingenuitwisseling en erkenning van belastingvorderingen tussen de lidstaten van zulke groeperingen aanleiding dreigen te geven voor de belastingplichtige, of nog voor de oplossing van conflicten tussen de lidstaten over de territoriale afgrenzing van belasting-jurisdictie. Wij citeren de aanbeveling van de International Chamber of Commerce Committee on the Extraterritorial Application of National Laws: «OECD could sponsor non-binding conciliations between Member States involved in extra-

territoriality disputes. The OECD could also promote binding arbitration of extraterritoriality disputes, where Member States agreed to such a procedure⁴⁵.

Luc HINNEKENS
Buitengewoon hoogleraar UIA en RUCA

⁴⁵ LANGE, D. en BORN, G., *The Extraterritorial Application of National Laws*, ICC, Kluwer, 1987, 44.

DE GRONDWETTIGHEID VAN DE REGELING OMTRENT DE VADERLIJKE ERKENNING ANDERMAAL GETOETST

1. Nadat het daar een eerste keer uitspraak over gedaan had op 21 december 1990¹, heeft het Arbitragehof zich op 8 oktober 1990 een tweede maal uitgesproken over de grondwettigheid van art. 319, § 3, B.W. houdende de regeling van de vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind².

2. In het arrest van 21 december 1990 steunde het Arbitragehof op een tweevoudige motivering om te besluiten tot de strijdigheid van art. 319, § 3, B.W. met de artt. 6 en 6bis Grondwet.

3. De eerste vastgestelde discriminatie betrof het verschil in behandeling tussen de *vader* en de *moeder* van een buitenhuwelijks kind.

In het arrest van 1990 had het Arbitragehof nagelaten de eerste stap in het onderzoek naar een beweerd discriminatie, nl. de vergelijkbaarheidstoets, uitdrukkelijk te formuleren. Juist op dit eerste aspect werd het arrest van 1990 zeer sterk bekritiseerd door bepaalde parlementsleden, op grond van de gedachte dat de natuur en de biologie van het menselijke wezen ertoe leiden dat moederschap en vaderschap essentieel verschillende gegevens zijn³.

Wellicht als reactie op die kritiek wordt in de nieuwe uitspraak de vergelijkbaarheidstoets wél uitdrukkelijk gemaakt. Het Arbitragehof overweegt gevat dat, hoe verschillend de situatie van de biologische vader en de biologische moeder in sommige opzichten ook is, zij vergelijkbaar is en wel om een tweevoudige reden:

1) vader en moeder dragen gelijkelijk bij aan het bepalen van de genetische kenmerken van het kind;

2) vader en moeder zijn in beginsel gelijkelijk bekwaam om het belang van hun kind te beoordelen, d.w.z. er is *a priori* geen reden waarom de ene daartoe beter in staat zou zijn dan de andere⁴.

Zoals in het arrest van 1990 onderzoekt het Arbitragehof vervolgens de *ratio legis* van de door de wet van 31 maart 1987 ingevoerde innovatie aangaande de vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind. De motieven van de wetgever waren drieledig.

a) *Het tegengaan van erkenningen om genoeg te doen*. Zoals in het vorige arrest komt het Arbitragehof tot de bevinding dat deze doelstelling onmogelijk kan worden bereikt door het bepaalde in art. 319, § 3, eerste, derde en vierde lid, B.W.

b) *Het tegengaan van late erkenningen*. Ook nu weer overweegt het Arbitragehof dat de wettelijke regeling aan deze doelstelling slechts tegemoet komt ten opzichte van vaders, niet ten opzichte van moeders die (hoewel dit een zeldzamer geval is) zonder tijdsbeperking hun kind kunnen erkennen. Hoewel het Arbitragehof ermee zou hebben kunnen volstaan vast te stellen dat het gemaakte onderscheid tussen vader en moeder alvast i.v.m. deze doelstelling arbitrair is, gaat het ook nu weer over tot de proportionaliteitstoets. Het resultaat is hetzelfde als in het arrest van 1990: de door de wetgever aangewende maatregel wordt niet evenredig geacht met dit tweede doel, daar het duidelijk is dat hij dit met veel minder stringente maatregelen had kunnen bereiken.

c) *Het tegengaan van erkenningen die de moeder blijvend confronteren met de traumatische context van de verwekking*. Zoals in het arrest van 1990 is het Arbitragehof van oordeel dat de aangewende maatregel onevenredig is met het nagestreefde doel.

¹ Arbitragehof, 21 december 1990, *B.S.*, 17 januari 1991, p. 1079, en *B.W.*, 1990-91, 1231.

² Arbitragehof, 8 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, p. 455 en *B.S.*, 3 december 1992, P. 25.097.

³ O.m. senator S. MOUREUAX, in de toelichting bij zijn wetsvoorstel tot wijziging van art. 319, § 3, B.W., *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1184/1 van 9 januari 1991; opnieuw ingediend Senaat, BZ 1991-92, nr. 50/1 van 7 januari 1992.

⁴ Zie ook reeds onze bedenkingen in «De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, (1211), 1214, nr. 15.

Aangezien de motieven van de wetgever van 1987 in nagenoeg identieke bewoordingen als in het arrest van 21 december 1990 worden gewraakt, kon ook de conclusie van het Arbitragehof geen andere zijn dan in 1990: art. 319, § 3, schendt het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen.

4. In zijn arrest van 1990 stelde het Arbitragehof in de regeling van art. 319, § 3, B.W. een tweede discriminatie vast, namelijk tussen *in het huwelijk* geboren kinderen, voor wie de vaderschapsregel geldt, en de *buitenhuwelijkse* kinderen, t.a.v. wie de vaststelling van de vaderlijke afstamming afhankelijk gesteld is van wat het Hof een «wisselvallige factor» noemde.

Als kritiek hierop hebben wij gesteld dat de situatie van een uit een gehuwde resp. uit een ongehuwde vrouw geboren kind m.b.t. zijn vaderlijke afstamming zozeer verschillende karakteristieken vertoont, dat in redelijkheid niet gesteld kan worden dat zij vergelijkbaar zouden zijn⁵. In zijn arrest van 8 oktober 1992 heeft het Arbitragehof deze tweede grond tot schending van de artt. 6 en 6bis Grondwet niet overgenomen, waardoor m.i. de motivering aan overtuigingskracht gewonnen heeft.

5. Na het arrest van 21 december 1990 zijn in de rechtspraak en rechtsleer vragen gerezen naar de juiste draagwijdte ervan. Grosso modo werden drie mogelijke interpretaties naar voren geschoven⁶.

Volgens een eerste, ruime interpretatie van het arrest zou het gehele systeem van art. 319, § 3, B.W., in zoverre het de toestemming van de moeder beoogt, ongrondwettig zijn, in alle gevallen van erkenning van een kind door een man.

Deze interpretatie, die gebaseerd werd op sommige overwegingen van het arrest van 21 december 1990 met een algemeen karakter, was duidelijk in strijd met het dictum ervan, waarin uitdrukkelijk gezegd wordt dat de strijdigheid met de artt. 6 en 6bis Gw. slechts bestaat voor zover de erkenning uitgaat van «de man wiens (biologisch) vaderschap (t.a.v. het kind dat hij wenst te erkennen) niet is betwist». M.a.w. over het geval waarin de moeder wel degelijk het vaderschap betwist van de man die haar kind wenst te erkennen, heeft het arrest van 21 december 1990 geen uitspraak gedaan.

Volgens een tweede, teleologische interpretatie van het arrest zou de ongrondwettigheid van art. 319, § 3, B.W. slechts bestaan voor het geval dat niet betwistbaar is dat de man die het kind wil erkennen, de biologische vader van haar kind is, ofwel doordat de moeder toegeeft dat hij wel degelijk de verwekker is, ofwel doordat de moeder niet het bewijs levert van het tegendeel.

Volgens een derde, letterlijke interpretatie van de uitspraak, zou het voldoende zijn dat de moeder stelt dat de aspirant-erkenner niet de verwekker van haar kind is, opdat de vooropgestelde ongrondwettigheid van art. 319, § 3 B.W. geen toepassing kan vinden, zonder dat hierbij vereist wordt dat zij ook het bewijs levert van de afwezigheid van biologische band.

Juist wegens de onduidelijkheid betreffende de interpretatie van het arrest van 21 december 1990 hebben zowel het Hof van Beroep te Bergen als de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent nieuwe prejudiciële vragen gericht aan het Arbitragehof, dat daarover, na voeging van beide zaken, uitspraak heeft gedaan in het arrest van 8 oktober 1992.

6. Na de bevestiging van zijn principiële veroordeling van de regeling vervat in art. 319, § 3, eerste, derde en vierde lid, B.W., gaat het Arbitragehof thans nader in op de vraag naar de juiste draagwijdte van deze ongrondwettigheid.

In feite kunnen bij heel de regeling omtrent moederlijke instemming en mogelijkheid resp. verplichting voor de rechtbank waarnaar de zaak eventueel verwezen wordt om de machtiging tot erkenning te weigeren, vier hypothesen (in feite twee hypothesen met telkens twee subhypothesen) onderscheiden worden, al naargelang de aspirant-erkenner al dan niet de biologische vader is, en al naargelang de moeder de biologische band van de aspirant-erkenner al dan niet in vraag stelt.

a) + b) *De moeder stelt de biologische band van de kandidaat-erkenner niet ter discussie. De aspirant-erkenner is de biologische vader (1ste subhypothese) of is niet de biologische vader (2de subhypothese)*

In navolging van zijn arrest van 21 december 1990 zegt het Arbitragehof dat de wettelijke regeling de artt. 6 en 6bis Grondwet schendt in zoverre zij de erkenning van een minderjarig kind afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder ingeval deze het biologische vaderschap van de aspirant-erkenner niet betwist.

Het Arbitragehof voegt er thans uitdrukkelijk aan toe dat de strijdigheid met de Grondwet ook bestaat in zoverre de wettelijke regeling bepaalt dat de rechtbank waarnaar de zaak eventueel is verwezen, kan oordelen of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden, zelfs wanneer door de moeder niet is bewezen dat de verzoeker de vader niet is.

c) *De aspirant-erkenner is niet de biologische vader van het kind, en de moeder wil vermijden dat hij het vaderschap erkent*

Toegepast op deze hypothese wordt, naar het oordeel van het Arbitragehof, het gelijkheidsbeginsel *niet* geschonden door de regeling van art. 319, § 3, B.W. Het is juist dat er ook in dat geval een ongelijkheid bestaat tussen man en vrouw, want in het (zeer uitzonderlijke) geval dat de vaderlijke afstamming reeds zou vaststaan, en een vrouw die het kind niet gebaard heeft het zou willen erkennen, dan laat de wet niet toe dat de man zich van tevoren tegen een dergelijke erkenning zou verzetten (art. 313, § 1 B.W.).

Zulks is volgens het Arbitragehof nochtans geen discriminatie, omdat in deze hypothese man en vrouw zich objectief in verschillende situaties bevinden (= vergelijkbaarheids-toets), en wel in tweevoudig opzicht:

a) de vrouw die het kind gebaard heeft, is bijna altijd met zekerheid bekend, terwijl dit niet het geval is voor de man die het heeft verwekt;

b) de vrouw die het kind gebaard heeft, is, behoudens buitengewone omstandigheden (geslachtsgemeenschap met meerdere mannen ten tijde van de verwekking, donorinseminatie), op de hoogte van de biologische vaderlijke afstamming van het kind, terwijl dit voor een man in de regel niet het geval is.

⁵ SENAËVE, P., o.c., 1216, nr. 20.

⁶ Voor een overzicht, zie: BARTHOLOMÉE, V. en SOSSON, J., «La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990», J.T., 1991, 709-716.

Volgens het Arbitragehof zijn beide situatieverschillen tussen man en vrouw niet pertinent wat betreft de vraag wie in staat is de belangen van het kind te beoordelen (dit betreft geval a, waarin de biologische band niet ter discussie staat). Ze zijn slechts relevant wanneer het erom gaat de realiteit van de biologische band na te gaan.

Het Arbitragehof zegt dan ook voor recht dat de wettelijke regeling het gelijkheidsbeginsel *niet* schendt in zoverre zij de erkenning van een minderjarig kind afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder ingeval deze het biologische vaderschap van de aspirant-erkenner wél betwist, en dat zij het gelijkheidsbeginsel evenmin schendt in zoverre zij bepaalt dat de rechtbank naar wie de zaak eventueel is verwezen, de machtiging tot erkenning moet weigeren indien de moeder het bewijs levert dat de verzoeker niet de vader is.

d) De aspirant-erkenner is de biologische vader van het kind, en de moeder beweert dat er geen biologische band bestaat (ofwel omdat zij werkelijke twijfels heeft over de biologische band, ofwel omdat zij niet wenst dat de biologische vader ook juridische vader wordt van haar kind)

Voor deze hypothese oordeelt het Arbitragehof dat de wettelijke regeling aangaande de voorafgaande toestemming door de moeder, en de verplichting voor de man die met een weigering harerzijds geconfronteerd wordt, om de zaak voor de rechter te brengen, slechts tot doel heeft in voorkomend geval een onbetwistbaar nuttige indicatie te geven omtrent het al dan niet biologische vaderschap van de aspirant-erkenner. Het is slechts door een dergelijke regeling dat vermeden kan worden dat een man die niet de biologische vader is, het kind erkent. In het omgekeerde (weinig voorkomende) geval dat een vrouw een kind wenst te erkennen dat reeds een juridische vader heeft, zou het vragen van de voorafgaande toestemming van de vader, volgens het Arbitragehof, niet hetzelfde nut hebben.

Het Arbitragehof verantwoordt dit door te zeggen dat de moeder immers in de meeste gevallen aangewezen is door de geboorteakte en niet door een loutere akte van erkenning. Deze verantwoording is evenwel geenszins relevant aangezien het per hypothese juist gaat om het geval waarin de moeder juist niet door de geboorteakte is aangewezen (bv. anonieme bevalling in Frankrijk).

Hoe dan ook, voor deze hypothese zegt het Arbitragehof voor recht dat de wettelijke regeling niet ongrondwettig is in zoverre zij de erkenning afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder, maar dat zij wél ongrondwettig is in zoverre zij bepaalt dat de rechtbank waarnaar de zaak eventueel is verwezen, de machtiging tot erkenning al dan niet kan toestaan.

7. Aldus kan de al dan niet ongrondwettigheid van de wettelijke regeling van art. 319, § 3, B.W. als volgt schematisch worden voorgesteld:

	Toestemmings- vereiste van de moeder	Mogelijkheid resp. verplichting voor Rb. om machtiging te weigeren
a) biologische band, geen betwisting	ONGRONDW.	ONGRONDW.
b) biologische band, wél betwisting	GRONDW.	ONGRONDW.
c) geen biologische band, geen betwisting	ONGRONDW.	ONGRONDW.
d) geen biologische band, wél betwisting	GRONDW.	GRONDW.

8. Wat zijn nu de gevolgen van het arrest van 8 oktober 1992 voor de rechtspraak in het algemeen ⁷?

a) Op het niveau van de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris

Allereerst is het duidelijk dat, ook na de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992, de man die een minderjarig niet-ontvoogd kind wenst te erkennen, daartoe ofwel de voorafgaande toestemming van de moeder moet hebben, ofwel een procedure moet starten bij de vrederechter.

De ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen zijn niet gerechtigd om een erkenning door een man van een minderjarig kind te ontvangen zonder dat de moeder hierin toestemt (behalve uiteraard in het uitzonderlijke geval van art. 319, § 4, B.W.). Zolang art. 319, § 3, B.W. in zijn huidige versie niet is gewijzigd, zijn de openbare ambtenaren gehouden deze bepaling als dusdanig toe te passen ⁸. Art. 26, § 2, Wet Arbitragehof regelt uitsluitend het gezag van gewijsde van de op prejudiciële vraag gewezen arresten van het hof t.a.v. de rechtscollèges, niet t.a.v. openbare ambtenaren die hun ambt verlenen zonder dat er een geschil aanhangig is ⁹. Dergelijke arresten hebben geen precedentswaarde buiten de sfeer van de rechtscollèges.

b) Op het niveau van de vrederechter

Voor de vrederechter die kennis neemt van een verzoek uitgaande van de man die geen voorafgaande instemming heeft gekregen van de moeder, kunnen zich verscheidene gevallen voordoen.

– Ofwel verschijnt de opgeroepen moeder niet. In dat geval is het duidelijk dat de vrederechter de zaak moet verwijzen naar de rechtbank van eerste aanleg.

– Ofwel bereikt hij overeenstemming tussen de partijen. In dat geval zal hij, overeenkomstig het bepaalde in art. 319, § 3, derde lid, B.W., de nodige instemming(en) ontvangen.

– Ofwel verschijnt de moeder maar kan de vrederechter geen overeenstemming tussen haar en de aspirant-erkenner bereiken. In dat geval kunnen zich twee mogelijkheden voordoen.

- De moeder betwist voor de vrederechter de biologische band tussen de aspirant-erkenner en haar kind

In dit geval kan er geen discussie over bestaan dat de vrederechter niet gerechtigd is om de realiteit van de biologische band na te gaan, maar dat hij de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg moet verwijzen.

⁷ Voor de gevolgen voor de rechtscollèges die uitspraak moeten doen in de zaken zelf waarin de prejudiciële vragen werden gesteld, zie SENAËVE, P., o.c., 1216, nr. 23; BARTHOLOMÉE, V. en SOSSON, J., o.c., nr. 8.

⁸ Cf. *Parl.Vr.Antw., Kamer*, 1990-91, 14659, vr. nr. 667 van 18 maart 1991; *Parl.Vr.Antw., Senaat*, 1990-91, 1794, vr. nr. 117 van 23 mei 1991; BARTHOLOMÉE, V. en SOSSON, J., o.c., nr. 18.

⁹ Cf. KRINGS, E., «Beschouwingen over de gevolgen van de door het Arbitragehof gewezen arresten», *R.W.*, 1985-86, (481), 516, nr. 62.

- De moeder betwist niet dat de aspirant-erkenner wel degelijk de biologische vader is van haar kind, maar verzet zich tegen de voorgenomen erkenning om opportuniteitsredenen

Bartholomée en Sosson stellen dat in dit geval de vrederechter verplicht is, ofwel, om een beschikking te geven waarin hij vaststelt dat er geen betwisting is omtrent de biologische band tussen de aspirant-erkenner en het kind, en waarin hij voor recht zegt dat niets er zich tegen verzet dat de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris de erkenning ontvangt, ofwel om op zijn beurt een prejudiciële vraag te richten aan het Arbitragehof indien hij de stelling verwoord in de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 niet zou wensen te volgen.¹⁰

De eerste vraag die hierbij rijst, is of de precedentswaarde van de arresten gewezen op prejudiciële vragen alsook de bevoegdheid tot het stellen van een prejudiciële vraag, zoals geregeld in art. 26, § 2, Wet Arbitragehof, geldt voor alle rechtscolleges, niet alleen wanneer zij geroepen zijn uitspraak te doen in het kader van hun contentieuze rechtsmacht, maar evenzeer wanneer zij — zoals in casu¹¹ — geïndiceerd worden in het kader van de willige of oneigenlijke rechtsmacht. In zijn advies bij een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 28 juni 1983, merkte de Raad van State op dat de term «rechtscollege» noch in de tekst zelf noch in de memorie van toelichting werd gepreciseerd, en dat er twijfel kon rijzen over de toepassing van dit begrip op handelingen inzake willige rechtsmacht¹². Noch de wet van 28 juni 1983, noch die van 6 januari 1989, noch de voorbereidende teksten spreken zich evenwel over deze kwestie uit. Het stilzwijgen van de wetgever op dit punt kan nochtans moeilijk anders geïnterpreteerd worden dan als een bevestiging van de stelling dat «rechtscollege» in zijn organieke betekenis werd bedoeld, waarbij de aard van de door het rechtscollege verrichte handeling of de uitgeoefende rechtsmacht (contentieus dan wel willig) onverschillig is¹³.

De vergelijking kan worden gemaakt met de bevoegdheid van elke «nationale rechterlijke instantie» om overeenkomstig art. 177 EEG-Verdrag een prejudiciële vraag te richten aan het Hof van Justitie; het Hof te Luxemburg aanvaardt dat ook in geval van uitoefening van oneigenlijke rechtsmacht de nationale rechter een beroep doet op art. 177¹⁴.

Het antwoord op deze voorafgaande vraag neemt nochtans niet weg dat er geen enkele wettelijke basis bestaat waarop de vrederechter zijn bevoegdheid zou kunnen base-

ren om een vonnis te wijzen in de zin zoals door Bartholomée en Sosson aangegeven (dat volgens hen dan vatbaar zou zijn voor hoger beroep)¹⁵ en waardoor de rechtspleging een contentieus karakter zou krijgen. De door het Arbitragehof vastgestelde strijdigheid van bepaalde aspecten van de regeling van art. 319, § 3, B.W. veroorlooft geenszins te improviseren door aan een rechtscollege een gedingbeslissende rechtsmacht toe te kennen die de wet hem geenszins opdraagt¹⁶. Overigens bestaat er geen enkele bepaling die de moeder verplicht om ter gelegenheid van haar verschijning voor de vrederechter stelling te nemen omtrent de realiteit van het biologische vaderschap van de aspirant-erkenner, zodat aan haar verklaringen daaromtrent in dat stadium van de procedure onmogelijk dergelijke verstrekkende gevolgen kunnen worden toegekend.

c) Op het niveau van de rechtbank van eerste aanleg

Voor de rechtbank van eerste aanleg waarnaar de zaak eventueel verwezen wordt, kunnen zich opnieuw verscheidene gevallen voordoen.

1) Ofwel bewijst de moeder de afwezigheid van genetische band, eventueel na de rechtbank gevraagd te hebben een bloedonderzoek of een DNA-onderzoek te bevelen. Overeenkomstig art. 319, § 3, vierde lid, B.W. moet de rechtbank dan het verzoek van de aspirant-erkenner afwijzen.

2) Ofwel betwist de moeder het genetische vaderschap van de man niet, en dan kan de rechtbank zich gewoon schikken naar de stelling van het Arbitragehof in zijn arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992, en voor recht zeggen dat in zo'n geval de man het kind kan erkennen ook zonder de toestemming van de moeder¹⁷, zonder dat zij opnieuw een prejudiciële vraag dient te richten tot het Arbitragehof (art. 26, § 2, derde lid, 1° Wet Arbitragehof).

Strikt genomen is de rechtbank nochtans niet verplicht de visie van het Arbitragehof aangaande de ongrondwettigheid van art. 319, § 3, vierde lid, B.W. te volgen, maar dan is zij wel gehouden de prejudiciële vraag opnieuw te stellen aan het Arbitragehof. In dat geval lijdt het nochtans weinig twijfel, na de arresten van 1990 en 1992, dat het Arbitragehof opnieuw tot de ongrondwettigheid zal besluiten, zodat deze demarche, mede rekening houdend met de verplichting recht te spreken binnen een redelijke termijn (art. 6, lid 1, EVRM), eigenlijk uit den boze is¹⁸.

¹⁰ BARTHOLOMÉE, V. en SOSSON, J., o.c., 715, noot 91.

¹¹ In dezelfde zin: MELLAERTS, J., «Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering», T.P.R., 1991, (1139), 1171-1172, nr. 83bis;

¹² Toepassingen: Luik, 10 december 1991, J.L.M.B., 1992, 949, noot PIRE, D.; Rb. Luik, 12 april 1991, Rev. Trim. Dr. Fam., 1991, 391; Rb. Luik, 17 mei 1991, onuitg., aangeh. door PIRE, D., J.L.M.B., 1991, 1088; contra: Rb. Leuven, 13 mei 1991, onuitg., BRV 36.336, dat in zo'n geval de machtiging tot erkenning nog verleent op grond van de overweging dat deze niet strijdig is met de belangen van het kind.

¹³ Cf. m.b.t. het arrest van het Arbitragehof van 4 juli 1991: RIMANQUE, K., noot, T.Vred., 1991, (489), 492-493. Vgl. ook, over de repercuussies van art. 6, lid 1, EVRM op het stellen van prejudiciële vragen in het algemeen: VELAERS, J., Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof, Antwerpen, Maklu, 1990, nr. 529, pp. 400-401, en nr. 637, pp. 465-466.

¹⁰ BARTHOLOMÉE, V. en SOSSON, J., o.c., nr. 31.

¹¹ Zie HEYVAERT, A., in *Personen- en familierecht*, Kluwer, Antwerpen, losbl., B.W. ART. 319-8, nr. 13.

¹² *Gedr.St., Senaat*, 1980-81, nr. 704-1, advies Raad van State, p. 45.

¹³ In die zin: GILLET, E., *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Brussel, Nemesis, 1985, 69. Zie over deze kwestie ook SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 163, nr. 156; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 257 en 227-228.

¹⁴ H.v.J., 12 november 1974, Rev. Trim. Dr. Eur., 1975, 308; MERTENS DE WILMARS, J., «Procédurele aspecten van het prejudicieel beroep», S.E.W., 1975, (78), 80-81; KAPTEYN, P. en VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer, Deventer, 1987, 4e druk, 223.

In elk geval is de rechtbank niet gerechtigd om nog in verband met het belang van het kind een opportuniteitsoordeel te vellen over de gevraagde machtiging.

3) Ofwel betwist de moeder wel het genetische vaderschap van de man, maar onderneemt zij niets om haar stelling te bewijzen. In dat geval hoeft de aspirant-erkenner niet te bewijzen dat hij de verwekker is van het kind, aangezien de bewijslast rust op de moeder. Maar hier, zoals in alle andere afstammingsgeschillen, kan de rechtbank ook ambts-halve een bloedonderzoek of een DNA-onderzoek gelasten (art. 331octies B.W.), en zulks zal veelal ook de meest aangewezen wijze van handelen zijn¹⁹. Ingeval hieruit niet de afwezigheid van genetische band naar voren komt, kan de rechtbank voor recht zeggen dat het haar in zo'n geval niet toekomt de gevraagde machtiging tot erkenning te weigeren; het enige alternatief is opnieuw een prejudiciële vraag richten aan het Arbitragehof (zie onder hypothese 2).

4) Ofwel maakt de moeder verstek. Aangezien in dat geval niet wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is, zou het overeenkomstig het arrest van het Arbitragehof van 8 oktober 1992 strijdig zijn met de Grondwet om nog in opportuniteit te oordelen of de gevraagde machtiging al dan niet toe te staan. Ook hier zoals in hypothese 3) staat de rechtbank de gevraagde machtiging toe, tenzij zij zou verkiezen een nieuwe prejudiciële vraag te stellen.

9. In het arrest van 8 oktober 1992 stond de kwestie van de voorafgaande toestemming van *het kind zelf* zodra dit de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt (art. 319, § 3, tweede lid, B.W.) niet ter discussie, evenmin trouwens als in het arrest van 21 december 1990. Dit keer merkt het Arbitragehof dit uitdrukkelijk op, wellicht opdat er geen enkel misverstand zou rijzen hieromtrent. Maar ook over dat aspect kan de rechter die ermee geconfronteerd wordt natuurlijk, zelfs ambts-halve²⁰, een prejudiciële vraag richten aan het Arbitragehof i.v.m. de — betwistbare — conformiteit met de artt. 6 en 6bis Grondwet, nu de wet een dergelijke toestemming geenszins vereist voor de moederlijke erkenning van een kind van vijftien jaar of meer.

10. Na het arrest van 21 december 1990 heeft de Ministerraad geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om binnen zes maanden een beroep tot vernietiging tegen art. 319, § 3, B.W. in te stellen overeenkomstig art. 4, 2°, Wet Arbitragehof. Het lijkt weinig twijfel dat de Ministerraad daarvan thans evenmin gebruik zal maken.

De minister van Justitie bereidt inmiddels een wetsontwerp voor teneinde art. 319 B.W. en andere bepalingen uit het afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de Grondwet conform de inzichten daarover van het Arbitragehof²¹.

In de procedure voor het Arbitragehof heeft de Ministerraad overigens een memorie ingediend waarin zij het hof uitnodigde de in het arrest van 21 december 1990 vastgestelde ongrondwettigheid nader toe te lichten, teneinde de regering in staat te stellen een passende wetswijziging voor te

stellen om zo vlug mogelijk een einde te maken aan de rechts-onzekerheid die door de rechtspraak van het Arbitragehof is ontstaan. De Ministerraad gaf hierbij reeds te kennen dat deze wetswijziging wat haar betreft rekening zou moeten houden met bepaalde specifieke situaties zoals bv. de erkenning van een bij verkrachting verwekt kind.

Overigens verwees de Ministerraad in zijn memorie ook naar art. 3, punt 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind (V.R.K.), dat bepaalt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, ook die welke genomen worden door wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen. Hij gaf verder als zijn mening te kennen dat de mogelijkheid voor de rechtbanken om op het vlak van de erkenning uitspraak te doen in het hoger belang van het kind, *de lege ferenda* voorbehouden zou moeten worden voor bepaalde specifieke en uitzonderlijke gevallen.

Verwacht mag worden dat de komende wetswijziging niet beperkt wordt tot art. 319 B.W., maar dat van de gelegenheid gebruik gemaakt wordt om systematisch alle bepalingen aan te passen die problematisch zijn in het licht van de art. 6 en 6bis Grondwet en de artt. 8 en 14 EVRM^{22,23}.

In ieder geval zal de wetgever ook aandacht moeten besteden aan de overgangsrechtelijke bepalingen van de wet van 31 maart 1987. Dit is zeker het geval voor art. 107, eerste lid, van die wet in zoverre dit bepaalt dat uit de nieuwe regels aangaande het erfrecht, de testamenten en de schenkingen geen recht kan volgen in de erfenissen opengevallen vóór de inwerkingtreding, op 6 juni 1987, van de nieuwe afstammingswet. Het Arbitragehof heeft immers in zijn arrest van 4 juli 1991 beslist dat het oude art. 756 B.W. aangaande de erfrechten van buitenhuwelijkse kinderen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel in zoverre het, overeenkomstig de genoemde bepaling van overgangsrecht, nog toepasselijk is op nalatenschappen opengevallen vanaf 13 juni 1979 (tot 5 juni 1987)²⁴. Maar ook andere bepalingen van overgangsrecht, o.m. die aangaande de termijnen om bepaalde rechtsvorderingen in te stellen, zijn toe aan herformulering in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

11. Er zijn intussen ook reeds een aantal wetsvoorstellen bij het Parlement ingediend die beogen de problematiek beslecht door de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 een wetgevende oplossing te geven. We volstaan er hier mee ze op te sommen²⁵:

— wetsvoorstel-Moureaux van 9 januari 1991, opnieuw ingediend op 7 januari 1992²⁶;

²² Cf. VAN GYSEL, A.-C., «Notre droit de la filiation face aux inacceptables discriminations», *Journal des Procès*, 3 mei 1991, 9-11.

²³ Voor een overzicht van de bepalingen van de wet van 31 maart 1987 die mogelijk strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel, zie DE GAVRE, J., «Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle», *Rev.Dr.ULB*, 1990, 11-36.

²⁴ Arbitragehof, 4 juli 1991, *Staatsbl.*, 22 augustus 1991, 18144, *T.Not.*, 1991, 481, noot K. RIMANQUE

²⁵ Voor een korte commentaar op enkele van die wetsvoorstellen, zie SENAËVE, P., o.c., 1218, nr. 29.

²⁶ *Gedr.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1184/1 van 9 januari 1991; *BZ* 1991-92, nr. 50/1 van 7 januari 1992.

¹⁹ Toepassing inzake art. 319, § 3, B.W.; Rb. Aarlen, 7 juni 1991, *J.T.*, 1991, 747, noot.

²⁰ Zie VELAERS, J., o.c., 375-376, nr. 498.

²¹ Zie *Parl.Vr.Antw., Kamer*, 1990-91, 14659, vr. nr. 667 van 18 maart 1991.

— wetsvoorstel-Henrion, ingediend op 14 januari 1991, opnieuw ingediend door de Donnée en Foret op 15 januari 1992²⁷;

— wetsvoorstel-Cerexhe, oorspronkelijk ingediend op 26 oktober 1988 en toen nog louter gebaseerd op de strijdigheid van bepaalde artikelen van de wet van 31 maart 1987 met het EVRM; opnieuw ingediend op 29 april 1992 en thans

²⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1197/1 van 14 januari 1991; BZ 1991-92, nr. 101/1 van 15 januari 1992.

mede gebaseerd op de non-conformiteit met de artt. 6 en 6bis Grondwet²⁸

Patrick SENAEVE
Instituut voor Familierecht
K.U.Leuven

²⁸ *Gedr.St., Senaat*, 1988-89, nr. 464/1 van 26 oktober 1988; BZ 1991-92, nr. 324/1 van 29 april 1992.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

18 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Wathelet

Rapporteurs: de hh. François en Suetens

Advocaten: mrs Lambert, Verdussen, Bourtembourg en Coenraets

Openbaar ministerie — Tucht — Collegiale samenstelling van de tuchtoverheid — Art. 414 Ger.W. — Grondrechten — Gelijkheid

De wetgever heeft de artt. 6 en 6bis Gw. niet geschonden door in art. 414 Ger.W. het beginsel van een collegiale samenstelling van de bevoegde tuchtoverheid ten aanzien van de magistraten van het openbaar ministerie niet in werking te stellen.

G. t/ Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen

Arrest nr. 76/92

I. Onderwerp

Bij arrest van 21 november 1991 heeft het Hof van Cassatie het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schendt artikel 414 van het Gerechtelijk Wetboek, door aan de procureur-generaal bij het hof van beroep de bevoegdheid te verlenen om de onder hem staande magistraten van het openbaar ministerie de tuchtstraffen van waarschuwing, enkele censuur en censuur met berisping op te leggen, zonder de vervolgte magistraten de mogelijkheid te bieden om voor een rechtscollege dat uit verschillende leden bestaat te verschijnen, de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, nu de tuchtrechtelijk vervolgte rechters, hoewel ze ingevolge de artikelen 411 en 412 van het Gerechtelijk Wetboek door de voorzitters van de rechtbanken of door de eerste voorzitters van de hoven van beroep of van de arbeidshoven met dezelfde tuchtstraffen kunnen worden gestraft, overeenkomstig de artikelen 348 en 426 van het Gerechtelijk Wetboek, kunnen vragen om te verschijnen voor de algeme-

ne vergadering van de hoven van beroep of arbeidshoven, die zitting houden met elf naar rangorde eerste leden?»

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied

Door de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen gevraagd zich te verantwoorden naar aanleiding van het verwijt de grenzen van de bevoegdheid van een magistraat van het openbaar ministerie te hebben overschreden en zich in de plaats van een gerechtsdeurwaarder te hebben gesteld in het kader van een geschil met betrekking tot het bestuur over de persoon van minderjarige kinderen, nadat in een vorig tuchtonderzoek dat tegen hem was ingesteld, hem reeds een analoog verwijt was gemaakt, verzocht Georges S., magistraat van het openbaar ministerie te C., de procureur-generaal zetelend in tuchtzaken zich te zijnen opzichte onbevoegd te verklaren wegens schending door de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die de tuchtoverheid de dubbele bevoegdheid verlenen om te vervolgen en te be-rechten, van het recht van een ieder om gehoord te worden door een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank, dat is neergelegd in artikel 6, 1°, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in de algemene rechtsbeginselen.

De procureur-generaal heeft geweigerd dat verzoek in te willigen om de volgende redenen:

1. artikel 414, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek verleent hem de bevoegdheid om de onder hem staande magistraten van het openbaar ministerie de drie bij dat artikel bepaalde lichte tuchtstraffen op te leggen;

2. de ten aanzien van de leden van de rechterlijke orde gevoerde tuchtprocedures hebben geen betrekking op een betwisting betreffende burgerrechten in de zin van het voormelde Verdrag;

3. de ten aanzien van de betrokkene gevoerde tuchtprocedure houdt geen verband met een beschuldiging in strafzaken in de zin van hetzelfde Verdrag;

4. ten deze is het algemene beginsel van het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter, dat meer bepaald van toepassing is op de tuchtgerechten, niet geschonden.

Verder was de procureur-generaal van oordeel dat de betrokkene afbreuk had gedaan van de waardigheid van zijn

ambt, en hij heeft hem als tuchtstraf een schriftelijke waarschuwing gegeven.

De betrokkene heeft zich tot het Hof van Cassatie gericht om die tuchtrechtelijke uitspraak te laten vernietigen. Hij voerde met name aan dat die beslissing strijdig was met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet en met artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

In het eerste onderdeel van het eerste middel wordt gesteld dat de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet niet toelaten dat een willekeurig onderscheid wordt gemaakt tussen de leden van de rechterlijke orde betreffende het recht om in tuchtzaken door een onafhankelijk en onpartijdig rechter te worden berecht. Nu worden aan de magistraten van het openbaar ministerie de tuchtstraffen van waarschuwing, enkele censuur en censuur met berisping opgelegd zonder dat zij de mogelijkheid hebben om te vragen voor een collegiaal rechtscollege te verschijnen, terwijl de magistraten aan wie een dergelijke straf kan worden opgelegd door de (eerste) voorzitter van een rechtbank (of van een hof) kunnen vragen om te verschijnen voor de algemene vergadering van de hoven van beroep en van de arbeidshoven. Aldus schendt artikel 414 van het Gerechtelijk Wetboek de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet.

Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat in dat eerste onderdeel van het middel een prejudiciële vraag aan de orde is gesteld, die het in de hierboven weergegeven bewoordingen aan het Arbitragehof heeft voorgelegd.

...

V. In rechte

...

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft geen betrekking op alle in de memories van de eiser tot cassatie geuite grieven ten aanzien van het Gerechtelijk Wetboek: zij stelt het probleem van de bestaanbaarheid van de bepalingen betreffende de tuchtstraffen die aan de ambtenaren van het openbaar ministerie kunnen worden opgelegd met het beginsel van de onpartijdigheid niet in zijn geheel aan de orde; zij heeft evenmin betrekking op het feit dat een zelfde persoon in bepaalde gevallen gemachtigd is om te vervolgen en te veroordelen, noch op de mogelijkheid van een beroep van volle rechtsmacht tegen de bedoelde straffen. Het enige probleem dat aan de orde wordt gesteld, is dat de tuchtrechtelijk vervolgde magistraten van het openbaar ministerie als tuchtstraffen de waarschuwing, de enkele censuur en de censuur met berisping kunnen worden opgelegd, zonder dat zij de mogelijkheid hebben om te verschijnen voor een collegiaal samengesteld rechtscollege, terwijl de rechters in een dergelijk geval die mogelijkheid wel wordt geboden.

B.1.2. Uit artikel 412 van het Gerechtelijk Wetboek blijkt dat enkel de korpschef van de betrokken magistratuur of die van het onmiddellijk hogere rechtscollege bevoegd is om de waarschuwing te geven.

B.2. De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met inachtneming van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel als-

mede van de aard van de in het geding zijnde beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel.

B.3. Tot de rechten en vrijheden die aan de Belgen zijn toegekend en die bijgevolg krachtens artikel 6bis van de Grondwet zonder discriminatie moeten worden verzekerd, behoort niet een recht om in tuchtzaken te worden berecht door een orgaan waarvan de samenstelling van collegiale aard zou zijn.

De wetgever heeft weliswaar bepaald dat de zittende magistraten in bepaalde gevallen een dergelijke waarborg zou kunnen worden verleend. De hoedanigheid van aan de rechtsbedeling bijdragende magistratuur, die de ambtenaren van het openbaar ministerie met de magistraten van de zetel delen, houdt echter geenszins in dat de eerstgenoemden in tuchtzaken aan dezelfde regels zouden zijn onderworpen als de laatstgenoemden.

In tegenstelling tot de magistraten van de zetel hebben die van het openbaar ministerie geen rechtsprekende bevoegdheid: zij vervullen de plichten van hun ambt bij de hoven en rechtbanken om een juiste toepassing van de wet te vorderen, alsook om de vereisten van de openbare orde en het belang van een goede rechtsbedeling te verdedigen.

Door bij artikel 30 te bepalen dat de rechterlijke macht wordt uitgeoefend door de hoven en rechtbanken, en bij artikel 101 dat de Koning de ambtenaren van het openbaar ministerie benoemt en ontslaat, heeft de Grondwet zelf de basis gelegd voor een statuut en een organisatie van het openbaar ministerie die verschillen van die van de zittende magistratuur. Dat statuut en die organisatie worden met name gekenmerkt door de relaties van hiërarchische aard tussen de ambtenaren van het openbaar ministerie. Die relaties vloeien voort uit de concentratie, in de handen van de procureur-generaal bij het hof van beroep, van de leiding van de activiteit van alle parketmagistraten in het rechtsgebied van het hof, zoals die blijkt uit de artikelen 143 van het Gerechtelijk Wetboek en 27 van het Wetboek van Strafvordering.

Daaruit volgt dat de wetgever de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet niet heeft geschonden door het beginsel van een collegiale samenstelling van de bevoegde tuchtoverheid ten aanzien van de magistraten van het openbaar ministerie niet in werking te stellen.

Om die redenen,

Het Hof,

zeft voor recht:

Artikel 414 van het Gerechtelijk Wetboek houdt geen schending in van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 JUNI 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de heer Leclercq

Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Simont

Veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Ontslag – Economische of technische redenen – Voorafgaande erkenning – Faillissement – Bedrijfsactiviteit – Stopzetting – Begrip

Wanneer de curator van een failliet verklaarde vennootschap de leden die het personeel in het veiligheidscomité vertegenwoordigen, om economische of technische redenen wil ontslaan, moet hij in de regel die redenen vooraf door het bevoegde paritair comité laten erkennen.

Een vonnis van faillietverklaring met verwerping van een aanvraag van gerechtelijk akkoord doet geen uitspraak over de stopzetting van de werkzaamheden van de failliete vennootschap.

De B. t/ Faillissement N.V. U.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 juni 1990, onder nummer 90/1085, door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het eerste middel : schending van de artikelen 21, inzonderheid § 2, eerste lid, en § 7, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 16 januari 1967, waarvan § 2, eerste lid, bij artikel 5, § 1, van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en § 7 bij artikel 5, § 4, van hetzelfde besluit is vervangen, *1bis*, inzonderheid § 2, eerste lid, en § 7, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de arbeiders, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, als ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 16 januari 1967, waarvan § 2, eerste lid, bij artikel 10, § 2, van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en § 7, bij artikel 10, §§ 7 en 8, van hetzelfde besluit is gewijzigd, en 26 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978,

doordat het arbeidshof vaststelt dat de Rechtbank van Koophandel te Nijvel de N.V. U. failliet had verklaard, dat de aangestelde curators alle personeelsleden, met inbegrip van eiseres, bijzonder beschermde werknemer, had ontslagen, zonder voorafgaande raadpleging van het bevoegde paritair comité met het oog op de erkenning van economische of technische redenen tot verantwoording van het ontslag van beschermde werknemers, en dat op het verzoek tot herplaatsing niet was ingegaan, en het arbeidshof beslist dat de curator het paritair comité niet vóór het ontslag van de beschermde werknemers behoefde te raadplegen, op grond : «dat de curator, wanneer hij ter uitvoering van een vonnis van faillietverklaring of van ieder ander door de rechtbank van koophandel later uitgesproken vonnis alle personeelsleden van een failliete vennootschap ontslaat, niet proprio motu als werkgever ontslaat – wat de grondslag vormt van voormeld artikel *1bis*, § 2, eerste lid, maar zich slechts als gerechtelijk gevolmachtigde gedraagt naar een rechterlijke beslissing die uiteraard uitvoerbaar is zonder andere formaliteit dan die welke bij het Gerechtelijk Wetboek is voorgescreven, en inzonderheid zonder dat het ontslag van de bij de wetten van 10 juni 1952 of van 20 september 1948 bijzonder beschermde werknemers aan het bevoegde paritair comité behoeft te worden voorgelegd ; dat een rechterlijke beslissing uitgaat van een overheid, de Rechterlijke Macht, en derhalve en bovendien op zichzelf moet worden beschouwd als een maatregel van hogerhand, met onmiddellijke dwingende kracht, dat wil zeggen een geval van over-

macht, onder voorbehoud van artikel 26, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978»

...

Overwegende dat artikel *1bis*, § 2, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de arbeiders, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen onder meer bepaalt dat de leden die het personeel in het comité voor veiligheid en gezondheid vertegenwoordigen en de kandidaten slechts kunnen worden ontslagen om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegde paritair comité zijn erkend, en dat onder ontslag moet worden verstaan «iedere beëindiging van de overeenkomst door de werkgever...»;

Overwegende dat, eensdeels, op de verplichting om het paritair comité te raadplegen geen uitzondering bestaat ;

Dat, anderdeels, in de zin van die bepaling als ontslag geldt, niet alleen de beëindiging van de overeenkomst door de werkgever, maar ook de ontbinding van de overeenkomst door de curator van het faillissement ; dat de curator die in voormelde bepaling bedoelde werknemers wil ontslaan derhalve, in de regel, vooraf het bevoegde paritair comité moet raadplegen ;

Dat het arrest dat beslist dat de curator, die «ter uitvoering van een vonnis van faillietverklaring (...) alle personeelsleden van een failliete vennootschap ontslaat» niet aan die verplichting is onderworpen, artikel *1bis*, § 2, van de wet van 10 juni 1952 schendt ;

Dat het middel in zoverre gegrond is ;

Over het tweede middel : schending van de artikelen 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 21, inzonderheid § 2, eerste lid, en § 7, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, gewijzigd bij artikel 2 van de wet van 16 januari 1967, waarvan § 2, eerste lid, bij artikel 5, § 1, van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en § 7 bij artikel 5, § 4 van hetzelfde besluit is vervangen, *1bis*, inzonderheid § 2, eerste lid, en § 7, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de arbeiders, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, zoals het is ingevoegd bij artikel 5 van de wet van 16 januari 1967, waarvan § 2, eerste lid, bij artikel 10, § 2, van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en § 7 bij artikel 10, §§ 7 en 8, van hetzelfde besluit is gewijzigd, en 26 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978,

doordat het arbeidshof beslist dat het op 15 november 1984 door de Rechtbank van Koophandel te Nijvel gewezen vonnis van faillietverklaring de rechterlijke beslissing is waarbij aan de curators de verplichting wordt opgelegd om alle personeelsleden van de failliete vennootschap zonder voorafgaande raadpleging van het paritair comité te ontslaan, op grond «dat dit vonnis in zijn redenen onder andere vaststelt : het verlies van de vennootschap op 30 juni 1984 bedroeg ongeveer 292 miljoen en was op 31 augustus 1984 319 miljoen voor het dienstjaar 1984, zulks voor een maatschappelijk kapitaal van 415 miljoen frank ; dit verlies is gestegen niettegenstaande verschillende herstelplannen zijn opgemaakt en moeizaam zijn uitgewerkt ; – gezien de toestand volledig ontredderd was, werd op 17 september 1984 een buitengewone algemene vergadering gehouden, waarbij de raad van bestuur toestemming kreeg om een verzoek tot

een gerechtelijk akkoord door boedelafstand in te dienen ;
 — aan de hand van de niet betwiste gegevens van de gerechtelijke boekhoudkundige expertise (balans in het gerechtelijk akkoord : nettoverlies van 702.094.000 frank ; 702 miljoen activa maximum, bevoorrechte schuldvorderingen : 1.098.122.000 frank ; niet bevoorrechte schuldvorderingen : 363.021.000 frank), bleek dat het onmogelijk was dat de dividenden aan de niet bevoorrechte schuldeisers zouden worden uitgekeerd en dat alleen een paar bevoorrechte schuldeisers betaald zouden worden, aangezien het eindsaldo een tekort van ongeveer 760 miljoen frank bedroeg ; — het is niet bewezen dat het door de vennootschap gevraagde gerechtelijk akkoord het actief beter kan valoriseren, het passief aanzienlijk kan beperken en, dank zij de voorzetting van de werkzaamheden, de redding ervan beter kan organiseren en het gehele bedrijf zou kunnen worden overgedragen aan een derde of aan een nieuwe vennootschap ; — geen enkele van de eventuele verkrijgers heeft zich bereid verklaard om de activa binnen een zeer korte termijn over te nemen ; — zodanige vaststellingen in het op 15 november 1984 door de Rechtbank van Koophandel te Nijvel gewezen vonnis van faillietverklaring, alsmede de verwerping door die rechtbank van het verzoek tot gerechtelijk akkoord door boedelafstand, waarin ook werd gevraagd de werkzaamheden van het bedrijf ten dele voort te zetten, impliceren in dit geval noodzakelijk dat in beide zetels van de vennootschap elke werkzaamheid onmiddellijk werd stopgezet ; dat die stopzetting ook, en zulks in het belang zelf van alle schuldeisers, met inbegrip natuurlijk van de werknemers, betekent dat alle arbeidsovereenkomsten onmiddellijk worden beëindigd ; dat het feit dat een failliete vennootschap een zekere productie voortzet of hervat teneinde de nog in bewerking zijnde goederen af te maken en, a fortiori, het feit dat de nog in bewerking zijnde goederen zelf worden afgemaakt, niet als een bedrijfsactiviteit kan worden aangemerkt»,

...

Overwegende dat artikel 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen onder meer bepaalt dat de leden die het personeel vertegenwoordigen en de kandidaten slechts kunnen worden ontslagen om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegde paritair comité zijn goedgekeurd ; dat die raadpleging tot doel heeft elke discriminatie ten nadele van de beschermde werknemers te voorkomen ;

Overwegende dat, hoewel die bepaling in geen uitzondering voorziet, zodanige discriminatie uitgesloten is wanneer een rechtbank die over de voortzetting van de exploitatie van een bedrijf moet beslissen, beslist dat die exploitatie volledig wordt stopgezet, en de werkgever of de curator van het faillissement ter uitvoering van die beslissing alle personeelsleden gelijkelijk en terzelfder tijd of binnen een zeer korte tijd moet ontslaan ;

Overwegende dat het arrest bepaalde vaststellingen van het vonnis van faillietverklaring overneemt ; dat het arrest oordeelt dat die vaststellingen, alsmede de verwerping door de rechtbank van koophandel van het verzoek tot gerechtelijk akkoord door boedelafstand, met een verzoek tot gedeeltelijke voortzetting van de werkzaamheden, in casu noodzakelijk inhield dat alle werkzaamheden van de vennootschap onmiddellijk werden stopgezet ;

Dat het arrest met die overwegingen, niet steunt op een beslissing van de rechtbank van koophandel waarbij uitspraak is gedaan over de stopzetting van de werkzaamheden van de failliete vennootschap, maar wel op de beoordeling door het arbeidshof van de feiten die door die rechtbank werden vastgesteld en op zijn beoordeling van de draagwijdte van de verwerping van het verzoek tot gerechtelijk akkoord ;

Dat het arrest zijn beslissing dat de curators ingevolge het vonnis van de rechtbank van koophandel niet verplicht waren het paritair comité te raadplegen alvorens de beschermde werknemers te ontslaan, niet naar recht verantwoordt ;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 24 JUNI 1992

Voorzitter : de h. Stranard

Rapporteur : de h. Lahousse

Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bitshoven

Advocaat : mr. Draps

Herhaling — Na veroordeling met uitstel — Berekening van termijn

Wanneer een beklaagde tevoren met uitstel is veroordeeld en het uitstel niet is herroepen, gaat de in art. 56, tweede lid, Sw. bedoelde termijn van vijf jaar «sinds hij zijn straf heeft ondergaan» in bij het verstrijken van de opgelegde proeftijd.

B.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 maart 1992 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen ;

...

Overwegende dat eiser op 27 juni 1984 door de Correctionele Rechtbank te Charleroi werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie jaar met uitstel voor de tenuitvoerlegging van de gehele straf, voor de duur van vijf jaar te rekenen van dit vonnis ;

Dat die maatregel niet werd herroepen ;

Dat bovengenoemd vonnis op het ogenblik van de feiten van deze zaak, namelijk de nacht van 13 op 14 juli 1990, in kracht van gewijsde was gegaan ;

Overwegende dat krachtens artikel 56, tweede lid, van het Strafwetboek hij die tot een gevangenisstraf van ten minste een jaar is veroordeeld kan worden veroordeeld tot het dubbele van het maximum van de bij de wet op het wanbedrijf gestelde straf, indien hij «het nieuwe wanbedrijf pleegt voordat vijf jaren zijn verlopen sinds hij zijn straf heeft ondergaan of sinds zijn straf verjaard is» ;

Overwegende dat uitstel een maatregel in verband met de tenuitvoerlegging van de straf is in die zin dat de beslissing waarbij het wordt verleend, de veroordeelde voor de bij die beslissing bepaalde duur geheel of ten dele ontslaat van de tenuitvoerlegging van de straf ;

Overwegende dat de veroordeelde gedurende de proeftijd wel gehouden is tot de naleving van algemene verplichtingen

of van algemene en specifieke verplichtingen, naargelang hij gewoon dan wel probatieuitstel geniet;

Overwegende dat bij het verstrijken van die termijn en mits het uitstel niet is herroepen, de straf niet meer ten uitvoer kan worden gelegd, aangezien de vrijstelling van de tenuitvoerlegging ervan definitief geworden is;

Dat het derhalve op dat ogenblik is dat de straf geacht wordt ondergaan te zijn;

Dat het arrest, nu het beslist dat eiser ten dezen op het ogenblik van de feiten in staat van wettelijke herhaling verkeerde, aangezien hij die feiten minder dan 5 jaar na het verstrijken van de bij de voorwaardelijke veroordeling opgelegde proeftijd gepleegd had, naar recht is verantwoord;

...

NOOT – In dezelfde zin: G. Schuind, *Traité pratique de droit criminel*, I, 143. Anders: Hof Luik, 23 maart 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1012, en de noot van F. Kefer. De conclusie van advocaat-generaal B. Janssens de Bitshoven zal t.z.t. gepubliceerd worden in de *Pasicrisie*.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 30 SEPTEMBER 1992

Voorzitter: de h. Ghislain

Raadsheer-rapporteur: de h. Fischer

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Vogel

Betekening en kennisgeving – Woonplaats – Begrip

Luidens art. 36 Ger.W. moet onder woonplaats in de zin van dat wetboek worden verstaan de plaats waar de persoon op de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf.

Terecht leidt de rechter daaruit af dat niet de aanvraag tot adresverandering, maar pas de inschrijving in de nieuwe gemeente de eigenlijke verandering van woonplaats bewerkt.

¹Gelet op het bestreden vonnis, op 31 maart 1992 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel;

Over het middel aangevoerd in de memorie van eiser waarvan een voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht:

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat luidens artikel 36 van het Gerechtelijk Wetboek, onder woonplaats in de zin van dat wetboek moet worden verstaan: de plaats waar de persoon op de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf;

Overwegende dat de appelrechters, door te vermelden «dat (eiser) vergeefs aanvoert dat zijn (op 19 augustus 1988) ingediende aanvraag tot verandering van woonplaats de nietigheid tot gevolg heeft van de betekening van een exploot aan het adres dat (eiser) wenst te verlaten; dat moet worden vastgesteld dat niet de aanvraag tot adresverandering, maar pas de inschrijving in de nieuwe gemeente, te dezen Eigenbrakel, de eigenlijke verandering van woonplaats bewerkt;

dat te dezen (eiser) pas op 9 februari 1990 werkelijk te Eigenbraken werd ingeschreven», hun beslissing naar recht verantwoorden dat «het op 7 september 1989 ten aanzien van (eiser) gewezen verstekvonnis hem op volkomen regelmatige wijze werd betekend»;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

NOOT – Zie ook Cass., 14 november 1989, *R.W.*, 1989-90, 1258.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 28 JUNI 1991

Voorzitter: de h. De Smet

Raadsheren: de hh. Staessens en Brugmans

Openbaar ministerie: de h. De Wilde, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Van Malleghem en Van Hecke

Voorrecht – Kosten tot behoud van de zaak – Behouden zaak

Voor levering en plaatsing van een thermostaat en een droger alsmede levering van freongas met betrekking tot de opslag van gevogelte in een koelinstallatie kan de leverancier aanspraak maken op het voorrecht van een schuldvordering voor kosten tot behoud van de zaak, als blijkt dat ontstentenis van de gefactureerde onderhouds- en herstellingswerkzaamheden het bederf zou hebben meegebracht van de opgeslagen koopwaar die de curator in de diepvries heeft aangetroffen. Die inhoud van de installatie moet als de door toedoen van de leverancier behouden zaak worden aangemerkt.

Faillissement N.V. L. t/ O.V.B.A. K.

1. In een proces-verbaal van inventaris van 17 oktober 1980 heeft de curator aangetekend dat de gefailleerde N.V. L. gevogelte kocht, het liet slachten en bewerken door de P.V.B.A. N. (een vennootschap waarvan de zetel aan hetzelfde adres als die van de N.V. L. gevestigd was en die eveneens op 16 oktober 1980 in staat van faillissement verklaard werd) en het nadien verkocht.

Zulk een handelsactiviteit vergt uiteraard het gebruik van een koelinstallatie, zowel voor de opslag van het produkt in het bedrijf als bij het vervoer ervan naar de klant. Het spreekt ook vanzelf dat aan zulke installaties regelmatig onderhouds- en herstellingswerkzaamheden verricht moeten worden, waaronder toevoeging of verversing van het koelingsprodukt freongas. Het staat vast dat de N.V. L., die dit aan geïntimeerde toevertrouwde, haar op de dag van het faillietverklarend vonnis betaling verschuldigd bleef van 37.236 fr., gezamenlijk bedrag van drie facturen waarin geïntimeerde zulke werkzaamheden in rekening bracht m.b.t. de koelinstallatie van een vrachtwagen (fact. nr. 655/80 van 15 juli 1980 ad 26.405 fr.) en m.b.t. de koelinstallatie binnen het bedrijfsgebouw (fact. nr. 425/80 van 28 juni 1980 ad 4.516 fr. en fact. nr. 983/80 van 8 september 1980 ad 6.315 fr.).

De blijvende onenigheid van partijen betreft de vraag of het gaat om kosten die kunnen worden aangemerkt als ge-

maakt tot behoud van de zaak in de zin van art. 20, 4°, van de Hypotheekwet.

In zijn eerste vonnis, dat van 5 september 1985, oordeelde de eerste rechter dat de aanspraak op voorrecht ongegrond was wat betreft de factuur nr. 655/80 en het daarin voor herstelling «van koeling vrachtwagen» in rekening gebracht bedrag van 26.405 fr. Meteen werden de debatten heropend met verzoek aan partijen om m.b.t. de twee overige facturen voor nadere inlichtingen te zorgen.

Op grond van de overweging dat geïntimeerde niet gehouden is te bewijzen dat de gefailleerde niet over meerdere installaties beschikte en dat zij genoegzaam voldaan had aan de verplichting «om de zaak te individualiseren» werd haar vordering uit de twee overige facturen bij vonnis van 5 december 1980 in het bevoorrecht passief opgenomen.

2. In zoverre het gericht is tegen het vonnis van 5 september 1985, komt het hoger beroep onontvankelijk voor. In zoverre daarin beslist wordt nopens de factuur nr. 655/80 (de vrachtwagen) gaat het om een eindvonnis. Tot aanwending van het rechtsmiddel tegen dit vonnis beschikt de curator over geen belang nu dit vonnis beslist in de zin zoals door hem voorgestaan en nu geïntimeerde van haar kant geen incidenteel beroep er tegen ingesteld heeft.

3. Nodeloos werd de rechtsstrijd tot aan de sluiting der debatten toegespitst op de vraag of de onderhouds- en herstellingswerkzaamheden waarvan sprake is in de factuur nr. 425/80 (levering en plaatsing van nieuwe thermostaat en droger) en in de factuur nr. 983/80 (voornamelijk levering van 6,5 kgr freongas) aan een roerende koelinstallatie besteed werden, dan wel aan een installatie die door incorporatie als onroerend moet worden aangemerkt en of te dezen al dan niet onderscheid moet worden gemaakt tussen de koelinrichting en de motoren die aan een derde toebehoren.

Ook zonder aanwending van «persoonlijke kennis» van de rechter maar ingevolge algemene bekendheid lijdt het niet de minste twijfel dat ontstentenis van de gefactureerde onderhouds- en herstellingswerkzaamheden het bederf zou hebben meegebracht van de opgeslagen koopwaar. De behouden zaak betreft zeer zeker de geslachte kippen en kuikens en de kippefilets die de curator in het bedrijf aangetroffen heeft. Blijkens zijn inventaris van 17 oktober 1980 stak de «ingebouwde diepvries volledig vol» met zulke goederen. Daar de twee facturen slechts een paar maanden vóór het faillissement gedateerd zijn, lijdt het niet de minste twijfel dat de inhoud van de daarin besproken installatie als door toedoen van geïntimeerde behouden zaak moet worden aangemerkt, d.i. als voorwerp van het door haar ingeroepen voorrecht dat door de curator daadwerkelijk in het actief aangetroffen werd.

NOOT – Kosten tot behoud van de zaak gemaakt

I. Inleiding. Het voorrecht voor de kosten gemaakt tot behoud van de zaak heeft in de rechtspraak aanleiding gegeven tot de meest uiteenlopende beslissingen.

De talrijke rechtspraak in deze materie is te verklaren door de uiterst gunstige rang die het voorrecht bekleedt in de hiërarchie der roerende voorrechten. (Overeenkomstig artikel 22 Hyp.W. hebben de kosten gedaan voor de bewaring van de zaak, voorrang op de vroegere voorrechten. Bovendien heeft het voorrecht voor kosten gemaakt tot behoud van de zaak voorrang boven alle algemene voorrech-

ten, met uitzondering van de gerechtskosten en begrafeniskosten. Zie daaromtrent De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1962, VII, nr. 316).

De schuldeisers die menen om een of andere reden over geen voorrecht te kunnen beschikken, pogen vooralsnog argumenten aan te voeren om toch art. 20, 4°, Hyp.W. te kunnen inroepen.

De algemene omschrijving van het voorrecht werd reeds genoegzaam en voldoende grondig geanalyseerd (Parijs, R., «Het voorrecht van de kosten gemaakt tot behoud van de zaak», *B.R.H.*, 1988, 421; Caeymaex, J., *Handboek der roerende zekerheden*, Luik, 1988, 19/1-19/10; Dirix, E. en De Corte R., *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1989, 87-92).

Voor een nauwkeurige omschrijving van de «aard van de schuldvordering» wordt hier enkel verwezen naar het casuatiearrest van 9 maart 1972, dat een vrij ruime interpretatie geeft aan het voorrecht waar het Hof dit voorrecht toekent aan de schuldeisers die kosten hebben gemaakt, zonder welke de zaak niet alleen geheel of gedeeltelijk zou zijn tenietgedaan, maar ook niet meer geschikt zou zijn voor het gebruik waartoe ze bestemd was. (Cass., 9 maart 1972, *R.W.*, 1972-73, 302; *Pas.*, 1972, I, 641, *J.T.*, 1972, 406, met noot Sorrel, R.; zie ook Cass., 12 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1038, *R.W.*, 1978-79, 1039; Cass., 11 juni 1987, *T.B.H.*, 1987, 405, met noot, *Pas.*, 1987, I, 1255).

In het hierboven weergegeven arrest van het Hof van Beroep te Gent wordt een vrij merkwaardige interpretatie gegeven aan het voorrecht voor kosten gemaakt tot behoud van de zaak.

De betwisting betrof de vraag of de onderhouds- en herstellingswerkzaamheden aan de koelinstallatie in het bevoorrecht passief konden worden opgenomen op grond van art. 20, 4°, Hyp.W.

De handelsactiviteit van het gefailleerde bedrijf bestond in het kopen en verkopen van gevogelte. Hiervoor waren koelinstallaties noodzakelijk.

Het Hof van Beroep stelt in het geannoteerde arrest een vrij opmerkelijke oplossing voor en oordeelt dat niet de koelinstallatie, de behouden zaak is, maar wel de geslachte kippen, kippefilets,... die de curator op het ogenblik van het faillissement daadwerkelijk als actief heeft aangetroffen in de betrokken koelinstallatie.

II. Interpretatie van het begrip behouden zaak en analyse van de motivering. In het geannoteerde arrest is op de eerste plaats de interpretatie van het begrip «behouden zaak» aan de orde.

Hierna zal worden onderzocht in welke mate de «behouden zaak» al dan niet voldoet aan de vereiste voorwaarden om het voorrecht te kunnen inroepen.

a. *De behouden zaak moet een roerend goed zijn.* De bedoeling van de wetgever bij het tot stand komen van de wettekst betreffende het voorrecht voor kosten gemaakt tot behoud van de zaak is duidelijk: vermijden dat degene die kosten heeft gemaakt tot behoud van welbepaalde activabestanddelen, de nadelige gevolgen van de samenloop moet ondergaan.

Desalniettemin werd een dubbele beperking vastgelegd: het betreft een *bijzonder voorrecht op roerend goed*.

Enkel het behoud van roerende zaken komt in aanmerking, het kan zowel een lichamelijk als een onlichamelijk roerend goed betreffen (Luik, 13 december 1955, *Pas.*, 1956, II, 7; Luik, 18 maart 1970, *Jur.Liège*, 1969-1970, 257; Kh.

Mechelen, 14 april 1980, *B.R.H.*, 1981, 450; De Page, H., o.c., nrs. 200-201; Kluyskens, A., «Beginnelsen van burgerlijk recht», VI, *Voorrechten en Hypotheken*, Gent, 1927, nr. 121).

De onroerende goederen worden derhalve uitgesloten, ook de goederen die onroerend zijn geworden door bestemming of incorporatie (over het begrip onroerend door bestemming, zie o.m. Fally, J., «Réflexions sur l'immobilisation par destination industrielle ou commerciale», *R.C.J.B.*, 1961, 199; Hansenne, J., «Considérations sur l'immobilisation par destination économique en général et sur l'immobilisation des moyens de transport en particulier», *R.C.J.B.*, 1981, 176; Verbraeken, C., «L'immobilisation par destination des véhicules de transport», *J.T.*, 1981, 407) of incorporatie (Kh. Brussel, 26 juni 1984, *T.B.H.*, 1985, 312; Luik, 14 januari 1986, *J.T.*, 1986, 184, met noot Caeymaex, J.; Rb. Antwerpen, 13 juni 1985, *T.Not.*, 1986, 259).

Indien de kosten tot behoud evenwel betrekking hebben op bedrijfsuitrustingsmateriaal gebruikt in nijverheids-, handels- of ambachtsondernemingen, kan het voorrecht behouden blijven indien een voor eensluidend verklaard afschrift van de factuur wordt neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel conform artikel 20, 5°, Hyp.W.

Dit dient te gebeuren binnen vijftien dagen na de levering en heeft tot gevolg dat het voorrecht behouden blijft gedurende vijf jaar (art. 20, 5°, derde lid, Hyp.W.) (Bergen, 30 september 1981, *Pas.*, 1981, II, 136; indien de vereiste publiciteitsmaatregel niet werd nagekomen kan het voordeel van het voorrecht uiteraard niet ingeroepen worden; zie Bergen, 22 maart 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 331, met noot Lechien, D.; Geinger, H., Colle, Ph. en Van Buggenhout, C., «Het faillissement en het gerechtelijk akkoord. Overzicht van rechtspraak, 1975-1989», *T.P.R.*, 1991, 591, nr. 259).

In de praktijk wordt zelden gebruik gemaakt van deze mogelijkheid (Bergen, 22 maart 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 331, met noot Lechien D.).

Door die publiciteitsmaatregel wordt ten aanzien van die schuldeisers de wijziging van juridische natuur, zijnde van roerend goed naar onroerend goed door bestemming of incorporatie, ongedaan gemaakt.

Ook in het geannoteerde arrest heeft de betrokken schuldeiser deze mogelijkheid wellicht uit het oog verloren. De betrokken koelinstallatie is bedrijfsuitrustingsmateriaal dat evenwel onroerend is geworden door bestemming of incorporatie, zodat hij bij gebreke van publiciteit het voorrecht niet kan inroepen.

In eerste aanleg heeft de rechtbank van koophandel het probleem van de onroerendwording van de koelinstallatie niet opgemerkt en de vordering tot opname in het bevoorrecht passief gegrond verklaard.

In hoger beroep ware het voldoende geweest op grond van het verlies van het roerend karakter van de behouden zaak het beroep gegrond te verklaren.

b. *Er is een rechtstreeks verband vereist tussen de gemaakte kosten en de behouden zaak.* De gemaakte kosten dienen een rechtstreeks en noodzakelijk oorzakelijk verband te vertonen met het behoud van welbepaalde activabestanddelen die nog voorhanden zijn op de datum van de samenloop (Brussel, 4 december 1980, *Rev.Rég.Dr.*, 1981, 337; Luik, 28 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 857, met noot Caeymaex, J.).

De kosten die er op indirecte wijze toe bijgedragen hebben dat bepaalde activa in stand werden gehouden komen niet in aanmerking.

Het is op dit niveau dat het Hof, een ontoelaatbare extensieve interpretatie toestaat van het voorrecht van 20, 4°, Hyp.W.

Volgens het Hof is de behouden zaak niet de koelinstallatie, maar wel de geslachte kippen en kippefilets die zich in de koelinstallatie bevonden op het ogenblik van het faillissement.

De kosten die werden gemaakt, hadden duidelijk enkel betrekking op de koelinstallatie zelf: de onderhoudsbeurt (levering van freongas) en de herstellingen (herstellen van thermostaat en droger) staan niet in rechtstreeks verband met de koopwaar die zich toevallig op het ogenblik van het faillissement in de koelinstallatie bevond.

Het arrest gaat voorbij aan de werkelijke bedoeling van de wetgever.

Het Hof van Cassatie heeft zich trouwens reeds uitgesproken in een soortgelijke betwisting.

In zijn arrest van 24 april 1986 wordt aan een energieleverancier wiens levering van gas en elektriciteit de exploitatie van koelcellen had verzekerd, het voorrecht geweigerd op de bederfelijke waar aanwezig in de koelcel, omdat precies zijn kosten niet op rechtstreekse wijze geleid hadden tot het behoud van de koopwaar (Cass., 24 april 1986, *Pas.*, 1986, I, 1039, *R.W.*, 1986-87, 822, *J.T.*, 1987, 84).

c. *De behouden zaak moet individualiseerbaar zijn en teruggevonden worden in de activa van het faillissement.* Zoals hierboven reeds is gezegd, is het voorrecht voor kosten gemaakt tot behoud van de zaak een bijzonder voorrecht op roerend goed.

Dit impliceert dat het voorrecht noodzakelijkerwijs slaat op een welbepaald, voorafbestaand (Cass., 18 mei 1987, *T.B.H.*, 1988, 756, met noot Raes, S.) vermogensbestanddeel dat geïndividualiseerd en geïdentificeerd moet kunnen worden.

Het Hof heeft, evenwel voortbouwend op een onjuist uitgangspunt, oog gehad voor het vereiste van individualiseerbaarheid.

Er werd met name nagegaan of de koopwaar die – ten onrechte – als behouden zaak werd gekwalificeerd, dezelfde was op het tijdstip van het maken van de kosten als de koopwaar die werd aangetroffen op datum van het faillissement.

Die redenering kan moeilijk gevolgd worden.

Het is de bedoeling van de wetgever geweest om aan de schuldeiser die een bepaalde «meerwaarde» heeft verschaft aan een welbepaald vermogensbestanddeel, te beschermen.

Er moet een zekere materiële connexiteit bestaan.

Het vereiste van individualiseerbaarheid betekent dat het voorrecht geen universaliteit tot voorwerp kan hebben.

Het ware evenwel niet ondenkbaar dat in de hier besproken betwisting, de schuldeiser het behoud van de handelszaak zou hebben ingeroepen.

In de rechtspraak van de voorbije jaren is met name verschillende malen gebleken dat de schuldeiser die het behoud van een universaliteit inriep toch enig gehoor vond bij de rechtbanken (zie o.m. Ledoux, J.L., «Les sûretés réelles. Chronique de jurisprudence», *J.T.*, 1981, 323, *J.T.*, 1986, 308; Heurterre, P., «Voorrechten en hypotheeken. Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1978, 1202).

Stellen dat het onderpand betrekking kan hebben op verschillende afzonderlijke roerende goederen zou van het be-

doelde voorrecht een algemeen voorrecht op roerend goed maken, wat strijdig is met de wet.

Het behoud van een handelszaak als een «roerende algemeenheid» is een stelling die niet voldoet aan de vereisten van art. 20, 4°, Hyp.W. (Brussel, 30 april 1987, *T.B.H.*, 1988, 468).

De eerste reden hiervoor is dat voorrechten strikt dienen geïnterpreteerd te worden (aangezien de voorrechten en hypotheken een uitzondering vormen op de regelen van de artikelen 7 en 8 Hyp.W., dienen zij in elk geval strikt geïnterpreteerd te worden; zie o.m. *Nov.*, tome IV, nrs. 1871-1881; Moreau-Margrève, I., «Evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 183, pp. 100-101; Van Compennolle, «Les sûretés réelles en droit belge», in *Les sûretés*, Feduci, 1984, p. 95-96, nr. 53). Algemene bewarende maatregelen die de werking van de handelszaak in haar geheel ten goede komen, kunnen geenszins aanvaard worden.

Bovendien kan de samenstelling van de handelszaak variëren (naast lichamelijke of onlichamelijke roerende goederen, kunnen ook goederen die onroerend zijn geworden deel uitmaken van de handelszaak) en hebben de gemaakte kosten veelal niet het behoud van de handelszaak zelf bewerkstelligd maar enkel het voortzetten van de handelsbedrijvigheid mogelijk gemaakt, wat het invoeren van het voorrecht onmogelijk maakt (Luik, 28 maart 1988, (twee arresten), *J.L.M.B.*, 1988, 857, met noot Caeymaex, J.; Brussel, 28 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 729, met noot Parmentier, C., *J.T.*, 1991, 524).

III. *Besluit.* Tot besluit kan worden gesteld dat de afgrenzing van de onderscheiden begrippen vermeld in art. 20, 4°, Hyp. W. controversieel blijft.

Desalniettemin heeft de rechtspraak van de voorbije jaren een aantal vrij fundamentele toetsingscriteria vastgelegd.

Twee vragen die door de rechter in dezen niet omzeild kunnen worden zijn:

- welke zaak *ut singuli* werd effectief behouden?
- bestaat er een voldoende rechtstreeks en noodzakelijk oorzakelijk verband tussen de gemaakte kosten, waarvoor vergoeding wordt gevorderd, en het effectief behoud van de welbepaalde zaak?

Toch werd in het onderhavige arrest deze problematiek onvoldoende onderkend en werd zelfs het toepassingsgebied van art. 20, 4°, Hyp. W. uitgebreid.

Het is om die reden dat met de door het Hof verdedigde stelling, niet kan worden ingestemd.

Zeer beperkende interpretatie van het voorrecht voor kosten gemaakt tot behoud van de zaak blijft vereist.

Christine Van Heuverswyn
Assistente R.U.G.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

2e KAMER – 19 NOVEMBER 1991

Voorzitter: de h. Romain

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Somers en Vangronsveld

Advocaten: mrs. Croux en Berghs

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Begrip – Merchandiser

De «merchandiser» is geen handelsvertegenwoordiger. De verkooppunten worden door de werkgever geëxploiteerd. Deze draagt daarbij een deel van het beheer ervan aan het warenhuis over; het deel dat hij voor zich houdt, wordt door de «merchandiser» uitgeoefend.

N.V. D. t/ A.

Het vonnis a quo neemt aan dat A. de functie van een handelsreiziger vervuld heeft voor de N.V. D., en veroordeelt de werkgever derhalve om aan de werknemer een aanvulling inzake loon, vakantiegeld en opzegvergoeding te betalen, alsmede een uitwinningsvergoeding.

De N.V. D. komt in hoger beroep ten einde te horen zeggen dat de werknemer niet de hoedanigheid van een handelsvertegenwoordiger had.

Het Hof bevindt dat het zich bij de stelling van appellante kan aansluiten; wij overwegen daarbij inzonderheid het volgende:

1) Het arbeidscontract bepaalt dat geïntimeerde voornamelijk de functie van merchandiser zal uitoefenen in de clientèleverkooppunten die hem door appellante aangewezen zullen worden; deze functie omvat het aanvullen van de rekken overeenkomstig de «bijbel op de merchandising»; hij zal ook andere activiteiten mogen uitoefenen, zoals leveringen, prospectie, administratief werk; maar daar dit niet de hoofdzaak is, kan men besluiten dat geïntimeerde de hoedanigheid van een handelsvertegenwoordiger niet uit het arbeidscontract kan afleiden.

2) De daadwerkelijke inhoud van de arbeidsrelatie blijkt met de gestipuleerde termen overeen te stemmen. Uit de overgelegde activiteitenverslagen, die de laatste zes maanden van de tewerkstelling bestrijken, en die door geïntimeerde zelf zijn opgemaakt, treedt zelfs naar voren dat hij geen prospectietaken verricht heeft.

3) De werknemer wiens activiteit erin bestaat in warenhuizen de rekken aan te vullen ter uitvoering van rechtstreeks tussen de werkgever en de directie van die warenhuizen gesloten overeenkomsten, is geen handelsvertegenwoordiger. De verkooppunten in kwestie worden door de werkgever geëxploiteerd, die daarbij een deel van het beheer aan het warenhuis opdraagt; het deel dat hij voor zich houdt, wordt met behulp van de merchandiser uitgeoefend. Dat de aanvulling van de rekken gebeurt bij wege van bestelbons of orderformulieren verandert niets aan de aard van de zaak. Hetzelfde geldt voor het feit dat de merchandiser wordt bijgestaan door een hulpkracht voor het verrichten van het materieel werk; dit bevestigt integendeel de werkelijke aard van de activiteit, nl. zorgen voor een goede werking van de verkooppunten die de merchandiser zijn toevertrouwd. De benaming «*gérant linéaire*» geeft uitdrukking aan deze realiteit. Er is geen aanleiding om tot verdere investaties daaromtrent over te gaan.

4) Premies en felicitaties uit hoofde van de verwezenlijkte omzet zijn volledig verenigbaar met de functie van merchandiser en maken van de betrokken werknemer geen handelsvertegenwoordiger. De werkgever heeft er belang bij, personeelsleden op wie hij geen rechtstreeks toezicht heeft op

die wijze te motiveren om ervoor te zorgen dat de verkoop- punten steeds volledig en aantrekkelijk bevoorrad zijn.

5) Het betoog van geïntimeerde in verband met nieuwe clientèle, die door hem zou zijn aangebracht, is in strijd met hetgeen uit de activiteitsstaten afgeleid mag worden over de inhoud van zijn werkzaamheden. Appellante vestigt daaren- boven met reden de aandacht op de verklaringen van Unic en Sarma; hieruit blijkt dat de N.V. D. niet alleen contrac- ten sluit met warenhuisketens, maar ook met aankoopcen- trales waarbij kleinhandelaren aangesloten zijn; de daaruit resulterende klantenfiches hebben uiteraard niets met de eigenlijke prospectie te maken, doch slechts met de imple- mentering van de op hoger niveau verwezenlijkte overeen- komst.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE MECHELEN

3e KAMER — 15 DECEMBER 1989

Voorzitter: de h. Peeters

Rechters: de hh. Hellemans en Wuyts

Advocaten: mrs. Kools, Van Nuffelen, Van den Bergh loco

Verreydt, Lens en De Cuyper loco Vankesbeeck

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Ouders voor hun minderjarige kinderen — Zoon die buiten het weten van zijn ouders hun voertuig tijdelijk wegneemt en er een ongeval mee veroorzaakt

1. Als een minderjarige zoon, werkzaam in de herberg van zijn ouders, pas een rijbewijs heeft en verbod heeft gekregen zonder begeleiding van zijn vader met diens auto te rijden, en nog maar eenmaal in aanwezigheid van zijn vader heeft gereden, maar bij de eerste gelegenheid heimelijk de in de huiskamer ge- legen autosleutels wegneemt, vervolgens de in de omgeving van de woning geparkeerde auto van zijn ouders neemt, ermee op stap gaat, zich zwaar bedrinkt en uiteindelijk een ongeval veroorzaakt waarbij niet alleen de auto van zijn ouders maar ook nog twee andere wagens zwaar beschadigd worden, wijst dit erop dat zijn ouders te kort zijn geschoten in hun opvoedings- en bewakingsplicht.

Van der M. e.a. t/ D. e.a.

Overwegende dat de hogere beroepen van beide burger- lijk aansprakelijken en de N.V. G.J., naar vorm en termijn regelmatig zijn ingesteld;

...

Overwegende dat de ouders van de beklaagde, de tweede en derde gedaagde, vooralsnog betwisten dat zij burgerrech- telijk aansprakelijk zouden zijn voor hun zoon: 1) primair omdat hun zoon een «gebruiksdiefstal» pleegde en 2) sub- sidiair omdat zij het vermoeden van aansprakelijkheid weer- leggen en aantonen dat zij hem een goede opvoeding hebben gegeven en de onrechtmatige daad van hun zoon niet heb- ben kunnen beletten;

Overwegende dat het vermoeden van burgerrechtelijke aansprakelijkheid dat art. 1384, tweede lid, B.W. (en art. 67 W.V. verwijst ernaar uitdrukkelijk) ten laste van de ouders van een minderjarige legt, volgt uit de verplichting welke op

hen rust hun kinderen op te voeden en te bewaken; dat dit vermoeden evenwel weerlegd kan worden;

Dat de door de ouders van beklaagde primair opgeworpen omstandigheid dat hun minderjarige zoon een «gebruiks- diefstal» pleegde door het tijdelijk gebruiken van hun voer- tuig buiten hun weten om, niet de weerlegging vormt van het vermoeden van aansprakelijkheid maar er eerder op wijst dat zij te kort zijn geschoten in hun opvoedingsplicht;

Dat hun 19-jarige zoon, beklaagde, ten tijde van de feiten werkzaam was in hun eigen herberg; dat, nu deze minder- jarige zoon pas een rijbewijs had verkregen en verbod had gekregen zonder begeleiding van vader met diens autovoer- tuig te rijden, en zulk rijden in aanwezigheid van vader nog maar eenmaal was gebeurd, wijst de handelwijze van de zoon, beklaagde, die bij de eerste gelegenheid heimelijk de autosleutels welke in de huiskamer lagen, wegneemt, vervol- gens het in de omtrek van de woning geparkeerde voertuig van de ouders neemt, ermee op stap gaat, zich zwaar be- drinkt en uiteindelijk een ongeval veroorzaakt waarbij niet alleen het voertuig van de ouders, maar ook nog andere voertuigen zwaar beschadigd werden; dat de ouders, 2e en 3e gedaagde, te kort zijn geschoten in hun opvoedings- en bewakingsplicht; dat in concreto blijkt dat zij hun zoon niet voldoende het besef hebben bijgebracht de richtlijnen van de ouders te volgen en als herbergiers hun zoon niet te heb- ben doen inzien zich te onthouden van drankmisbruik vooral bij het sturen van een autovoertuig;

Overwegende dat de echtelieden er niet mee kunnen vol- staan te bevestigen dat zij hun minderjarige zoon een goede opvoeding hebben gegeven en dat zij de feiten niet hebben kunnen verhinderen wanneer in concreto blijkt dat zij in hun opvoedings- en bewakingsplicht te kort zijn geschoten; dat zij derhalve burgerrechtelijk aansprakelijk dienen te worden verklaard, niet alleen voor de schadevergoedingen en de kosten maar ook voor de uitgesproken geldboete;

...

NOOT — Zie in dezelfde zin Rb. Ieper, 16 februari 1988, R.W., 1989-90, 755; in andere zin: Corr. Tongeren, 25 no- vember 1987, R.W., 1989-90, 755.

VREDEGERECHT TE TORHOUT

29 OKTOBER 1991

Rechter: de h. Vandierendonck

Advocaten: mrs. Daenens en Arnou

Huur — 1. Volledig tenietgaan van het gehuurde goed — Einde van de huurovereenkomst — 2. Aansprakelijkheid van de huurder voor brand — Vermoeden van schuld — Te- genbewijs

1. Het volledig tenietgaan van het gehuurde goed, waardoor het niet meer dienstig kan zijn voor de huurder, maakt de huur- overeenkomst zonder voorwerp, zelfs indien het verlies aan de huurder is te wijten. Ten gevolge van het wegvallen van het voor- werp neemt de huurovereenkomst een einde.

2. De huurders slagen er niet in het op hen rustende vermoeden van schuld bij brand van het gehuurde goed te weerleggen, als zij, wetende dat zij een zeer oude en bescheiden woning hu-

ren, met een houten plafond en met zolderbalken op de schouw, hun woningen verlaten hebben terwijl er twee houtkachels reeds geruime tijd aan het branden waren.

V. en De C. t/ D. en A.

1. Feiten en voorafgaande gegevens

1. Partijen waren verbonden door een schriftelijke huurovereenkomst voor onbepaalde duur, tegen een maandelijks huurprijs van 4.000 fr., geïndexeerd.

2. De woning werd wegens een brand, ontstaan op 10 december 1988, nagenoeg volledig vernield. Hiervan werd een strafdossier opgesteld, dat werd geseponeerd.

3. De verwarming gebeurde met houtkachels, waarvan een toestel in de woonkamer en één in de keuken was geplaatst. Ze waren allebei aangesloten op hetzelfde rookkanaal, dat zonder kromming uitgaaf op de schouw op het dak.

4. In het brandverslag van de Rijkswacht wordt «oververhitting» als vermoedelijke brandoorzaak opgegeven. Volgens de verbalisanten ontstond de brand via de houtkachel in de keuken. De zolderbalken die op de schouwmuur lagen en waarvan er zelfs één in de schouw stak, hebben vuur gevat. Het vuur nam gemakkelijk uitbreiding omdat het plafond uit hout bestond en alles zeer droog was. De vuurhaard was vooral te situeren in de keuken waar alles uitgebrand was.

5. Er werd naderhand door eisers een klacht ingediend tegen verweerders wegens diefstal van drie binnendeuren uit de op dat ogenblik leegstaande woning. Na een opsporingsonderzoek, waarbij een vrijwillige huiszoeking gebeurde, vermeldde de Rijkswacht dat de woning van eisers totaal afgelegen is en dat mogelijk voorbijgangers de deuren hebben meegenomen voor brandhout.

Er was geen verzekering voor de inboedel en huurdersaansprakelijkheid en het gebouw was grovelijk onderverzekerd (1 miljoen fr.).

2. In rechte

2.1. Ontbinding van de huurovereenkomst lastens verweerder

1. Eisers vorderen de ontbinding van de huurovereenkomst op grond van de wanprestaties van verweerders door onder meer in gebreke te blijven sedert september 1988 de maandelijks huurprijs te betalen, zodat op het ogenblik van de brand er een huurachterstand was van vier maanden, door aan de verwarmingssysteem van de woning essentiële veranderingen te hebben aangebracht zonder de toestemming te vragen, door geen verzekering te hebben aangegaan voor brandgevaar, wat hun uitdrukkelijk was opgelegd bij de huurovereenkomst en ten slotte door na de brand de woning te hebben verlaten, zonder de afgifte van de sleutels en zelfs zonder eisers hiervan op de hoogte te brengen.

2. Zelfs zonder de brand zouden eisers, althans volgens hun oordeel, gerechtigd zijn geweest de ontbinding te vorderen op grond van artikel 1741 B.W.

3. Verweerders van hun kant beroepen zich op de toepassing van artikel 1722 B.W. om te stellen dat de huurovereenkomst van rechtswege ontbonden was op 10 december 1988. Bij gebrek aan voorwerp bestond aldus vanaf dat ogenblik geen overeenkomst meer. Aldus zouden eisers geen ontbinding meer kunnen vorderen van een overeenkomst die reeds als ontbonden moet worden beschouwd.

4. Terecht voeren verweerders het arrest aan van 28 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 369; *R.C.J.B.*, 1987, 70, noot P. A. Foriers), waarin aangenomen werd dat het totaal verlies van het huurgoed, waarbij het gehuurde goed niet meer dienstig kan zijn voor de huurder, de huurovereenkomst zonder voorwerp maakt, *zelfs indien het verlies te wijten is aan de huurder*. Als de zaak vergaat, neemt het huurcontract een einde. In dat geval is toeval of overmacht (art. 1722 B.W.) of schuld van één der partijen (art. 1741 B.W.) zonder belang (*Merchiers, Y.*, «Overzicht van rechtspraak 1984-1989 – Huur van onroerende goederen», *T.Vred.*, 1990, 198; *Idem, Le bail en général, RépNot.*, T. VIII, Livre I, 1989, nrs. 553 e.v., p. 282).

5. Het hoogste Hof refereerde derhalve aan het begrip van voorwerp van het contract om aan te nemen dat de overeenkomst een einde had genomen. Door de onmogelijkheid waarin de verhuurders verkeerden om het rustig huurgenot te verlenen over het huurgoed, is de overeenkomst zonder voorwerp geworden.

6. Het tenietgaan van de zaak dient beoordeeld te worden naar de bestemming van het gehuurde goed, in casu privé-bewoning. Totaal verlies van de zaak dient te worden aangenomen, telkens als het gehuurde goed niet meer kan worden gebruikt volgens zijn bestemming of voor het beoogde gebruik onmogelijk is geworden. Uit de feitelijke vaststellingen van de verbalisanten dient te worden afgeleid dat van bewoning geen sprake meer kon zijn na de brand, zodat dient te worden besloten tot een totaal verlies van de zaak, zelfs al was het gehuurde goed materieel niet volledig vernield.

7. Aldus dient te worden vastgesteld dat de huurovereenkomst zonder voorwerp is komen te vallen door het totaal vergaan van de zaak wegens de brand van 10 december 1988. De overeenkomst dient dan ook te worden geacht een einde te hebben genomen op 10 december 1988, wegens verdwijning van het voorwerp van de overeenkomst.

8. De schuldvraag is evenwel niet zonder belang voor de toekenning van eventuele schadevergoeding, m.a.w. laat dit de beoordeling van de toepasselijkheid van de artikelen 1722 B.W. of 1741 B.W. onverlet. Hierop wordt infra nader ingegaan.

9. De vordering van eisers tot ontbinding van de huurovereenkomst is te dezen irrelevant, nu de huur van rechtswege is tenietgegaan op 10 december 1988 door het totaal verlies van de zaak, dus van het voorwerp van de overeenkomst. De rechtbank kan zulks alleen maar vaststellen. In dit verband kan slechts een declaratief vonnis uitgesproken worden, met andere woorden kan de rechtbank slechts nagaan of aan de voorwaarden van de ontbinding is voldaan (*Foriers, P.A.*, «Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause», *R.C.J.B.*, 1987, 79 in fine; *La Haye en Vankerckhove, Le louage de choses, Les baux en général, Nouvelles, Droit civil*, t. VI, 1, nr. 437, p. 210). Dit belet de rechtbank echter niet te onderzoeken of de beëindiging van de huurovereenkomst door het verlies van de zaak niet te wijten is aan de schuld van de ene of gene partij (art. 1741 B.W.), of anderzijds vast te stellen dat de huurovereenkomst een einde heeft genomen wegens het tenietgaan van het gehuurde goed door toeval (art. 1722 B.W.). «Le sort du louage est une chose, le droit a réparation en est une autre» (*La Haye en Vankerckhove, o.c.*, nr. 447 in fine).

10. Nochtans moet worden opgemerkt dat volgens het leerstuk van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten met doorlopende prestaties wegens wanprestatie van één van de partijen, deze ontbinding in beginsel eerst ingaat op de dag van de eis, zodat de ontbinding dus naar de gevolgen ervan terugreikt tot de datum van de voor het gerecht ingestelde rechtsvordering (Cass., 29 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 2627).

11. De eis van eisers tot ontbinding werd ingesteld op 6 juli 1989. De overeenkomst dient echter reeds van rechtswege ontbonden te worden geacht vanaf 10 december 1988, zodat de ontbindingsvordering van eisers geen voorwerp meer heeft, voor zover gegrond op de achterstallige huur, gebrek aan verzekering voor de huurdersaansprakelijkheid, verlaten van de woning na de brand. In voormelde hypothese zou de huur immers slechts ontbonden worden met ingang van de dag van de vordering, d.i. 6 juli 1989. Zoals hierboven echter gesteld sluit zulks de mogelijke toepasselijkheid van artikel 1741 B.W. niet uit daar ook dat artikel de hypothese van het volledig vergaan van het gehuurde betreft, waardoor de huurovereenkomst *van rechtswege ontbonden is*, doch dan wel in de omstandigheid dat het tenietgaan van het gehuurde goed te wijten moet zijn aan de fout van een partij.

12. Eisers baseren echter hun ontbindingsvordering eveneens op de mogelijkheid geregeld door artikel 1741 B.W., waarbij het gehuurde goed teniet is gegaan, doch door de schuld of fout van de verweerders en wel door de brand die aan hen te wijten zou zijn. Hiertoe beroepen zij zich ook op artikel 1733 B.W., hetwelk een vermoeden van schuld instelt ten aanzien van de huurders.

13. Uit het onderling verband tussen de artikelen 1732 en 1733 B.W. blijkt dat bij brand de huurder niet noodzakelijk moet bewijzen dat de brand door overmacht is ontstaan. Hij moet slechts bewijzen dat de brand *buiten zijn schuld* heeft plaatsgehad (Cass., 29 november 1984, *R.W.*, 1986-87, 542; Cass., 19 november 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 213). Dit is trouwens de nieuwe libellering van artikel 1733 B.W. Daarbij is artikel 1733 B.W., voor het geval van brand, een toepassing van de algemene verplichting van de huurder om het gehuurde goed terug te geven (Cass., 19 april 1951, *R.W.*, 1952-53, 305).

14. Verweerders dienen, om zich van het vermoeden van schuld te bevrijden, geen positief bewijs te leveren van de werkelijke oorzaak van de brand, doch volstaan door het negatief bewijs te leveren, hetgeen uit de omstandigheden kan blijken, die evenwel beslissend moeten zijn of uit afdoende vermoedens.

15. Nu voeren verweerders aan dat de brand is ontstaan door een gebrek in de bouw, zodat zij zich bevrijd achten van enige aansprakelijkheid. De constructie van de balken was van die aard dat oververhitting en zelfontbranding ontstond, die zich via het houten plafond heeft voortgezet. De brand zou aldus zijn ontstaan door de gebrekkige plaatsing van de balken wat als een gebrek in de bouw zou zijn te beschouwen.

16. Volgens de gegevens verstrekt door de verbalisanten is de brand *vermoedelijk* ontstaan door oververhitting door de houtkachel in de keuken. De zolderbalken lagen op de schouwmuur en zelfs stak er één balk in de schouw. Ook het plafond bestond uit hout. De woning werd verwarmd met

houtkachels waarvan één in de woonkamer en één in de keuken, maar aangesloten op dezelfde schoorsteen.

17. Partijen zijn het erover eens dat het een woning is van rond de 80 jaar dus van juist na de eeuwwisseling. De constructie van zo'n gebouwtje is dan ook volgens de toen geldende bouwtechnische mogelijkheden en inzichten uitgevoerd. Er wordt de rechtbank niets meegedeeld nopens verbouwingen in de loop van de jaren, zodat moet worden verondersteld dat geen wezenlijke verbouwings- en aanpassingswerken werden uitgevoerd. Het betreft aldus een zeer bescheiden bouwconcept.

18. Evenmin is enig bewijs geleverd dat er zich verhuurdersherstellingen opgedrongen hadden, en het wordt ook niet beweed. Alleen wordt aangevoerd dat het een verouderd door slijtage aangevreten huis betrof.

19. Terwijl eisers beweren dat de verwarmingsinstallatie bij de aanvang van de huur uit gasradiatoren bestond, en verweerders dit systeem zouden hebben vervangen door het plaatsen van houtkachels, ontkennen verweerders dit. Eisers kunnen geen beschrijvende staat van het goed bij de intrede voorleggen waarin dit op onweerlegbare wijze wordt vastgesteld. Ook na de brand is niet vastgesteld door een of andere beschrijving of expertise, dat het aanvankelijke verwarmingssysteem werd vervangen. Enkel werd in de huurovereenkomst opgenomen dat er zich twee gasradiatoren bevonden (art. 10). Hieruit blijkt toch een aanwijzing dat de verwarming gebeurde met gasradiatoren, daar bovendien geen gewag gemaakt wordt van andere verwarmingsbronnen.

20. De enige thans nog relevante vraag is of het aansluiten van twee houtkachels op één enkele schoorsteen met rookkanaal zonder kromming, waarbij de huurders de toestand en ouderdom van de woning kenden, meer in het bijzonder het plafond van de woning, zonder echter kennis te dragen van de aanwezigheid van een balk in de schouw, als een fout dient te worden beschouwd.

21. Nog op te merken valt dat niet bewezen wordt dat de balk werkelijk door de schouw zat, dit wil zeggen in het rookkanaal zelf.

22. Daarbij komt nog dat verweerders niet aanwezig waren toen de brand uitbrak. Dit betekent dat zij de twee brandende houtkachels hebben achtergelaten, zodat de werking ervan niet in het oog kon worden gehouden. Daar er oververhitting is geweest, moet hieruit worden afgeleid dat de kachels een meer dan normale temperatuur hebben ontwikkeld. En houtkachels produceren op zich reeds verbrandingsgassen van veel hogere temperatuur dan iedere andere warmtebron voor huisverwarming.

23. In hoofdzaak is de oorzaak van de brand dan ook terug te brengen tot het ongecontroleerd achterlaten van brandende houtkachels, die een dusdanige temperatuur hebben ontwikkeld dat er oververhitting van de balken ontstond. Toen verweerders hun woning verlieten waren de kachels reeds een hele tijd aan het branden, gelet op het tijdstip van de dag en periode van het jaar, waardoor het rookkanaal reeds een bepaalde temperatuur had, die niet laag geweest kan zijn, gezien de temperatuur die verbrandingsgassen van houtkachels kunnen hebben.

24. Wanneer kachels ongecontroleerd verder branden, kunnen zij in zeer korte tijd een zo hevige warmte ontwikkelen, dat oververhitting bijzonder snel kan optreden en in dit verband is het dan ook niet onzinnig te stellen dat dit zelfs mogelijk was in het korte tijdsverloop tussen het ver-

laten van de woning en het uitbreken van de brand, te meer daar twee houtkachels op één rookkanaal waren aangesloten.

25. Verweerders dienden er zich bovendien rekenschap van te hebben gegeven dat het plaatsen van houtkachels als verwarmingssysteem risicovol was, daar zij de toestand van de woning kenden. Zij wisten bij de aanvang van de huur dat het een zeer oude en bescheiden woning betrof die niet volgens de nieuwste bouwtechnieken was opgetrokken, hetgeen nog geen bewijs is van een gebrek, en konden zien dat de zolderbalken op de schouw lagen en het een houten plafond betrof. Dat één balk in de schouw zat doch niet erdoor, zodat er geen rechtstreekse verbinding was met het rookkanaal, duidt op zich niet op een gebrek in de schouw.

26. Verweerders behoorden te weten dat het aansluiten van houtkachels — die heden ten dage wel een gangbare verwarmingstoepassing is, doch berust op nieuwere industriële technieken waarbij de verbranding veel heviger is dan bij de oudere verwarmingstechnieken als de open haard en Leuvense kachel — een hoger risico inhield, zodat ze nooit onbewaakt mochten worden achtergelaten.

27. Er zij trouwens nog aan toegevoegd dat de aanwezigheid van twee gasradiatoren eerder wijst op een verwarmingssysteem met gasradiatoren en dat het wijzigen van dit systeem op risico van verweerders gebeurde.

28. Verweerders slagen er aldus niet in het vermoeden van schuld dat op hen rust om te keren. Aldus dient de overeenkomst geacht te worden te zijn ontbonden ten laste van verweerders, die de schuld dragen voor het volledig vergaan van de zaak.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 26 maart 1991

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Vergoeding wegens blijvende arbeidsongeschiktheid van werknemer ten gevolge van een arbeidsongeval — Belastingbaarheid als bedrijfsinkomen — Werkelijk loonverlies niet vereist

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 7 februari 1990:

«Overwegende dat het arrest dat aanneemt dat 'het brutoloon in aanmerking moet worden genomen voor de vastlegging van de rechten van de arbeidsongevallenverzekeraar, nu vaststaat dat de vergoedingen inzake arbeidsongevallen, als vervangend inkomen, aan belastingen onderworpen zijn', beslist dat de belastingen die het slachtoffer zal moeten betalen op de toegekende schadevergoedingen, gelijk zijn aan de lasten die het bedrijfsinkomen van het slachtoffer zouden bezwaren;

«Overwegende dat artikel 32bis, eerste lid, van het Wetboek van Inkomstenbelastingen, ingevoegd bij artikel 19 van de wet van 5 januari 1976 betreffende de budgettaire voorstellen 1975-1976, bepaalt: 'Tot de in artikel 20, 5°, bedoelde inkomsten behoren, ongeacht de schuldenaar, de verkrij-

ger, de benaming en de wijze waarop ze worden toegekend, de pensioenen en de lijfrenten of tijdelijke renten, alsmede de als zodanig geldende toelagen die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking hebben op een in artikel 20, 1° tot 3°, bedoelde beroepswerkzaamheid of die het gehele of gedeeltelijke herstel van een bestendige derving van winsten, bezoldigingen of baten uitmaken';

«Dat de wetgever met die wetsbepaling, juncto artikel 20, 5°, beoogt als bedrijfsinkomen belastbaar te stellen, onder meer, de vergoedingen die als sociaal 'vervangingsinkomen' aan werknemers toekomen wegens een blijvende arbeidsongeschiktheid, met name wegens een blijvende arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door een arbeidsongeval;

«Dat voor de toepassing van artikel 32bis in dezen niet is vereist dat de belastingplichtige in de belastbare periode, vergeleken met zijn vroeger loon, werkelijk een loonverlies ten gevolge van de opgelopen arbeidsongeschiktheid heeft geleden.»

(Voorzitter: de h. D'Haenens — Rapporteur: de h. Forrier — Openbaar ministerie: de h. Declercq — Advocaat: mr. Bützler — In de zaak: V.-Van de W. e.a. t/ N.V. A.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 september 1992

Verzekering — Motorrijtuigen — Bestuurder houder van een Italiaans rijbewijs, maar nog niet in het bezit van het vereiste attest van de gemeente van zijn verblijfplaats — Regresvordering — Afgewezen — Art. 25.6 modelpolis — Verenigbare interpretatie

Het bestreden arrest (Hof Luik, 17 december 1990) oordeelt dat de regresvordering van eiseres niet moet worden toegewezen, nu de verzekerde wel degelijk houder was van een Italiaans rijbewijs, ook al had hij dit niet, omdat hij nog niet zo lang in België was, aan de gemeente van zijn verblijfplaats voorgelegd tot verkrijging van het in art. 2, § 1, C, van het K.B. van 1 februari 1977 vermelde attest, waarvan niet betwist wordt dat het gaat om een administratieve formaliteit, terwijl evenmin gesuggereerd wordt, zelfs niet impliciet, dat het Italiaanse rijbewijs niet alle vereiste waarborgen verstrekke. Het middel van eiseres wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat (...) eiseres, naar luid van artikel 25.6 van de litigieuze verzekeringspolis een regresvordering kan instellen 'op de verzekeringsnemer en, indien daartoe grond bestaat, ook op de verzekerde die niet de verzekeringsnemer is' onder meer 'wanneer het motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval bestuurd wordt door een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden door de Belgische wet en reglementen voorgeschreven om dat motorrijtuig te mogen besturen, bijvoorbeeld door een persoon die van zijn recht om te besturen vervallen verklaard is of een persoon die de vereiste minimumleeftijd niet bereikt heeft';

«Overwegende dat het arrest niet ontkent dat de bestuurder van het verzekerde voertuig op het ogenblik van het ongeval niet voldeed aan de Belgische wet; dat het integendeel uitdrukkelijk vaststelt dat die bestuurder een wettelijke verplichting heeft geschonden en zegt dat 'de partijen van die verplichting een contractuele verplichting hebben gemaakt';

«Dat het arrest echter, met verwijzing naar 'de geest van de overeenkomst (...) die goed tot uiting wordt gebracht in de voorbeelden die de betwiste tekst geeft', oordeelt dat, gelet op de omstandigheden van de zaak die het vaststelt en in feite beoordeelt, de niet-inachtneming van een administratieve formaliteit het verhaal van eiseres niet kan wettigen, 'daar het beginsel 'overeenkomst-wet' uitgelegd en toegepast moet worden aan de hand van het beginsel dat de overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht»;

«Overwegende dat het hof van beroep dus van voormelde clausule 25.6 geen met haar bewoordingen onverenigbare uitlegging geeft en derhalve de bewijskracht van de verzekeringsovereenkomst waarin ze voorkomt niet miskent, maar dat het, overeenkomstig artikel 1156 van het Burgerlijk Wetboek, de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen verkiest boven de letterlijke zin van de woorden en aan die clausule de gevolgen toekent welke die te goeder trouw ten uitvoer gebrachte clausule, volgens de uitlegging van het arrest, wettig tussen de partijen heeft;

«Dat het arrest derhalve noch de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek noch de artikelen 1134, 1135 en 1156 van dit wetboek schendt.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : de h. Verheyden – Openbaar ministerie : mevr. Liekendael – Advocaat : mr. Houtekier – In de zaak : C.V. De S. t/ B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 september 1992

Gemeenschap en gewest – Aan de gewesten overgedragen goederen – Wegen – Hangende gerechtelijke procedure – Uitspraak na 1 januari 1989 – Veroordeling van de Staat – Onwettig

Het bestreden arrest (Hof Luik, 21 december 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat de vordering van de verweersters strekt tot vergoeding van de schade ten gevolge van een ongeval dat op 12 december 1981 heeft plaatsgehad op de autosnelweg Luik-Namen, die destijds tot het openbaar domein van de Staat behoorde ;

«Overwegende dat, overeenkomstig de artikelen 57, §§ 2 en 4, en 82 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, de roerende en onroerende goederen van de Staat, zowel behorend tot het openbaar als tot het privaat domein, die ressorteren onder de bevoegdheid van de Gewesten onder meer krachtens artikel 6, § 1, X, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, waaronder de wegen en hun aanhorigheden, sinds 1 januari 1939 van rechtswege zonder vergoeding worden overgedragen aan het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest naar gelang van hun ligging ;

«Dat § 5 van hetzelfde artikel 57 bepaalt, enerzijds, in het eerste lid, dat de Gemeenschappen en de Gewesten de rechten en verplichtingen van de Staat overnemen die hen krachtens dit artikel zijn overgedragen, met inbegrip van de rechten en verplichtingen verbonden aan hangende en toekomstige gerechtelijke procedures, anderzijds, in het tweede lid,

dat de Staat de verantwoordelijkheid blijft dragen voor de verplichtingen waarvan de betaling of de uitvoering kon worden geëist voor de eigendomsoverdracht wat de goederen betreft waarvan sprake is in dit artikel ;

«Overwegende dat de verplichtingen waarvoor de Staat de verantwoordelijkheid blijft dragen de verplichtingen zijn waarover een rechterlijke beslissing is gewezen die vóór 1 januari 1989 in kracht van gewijsde is gegaan ;

«Overwegende dat het arrest, door de Belgische Staat, na die datum, te veroordelen om de gevolgen van het litigieuze ongeval te dragen, de door eiser aangewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : mevr. Liekendael – Advocaten : mrs. De Bruyn en Simont – In de zaak : Belgische Staat t/ N.V. A. en R.)

BOEKEN

M.V.C. AALDERS en R.J.J. van ACHT (red.), **Afspraken in het milieurecht**, Centrum voor Milieurecht – Universiteit van Amsterdam, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 145 pp.

Dit boekje bundelt de inleidingen op en het verslag van een studiedag gehouden op 10 december 1991 door het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam, dat als thema «Afspraken in het milieurecht» had.

Het openingswoord, geschreven door minister van Justitie E.M.H. Hirsch Ballin, en de bijdrage van L.J.A. Damen («Samenwerking en afspraken in het milieurecht : doodnormaal ?») plaatsen het verschijnsel «milieuconvenant» en de vorm die de meeste afspraken in het milieurecht aannemen, in de ontwikkeling van het bestuursrecht van het eenzijdig opleggen van regels naar een wederkerig bestuur toe. Dit laatste uit zich vaak in het sluiten van beleidsovereenkomsten, d.w.z. overeenkomsten door een overheid gesloten met een andere overheid of met een particulier, ten einde haar beleid of bestuur te formuleren of uit te voeren, in een of andere sector (de term werd voor het eerst in België gebruikt door W. Van Gerven in *Hoe blauw is het bloed van de prins ? De overheid in het verbintnissenrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 72). Voornoemde Nederlandse auteurs vestigen tevens de aandacht op een aantal problemen, zoals (het gebrek aan) inspraak voor derde-belanghebbenden bij het tot stand komen van convenanten.

In het artikel van R.J.J. van Acht («Het milieuconvenant. Recente ontwikkelingen en mogelijkheden voor de toekomst») wordt naar de relatie convenant/wetgeving gepeild vanuit de invalshoek van de rechtmatigheid. De recentste convenanten die in Nederland tot stand zijn gekomen, worden kort voorgesteld aan de hand van hun belangrijkste bepalingen. Voor een goed begrip van deze bijdrage is wel een basiskennis van de juridische problematiek rond milieuconvenanten vereist, zowel op het privaatrechtelijk als op het publiekrechtelijk vlak.

M.V.C. Aalders onderzoekt of er in de wetgeving aanknopingspunten te vinden zijn voor het onderhandelen over en het maken van afspraken in het vooroverleg bij de (milieu)vergunningverlening. Hij vraagt zich af of vooroverleg moet worden gereguleerd en gaat daarbij dieper in op het vertrouwensbeginsel, dat als beginsel van behoorlijk bestuur het gedrag van de onderhandelende overheid beheerst. Hij sluit af met een overzicht van de informele processen en procedures zoals ze tot nog toe in de praktijk voorkwamen.

H.G. Severter geeft in haar bijdrage de grote krachtlijnen weer die van belang zijn voor de bestudering van de geoorlooftheid van milieubeleidsafspraken in Europees perspectief. Achtereenvolgens

komen o.a. de problemen aan bod of convenanten volstaan ter implementatie van richtlijnen en hoe hun inhoud in conflict kan komen met de verdragsregels inzake maatregelen van gelijke werking (art. 30 E.E.G.-Verdrag) en kartels (art. 85 E.E.G.-Verdrag).

Met de vraag naar de rechtsgrond voor de wijdverspreide praktijk van afspraken tussen overheidsinstanties bij de handhaving van de milieuwetgeving, opent A.M. Fransen zijn artikel over «Afspraken in het milieustrafrecht». Het in Nederland momenteel druk becomingmentarieerde «bestuurlijk gedogen» komt ter sprake i.v.m. de mate waarin het openbaar ministerie door afspraken tussen het bestuur en het bedrijfsleven gebonden is. Hij sluit af met een bespreking van de transactiemogelijkheden die tussen het O.M. en de burger bestaan inzake milieustrafrecht, en die art. 74 van het Wetboek van Strafrecht en art. 36 van de Wet economische delicten als basis hebben.

Lezers die voor een eerste kennismaking met het fenomeen «milieuconvenant» naar dit boekje grijpen, zullen meteen merken dat deze bundel een gedegen voorkennis veronderstelt. De Belgische lezer kan daarvoor verwezen worden naar het verslagboek van het colloquium, dat door de Belgische vereniging voor milieurecht op 14 september 1991 gehouden werd (*Milieubeleidsvereenkomsten*, Bocken, H. en Traest, I. (red.), Brussel, Story Scientia, 1991, 172 p.). Wie zich echter verder wil verdiepen in de materie, zal o.a. de bijdragen «onderhandelen en afspraken in het vooroverleg bij de vergunningverlening», «de geoorloofdheid van milieubeleidsafspraken in Europees perspectief» en «afspraken in het milieustrafrecht» ten zeerste kunnen appreciëren. Schrijver dezes vraagt zich echter nog steeds af waarom de tekst «Afspraken over (on)vrijwillige sanering van bedrijfsterrinen» van E. Bauw, die nagaat in hoeverre men iemand kan dwingen zijn terreinen te saneren op basis van het bestaand en toekomstig recht, hier is opgenomen. In deze – verder overigens interessante – bijdrage refereren alleen de titel en de inleiding aan de hier behandelde materie.

Ten behoeve van diegenen die een sluitender regeling voor milieuconvenanten willen uitdenken, werd als toemaatje het voorontwerp van decreet inzake milieubeleidsvereenkomsten voor het Vlaamse Gewest afgedrukt.

Ann Carette
Assistente U.I.A.

T. LOENEN, **Verschil in Gelijkheid**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 302 pp.

In Nederland promoveren jaarlijks een aantal wetenschappers op een onderwerp dat behoort tot het domein van de feministische rechtstheorie, zo ook Titia Loenen. Het centrale uitgangspunt van haar proefschrift is de vraag in hoeverre het gelijkheidsbeginsel kan bijdragen aan het opheffen van de ondergeschikte positie van de vrouw.

In het eerste deel wordt het positiefrechtelijke kader van de Nederlandse gelijkheidsdoctrine geschetst. Daarna wordt een overzicht gegeven van de feministische discussie over het gelijkheidsbeginsel. De confrontatie van de klassieke gelijkheidsdoctrine en de feministische rechtstheorie maakt het mogelijk de dilemma's en knelpunten van het gelijkheidsbeginsel te formuleren.

In het tweede deel wordt de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de Amerikaanse en de Nederlandse rechtspraak tegenover elkaar geplaatst. De auteur gaat op zoek naar de wijze waarop de hoogste rechters in beide landen het gelijkheidsbeginsel, c.q. discriminatieverbod invullen. Hierbij komt de methodiek van toetsing in de algemene zin aan bod, alsook de rechtspraak m.b.t. zwangerschap, ouderschap en kostwinnerschap.

In deel III wordt nagegaan welke inzichten het jurisprudentieonderzoek oplevert in het licht van de feministische kritiek op het gelijkheidsbeginsel en welke andere knelpunten er dienaangaande nog bestaan.

Tot slot wordt aangegeven hoe binnen het gelijkheidsbeginsel aan de kritiek tegemoet kan worden gekomen.

De jury die dit proefschrift heeft beoordeeld, bestaat uit het kruim van de Nederlandse specialisten op het gebied van het constitutioneel recht en de gelijke behandeling m/v. De kwaliteit is dan ook zeer hoog.

We willen van deze gelegenheid toch even gebruik maken om enige kritiek te spuien op de feministische rechtstheorie als dusdanig. De overvloed van publikaties over seks(on)gelijkheid heeft als gevolg dat de auteurs zich steeds dieper ingraven in het onderwerp. Dit leidt dikwijls tot hermetische teksten die alleen nog voor een zeer beperkt publiek van specialisten toegankelijk zijn. Hierdoor verwordt deze vorm van rechtsbeoefening tot een intellectueel denkspel waarvan de maatschappelijke relevantie onbeduidend is. Degenen die willen bijdragen aan de opheffing van de ondergeschikte positie van de vrouw, zouden beter minder filosoferen en meer ageren.

Patrick Humblet

M. DENYS e.a., **De milieuvergunning in het Vlaamse Gewest**, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 253 pp.

De hervorming van de staatsinstellingen biedt aan de drie Gewesten de kans een eigen beleid uit te stippelen betreffende de gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke inrichtingen ten minste, en in de huidige stand van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling, wat betreft de externe politie die verband houdt met de bescherming van mens en milieu buiten het bedrijf. De interne politie i.v.m. de bescherming van de werknemers binnen het bedrijf blijft er vooralsnog een nationale aangelegenheid.

In Wallonië werd titel I van het Arab tot nu slechts lichtjes aangepast. In het Brusselse Gewest bevat de ordonnantie van 30 juli 1992 een regeling voor de milieuvergunning die uiterlijk op 1 juli 1993 in werking moet treden. In Vlaanderen is sedert 1 september 1991 het milieuvergunningsdecreet van 28 juni 1985 in werking getreden door het Vlarem I-besluit van 6 februari 1991, dat lang op zich heeft laten wachten.

Martin Denys en vijf medewerkers hebben op een volstrekt verantwoorde wijze een handige commentaar bezorgd op het milieuvergunningsdecreet en het Vlarem-besluit. Zij hebben geopteerd voor een artikelsgewijze bespreking van het decreet en daarbij eerst de tekstgeschiedenis beschreven waarbij doorgaans wordt teruggegrepen op de parlementaire voorbereiding van de tekst, en vervolgens hebben zij in de commentaar vermeld hoe het artikel in het Vlarem-besluit is uitgewerkt, zonder uit het oog te verliezen dat de rechtspraak en rechtsleer in heel wat gevallen dienstig zijn, vooral wanneer de artikelen van het decreet hun basis vinden in de vroegere wet van 5 mei 1888 of in het Arab-besluit.

De voor de opbouw van het werk gekozen methode vergemakkelijkt de tekstvergelijking tussen decreet en uitvoeringsbesluit.

Bovendien zorgen de auteurs telkens voor opbouwende kritiek of voor het aanduiden van lacunes. Zij kennen volkomen de besproken materie.

Dat binnenkort de publikatie van het Vlarem II-besluit mag worden verwacht, zal geen afbreuk doen aan de blijvende bruikbaarheid van deze handleiding omdat, hoe uitgebreid dit besluit ook zij, het alleen maar precieze algemene en bijzondere technische normen bevat die geen afbreuk doen aan de rechtsstructuur van het milieuvergunningsdecreet.

Voor al wie zich met milieuvergunningen bezighoudt, biedt deze commentaar een handige wegwijzer en een inzicht in de ratio legis.

Een enkele taalsuggestie zij veroorloofd voor een volgende publikatie: de uitdrukking «voorbereidende werken» is een taai gallicisme dat best wordt vervangen door «parlementaire voorbereiding».

W. Lambrechts

F.T. OLDENHUIS, H.J. ROSSEL en G.J. VISSER, **Hoofddlijnen in het huurrecht met vragen en antwoorden**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 185 pp.

Het Nederlandse huurrecht stond de laatste jaren niet stil. Bovendien wordt deze rechtstak beheerst door meer dan één rechtsbron. De auteurs hebben het over de ontwikkeling van het huurrecht «als een specialisme binnen het verbintenissenrecht». Sinds de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992

zijn de betreffende artikelen opgenomen in Boek 7A van het Burgerlijk Wetboek.

Het boek wijdt een bespreking aan de algemene bepalingen van het huurrecht (artikelen 1584 tot 1623 B.W.), de woonruimtebepalingen (artikelen 1623a tot 1623o B.W.), de bepalingen betreffende de bedrijfsruimte (artikel 1624 tot 1636 B.W. en de Huurwet) en de huurprijzenwet woonruimte. In een laatste deeltje wordt ook ingegaan op de procesrechtelijke aspecten in verband met het huurrecht, onder meer in het licht van de nieuwe kantongerechtsprocedure.

Zoals de titel het laat vermoeden, is het boek opgevat als een «Werkboek»: per onderdeel zijn – naast een uiteenzetting over de hoofdlijnen – dan ook opgaven en enkele gecompliceerde casusposities opgenomen, voorzien van standaardantwoorden. De doelgroep bestaat in de eerste plaats uit studenten, die zich de beginselen van het huurrecht eigen willen maken, maar ook uit beoefenaars van de rechtspraak. Per onderdeel is ten slotte «literatuur» en «rechtspraak» vermeld, naast een algemeen rechtspraakregister.

Het boek blijkt een handig hulpmiddel te zijn in de rechtspraak, te meer omdat men er tevens verwijzingen naar literatuur en rechtspraak vindt. In die zin is het eigenlijk ook vatbaar voor uitgave als «Zakboekje». Maar zo'n «Huurrecht-memo» als periodieke uitgave bestaat reeds.

B. Hubeau
Universiteit Utrecht

B. DERVEAUX, *De afstand van de beplantingen*, UGA, Kortrijk-Heule, 1990, 124 pp.

In 1975 rolde bij dezelfde uitgever een boekje met identieke titel als het hier besproken werk van de pers. Het was van de hand van L. Capelle en R. Derveaux, vader van de huidige auteur.

Het had bij de beoefenaars van het zakenrecht – en zeker bij advocaten en rechters uit meer landelijke streken – een groot succes. Aan de wortel van vele burenruzies lag en ligt meermaals de vraag of bepaalde bomen en/of hagen wel op de juiste afstand van de perceelsgrens stonden of staan. De monografie van R. Derveaux en L. Capelle was anno 1975 dan ook voor vele juristen zeer welkom. Indien men in dit land over de desbetreffende materie een gespecialiseerd werk wou raadplegen, moest men teruggrijpen naar werken als die van H. Grandjean (*Droit rural*, Verviers, 1931) en van O. Orban (*Code rural belge, commentaire méthodique et doctrinal de la loi du 7 octobre 1886*, Brussel, 1887), die vaak moeilijk te vinden waren. Het werk van Derveaux, R. en Capelle, L. heeft dan ook sporen nagelaten in de rechtspraak en de rechtsleer sedert 1975. Zelf hebben we het regelmatig geraadpleegd bij het opstellen van het overzicht van rechtspraak «Zakenrecht 1980-1988», *T.P.R.*, 1989, 1799-1802, inzonderheid nr. 153.

Hoe verhoudt zich nu de uitgave van 1990 tot die van 1975?

Volgens het voorwoord van de auteur (p. 17) beoogt deze uitgave alleen maar de uitgave van 1975 te actualiseren en de stand van rechtspraak en rechtsleer vast te leggen. Wie de voetnoten vermeld op de pp. 27-68 (waar de artt. 35-37 VeldW. behandeld worden) controleert, moet toegeven dat de auteur inderdaad met het nieuwe bronnenmateriaal rekening heeft gehouden. Dat aandacht werd besteed aan het probleem van het rechtsmisbruik i.v.m. de vordering tot rooien, zoals de auteur eveneens in zijn voorwoord aankondigt, klopt ook. Dit aspect wordt behandeld op pp. 54-55, nrs. 72-73, waarin een viertal uitspraken worden vermeld. Er zijn er nog andere en het probleem moet in ieder geval genuanceerd benaderd worden (zie hierover Kokelenberg, J., Van Sinay, Th. en Vuyse, H., *T.P.R.*, 1989, p. 1799-1802, nr. 154).

Of het juist is, zoals gemeenschapsminister Kelchtermans in zijn voorwoord bij dit boek schreef (p. 15) dat ook aan het element burenhinder *grote aandacht* werd besteed, laten wij voor rekening van deze excellentie. Aan dit aspect wordt een nummer van 9 regels (nr. 70) gewijd waarvan er zes bestemd zijn om de definitie van burenhinder te geven. In nr. 68 wordt er allereerst op gewezen dat het Hof van Cassatie meent dat de burenhinder niet als bijkomende voorwaarde toegevoegd mag worden aan de door art. 36 VeldW. gestelde vereisten voor het bevel tot rooing (Cass., 30 april 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 990; *R.W.*, 1981-82, 2410; *Pas.*, 1981, I, 995). Dat is correct, maar was het niet beter geweest dit geval in al zijn con-

crete elementen weer te geven, nl. dat de bestreden beslissing gemeend had geen rooing toe te moeten staan, omdat volgens haar een rij populieren in concreto geen enkele hinder verwekte en *om die reden* niet als hoogstammig beschouwd kon worden. Het Hof van Cassatie vernietigt met deze bewoordingen: «... dat het vonnis *zodoende* aanneemt dat de eisers slechts gerechtigd zijn zich op de toepassing van art. 36 VeldW. te beroepen indien zij aantonen dat de betwiste populieren hun burenhinder veroorzaken; ... dat het vonnis *aldus* aan de wet een voorwaarde toevoegt, die ze niet inhoudt». Wel moet toegegeven worden dat de auteur de diverse hypothesen in volgorde heeft gesteld:

1. de afstand is niet gerespecteerd: principieel is de sanctie rooing, ongeacht de vraag of er (reeds) burenhinder aanwezig is;

2. dit principieel recht is zoals (haast) elk recht vatbaar voor misbruik, zodat eventueel de rooing toch geweigerd kan worden;

3. de afstand is gerespecteerd: indien er hinder wordt veroorzaakt die buitensporig is, kan op grond van de leer van de burenhinder eventueel nog tot rooing, inkorting of tot enige andere sanctie besloten worden.

Wie verwacht in dit werk grote nieuwigheden t.a.v. de vorige uitgave aan te treffen, komt bedrogen uit. Die indruk wordt misschien wel even gewekt wanneer men de inhoudsopgave van de vorige en de actuele uitgave vergelijkt, maar wie bladzijde per bladzijde de inhoud vergelijkt zal vaststellen dat misschien de bewoordingen van de titels veranderd zijn, maar de inhoud (grotendeels) ongewijzigd is gebleven, zij het dat af en toe eens een alinea van plaats veranderd is. Wel werden nieuwe regelingen die het Vlaamse Bosdecreet van 13 juni 1990 en het decreet van de Waalse Raad van 11 april 1984 (en niet augustus zoals vermeld in het boek) dat art. 40 W. 12 juni 1973 op het natuurbewoud niet toepasselijk verklaart voor het Waalse Gewest en een titel XI aan deze wet toevoegt die speciaal voor het Waalse Gewest toepasselijk is, met een art. 56 dat een meer uitgebreide regeling i.v.m. naaldbomen langsheen waterlopen en bronnen bevat dan genoemd art. 40.

Al bij al mag men besluiten dat de auteur erin geslaagd is het werk op behoorlijke wijze te actualiseren. En het is heel wat moeilijker een degelijk werk tot perfectie op te tillen dan een absolute miskleun tot een aanvaardbaar peil te brengen.

J. Kokelenberg
UFSIA-K.U.Leuven

MEDEDELINGEN

Vereniging voor Sportrecht

De Vereniging voor Sportrecht maakt deel uit van de internationale vereniging, opgericht te Sydney in september 1992 naar aanleiding van het IXe wereldcongres voor de arbeidsverhoudingen.

Zij heeft als doel de bevordering van de studie van de juridische aspecten van de sport door alle relevante takken van het recht, o.m. door het organiseren van onderwijs, congressen, wetenschappelijk onderzoek en activiteiten in werkgroepen.

Inlichtingen: prof. R. Blanpain, K.U.Leuven, Faculteit van de Rechtsgeleerdheid, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.51.25; fax: 016/28.52.50).

Studieavond: «De rechter: een indringer in het financieel recht?»

Het Postuniversitair Centrum West-Vlaanderen organiseert een studieavond op donderdag 18 februari 1993 in de K.U.Leuven, Campus Kortrijk, E. Sabbelaan 53.

Spreeker is prof. dr. K. Geens (K.U.Leuven), over «De rechter: een indringer in het financieel recht?».

Inlichtingen: Postuniversitair Centrum West-Vlaanderen, Ontvangersstraat 3, 8000 Brugge (tel. 050/33.94.16; fax: 050/34.23.70).