

DE UNUS JUDEX: EEN PROCEDURELE APPROACH

In de laatste wijzigingen aan het Gerechtelijk Wetboek, werd opnieuw gesleuteld aan het systeem van de alleensprekende rechters en raadsheren. Onderstaand artikel behandelt de procedurele aspecten van de huidige regeling, door elk deelaspect afzonderlijk te overlopen en telkens stil te staan bij de problemen die mogelijk kunnen rijzen.

I. De alleensprekende raadsheer

A. Historie

1. Na de onafhankelijkheid van België dateert de eerste wet¹ op de rechterlijke organisatie van 4 augustus 1832.² Toen werd het systeem van de omgekeerde pyramide ingevoerd: hoe hoger de rechtbank stond in de gerechtelijke hiërarchie, des te meer zittende rechters. Zo namen zitting één vrederechter, drie rechters in de rechtbank van eerste aanleg, vijf raadsheren in het hof van beroep en zeven raadsheren in het Hof van Cassatie.

De wet van 18 juni 1869 op de rechterlijke organisatie³ heeft dit ongewijzigd gelaten. Vanaf de jaren 1880 gingen er stemmen op om de unus judex in te voeren.⁴ Het duurt echter tot in 1919⁵ vooraleer aan het aantal raadsheren getornd wordt. De wetgever bepaalt dat «tijdelijk» drie raadsheren in plaats van vijf zitting zullen nemen in de kamers van het hof van beroep (enig artikel, X, tweede lid). Het laat zich raden dat dit «tijdelijk» karakter nogal vlug definitief werd: na het systeem herhaalde malen tijdelijk verlengd te hebben, verlengt de wetgever het in 1928⁶ «tot den dag waarop de wet tot wijziging van de wetten op de rechterlijke inrichting, de bevoegdheid en de rechtspleging van kracht wordt».

Die wet zal uiteindelijk de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek worden. Conform het verslag van Koninklijk Commissaris tot Hervorming van het Gerechtelijk Wetboek Charles Van Reepinghen⁷ wordt daarin het systeem van de drie raadsheren behouden.

Naarmate de tijd vordert, ziet de wetgever de gerechtelijke achterstand groeien en besluit hij in 1985⁸ dit euvel te verhelpen. In principe zitten nog steeds drie raadsheren per kamer maar voor een grote reeks zaken wordt één raadsheer voorgeschreven. In 1992⁹ wordt aan de praktische uitwerking van het systeem gesleuteld, doch de principes blijven onaangetast.

Hoe worden de zaken nu opgesplitst?

B. De verschillende categorieën van zaken

2. In het huidige systeem wordt aan de hand van de aard van de zaak bepaald of er één dan wel drie raadsheren zitting moeten nemen. Het is dan ook zinvol eerst even de verschillende soorten zaken in ogenschouw te nemen.

Naargelang de auteur, bestaan er twee of drie categorieën van zaken. A. Vandeplas en J. Laenens¹⁰ onderscheiden twee soorten: zaken die steeds door een enkelvoudige kamer moeten worden behandeld versus zaken die in principe (behoudens keuze van een der partijen voor drie rechters) voor een enkelvoudige kamer komen. A. Kebers¹¹ daarentegen splitst de zaken in drie soorten op: zaken waarvoor collegialiteit volledig uitgesloten is, zaken die in principe voor een enkelvoudige kamer komen (behoudens afwijkende aanvraag van een der partijen) en zaken die altijd voor een collegiale kamer komen. Dit laatste systeem verdient de voorkeur, aangezien het het nauwst aansluit bij de wet: art. 109bis onderscheidt drie soorten zaken, resp. vermeld onder § 1, § 2 en § 3. Waaruit bestaan nu die drie categorieën?

1° Zaken die altijd voor een enkelvoudige kamer komen

3.a. *Het hoger beroep tegen vonnissen van de rechter in de jeugdrechtbank.* Binnen het kader van de jeugdbeschermingswet van 8 april 1965 heeft een enkelvoudige kamer altijd de voorkeur genoten, omdat dit een minder afstandelijke relatie rechter/(minderjarige) rechtzoekende toelaat. In feite is dit geen verandering: reeds sinds 1965 komen deze zaken altijd voor een enkelvoudige kamer. Dit werd dan ook zo vastgelegd door art. 102 Ger.W. (art. 102. «In hoger beroep tegen vonnissen van de rechter in de jeugdrechtbank houdt

⁸ Wet 19 juli 1985 tot instelling van kamers met een raadsheer in de hoven van beroep, B.S., 15 augustus 1985, 11777.

⁹ Wet 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, B.S., 31 augustus 1992, 19066.

¹⁰ LAENENS, J. en VANDEPLAS, A., «De alleensprekende raadsheer», R.W., 1985-86, (751), 756.

¹¹ KEBERS, A., «La loi du 19 juillet 1985 relative à la création de chambres à conseiller unique au sein des cours d'appel», J.T., 1985, (677), 678-680.

¹ Loi organique de l'ordre judiciaire du 4 août 1832, Bull. Offic., nr. LXXVII.

² NADRIN, J.P., «Le juge unique en Belgique», Rev. Interd. Jur., 1989, afl. 23, 97; de rest van de Belgische geschiedenis tot 1919 is ook op dit artikel gebaseerd.

³ Loi 18 juin 1869 sur l'organisation judiciaire, B.S., 26 juni 1869.

⁴ PICARD, E., «Le juge unique», inleiding tot Pand.B., Brussel, Larcier, 1887, VII; PRINS, A., Criminalité et répression, Brussel, Muquardt, 1886, 95-105.

⁵ Wet 25 oktober 1919 tot tijdelijke wijziging van de rechterlijke inrichting en van de rechtspleging voor de hoven en rechtbanken, B.S., 9 november 1919, 5929.

⁶ Art. 1 wet 18 augustus 1928 tot verlenging van de tijdelijke wetten betreffende de rechterlijke inrichting en van de wet betreffende de schorsing van sommige benoemingen tot rechter, B.S., 29 augustus 1928, 3689.

⁷ VAN REEPINGHEN, C., Verslag over de Gerechtelijke Hervorming, I, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 136 en 138.

het hof zitting met één lid, kamervoorzitter of raadsheer in het hof.»¹² Dit art. 102 Ger.W. werd opgeheven door artikel 2 van de wet van 19 juli 1985 en tegelijkertijd weer ingevoerd door art. 6 van dezelfde wet in art. 109bis, § 1, 1°, Ger.W.

4.b. *De voorzieningen bedoeld in artikel 603, 4°, Ger.W.* Hij die schade lijdt door een natuurramp, komt voor de provinciegouverneur die beslist over de som die uitbetaald zal worden tot herstel van die schade. Daartegen is hoger beroep mogelijk bij het hof van beroep, dat met een alleensprekende raadsheer de zaak zal beslissen (bv. i.v.m. een overstrooming).¹³

5.c. *De vorderingen gegrond op de artikelen 606 en 1718 Ger.W.* Art. 606 Ger.W. omvat twee soorten zaken: aanvragen tot uitvoerbaarverklaring van scheidsrechterlijke uitspraken wanneer een compromis is aangegaan over hoger beroep tegen een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg of van koophandel, en aanvragen tot homologatie van beslissingen genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders of van obligatiehouders van een N.V. Beide worden door een alleensprekend raadsheer behandeld.

2° Zaken die, behoudens afwijkende keuze, voor een enkelvoudige kamer komen (art. 109bis, § 2, Ger.W.)

6.a. *Het hoger beroep tegen beslissingen in burgerlijke zaken gewezen door een kamer van de rechtbank van eerste aanleg met één rechter.* Deze categorie, ingevoerd sinds de reeds vermelde wet van 19 juli 1985, is geconcipteerd om de meeste zaken te bevatten. Bij de wet van 25 juli 1985 werd namelijk de alleensprekende rechter veralgemeend. Alle zaken van hoger beroep tegen een vonnis gewezen door een alleensprekende rechter, komen dan ook voor een alleensprekend raadsheer. Alleen is sinds de wet van 1992 deze categorie uitgehold op een indirecte manier. De wetgever verminderde namelijk het aantal zaken dat in de rechtbank van eerste aanleg door één rechter behandeld wordt.

De zaken i.v.m. rechtsbijstand moeten ook onder deze categorie gerangschikt worden: ze worden in eerste aanleg namelijk altijd door één rechter beslist (art. 86, eerste lid, in fine, Ger.W.).

Ten slotte nog een terminologische opmerking: art. 109bis, § 2, 1°, Ger.W. spreekt hier van «beslissingen in burgerlijke zaken»: terecht merken J. Laenens en A. Vandeplas op dat dit misleidend is.¹⁴ Een interpretatie sensu lato ligt hier voor de hand: «burgerlijke zaken» dient opgevat te worden als het tegenovergestelde van «strafzaken», want ook zaken in verband met bijvoorbeeld auteursrechten hoger dan 75.000 frank (art. 569, 7°, Ger.W.), onteigeningen ten algemene nutte (als er geen urgentie is) (art. 569, 10°, Ger.W.), verklaringen van nationaliteit (art. 569, 22°, Ger.W.), tuchtrechtelijke vorderingen tot schorsing, afzetting en veroordeling tot geldboete tegen notarissen en gerechtsdeurwaarders (art. 571 Ger.W.),... horen hier thuis.

Die onderwerpen worden niet in het B.W. behandeld, doch in de Auteurswet (22 maart 1886), de Onteigeningswet (26 juli 1962), de Nationaliteitswet (28 juni 1984), ...: ze moeten echter allemaal als «burgerlijke zaken» begrepen worden, ook als ze eigenlijk eerder onder het administratief recht, tuchtrecht,... vallen. Een legistiek beter verantwoorde formulering voor art. 109bis, § 2, 1° Ger.W. ware misschien geweest: «Het hoger beroep tegen beslissingen gewezen door een kamer van de rechtbank van eerste aanleg met één rechter, de strafzaken uitgezonderd.»

Door die onduidelijkheid krijgt de bewering dat bijvoorbeeld een geschil i.v.m. onteigening ten algemene nutte geen «burgerlijke zaak» is, vaste grond onder de voeten en zo valt dit geschil onder art. 109bis, § 3, waardoor het altijd door een collegiale kamer behandeld zal moeten worden.¹⁵

Een analoge interpretatie wordt gebruikt in art. 6, lid 1, E.V.R.M.: dit artikel stelt nl. ook «burgerlijke rechten en verplichtingen» tegenover «strafvervolgung».

7.b. *Het hoger beroep tegen beslissingen gewezen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of door de voorzitter van de rechtbank van koophandel.* Deze categorie omvat ten eerste de korte gedingen. Deze worden in eerste aanleg door een alleensprekende rechter behandeld, nl. de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (art. 584, eerste lid, Ger.W.), de voorzitter van de arbeidsrechtbank en de voorzitter van de rechtbank van koophandel (art. 584, tweede lid, Ger.W.),¹⁶ opdat de zaak zo vlug mogelijk afgehandeld kan worden. Een zelfde zorg voor snelle afhandeling bracht de wetgever ertoe de zaken ook in hoger beroep aan een alleensprekende raadsheer toe te wijzen.

Voorts behelst deze categorie ook de zaken die door die voorzitters behandeld worden zonder dat een spoedeisend karakter vereist is. Dit zijn de gevallen opgesomd in de artt. 585, 586 en 587 Ger.W. voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, het geval i.v.m. art. 587bis Ger.W. voor de voorzitter van de arbeidsrechtbank en de gevallen opgesomd in de artt. 588 en 589 voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel. In die zaken mag de voorzitter over de grond van de zaak beslissen, maar hierbij dient hij de procedure van het kort geding te volgen. Het zijn gevallen die de wetgever spoedeisend acht zonder dat de partijen dit moeten aanvoeren: ze zijn per definitie spoedeisend en worden daarom in de twee instanties door een alleensprekende rechter behandeld. Als de voorzitter echter vindt dat de zaak niet spoedeisend is, kan hij dit opwerpen voor elk ander middel en zal men de verdeling tussen voorzitter en rechtbank regelen overeenkomstig art. 88, § 2, Ger.W.¹⁷

8.c. *De vorderingen betreffende de staat van personen uitgezonderd.* Die zaken werden vóór 1985 in de rechtbank van eerste aanleg door drie rechters behandeld. Sinds 1985 is dit echter afgeschaft. Dat betekent dat de vorderingen betreffende de staat van personen in principe door een alleensprekend rechter behandeld worden (de mogelijkheid blijft open

¹² BOONEN, H., *Gerechtigd Wetboek*, Antwerpen-Apeldoorn, Kluwer, 1984, 23.

¹³ Bergen, 5 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 344; Luik, 9 maart 1990, *J.T.*, 1990, 454.

¹⁴ LAENENS, J. en VANDEPLAS, A., «De alleensprekende raadsheer», *l.c.*, 756.

¹⁵ Brussel, 18 juni 1987, *Rev.Liège*, 1987, 1301; Luik, 7 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 302; in deze twee arresten zaten inderdaad telkens drie raadsheeren voor een geschil i.v.m. onteigening ten algemene nutte.

¹⁶ Brussel (voorz.), 19 februari 1986, *R.W.*, 1985-86, 2233, adv. proc.-gen. VAN HONSTÉ, V.

¹⁷ FETTWIS, A. en DE LEVAL, G., *Eléments de la compétence civile*, Luik, 1989, nr. 285.

om drie rechters te vragen). Desalniettemin zal het hoger beroep daartegen altijd door een collegiale kamer behandeld worden. Aangezien ze expliciet uitgesloten worden uit art. 109bis, § 2, Ger.W., vallen ze onder art. 109bis, § 3, Ger.W. en daarom worden ze altijd door drie raadsheren beslist.

Maar ook hier rijst een interpretatieprobleem: wat betekent de term «vorderingen betreffende de staat van personen»?

P. Senaev definieert de staat van personen als «het geheel van bepaalde hoedanigheden van een persoon die zijn juridische toestand in de maatschappij en in de familie bepalen, en hem onderscheiden van de andere personen wat het bezit en de uitoefening van bepaalde rechten betreft». ¹⁸

Hier is echter een restrictieve definitie raadzaam: odiosa sunt restringenda... Dit argument gebruikt de voorzitter van het Hof van Beroep te Luik om aan te tonen dat een vonnis over het al dan niet toelaten van een bewijs binnen een echtscheidingsprocedure niet beïnvloed wordt door de persoonlijke overtuigingen van één magistraat, en bijgevolg niet behoort tot de zaken betreffende de staat van personen. ¹⁹ Die zaak wordt dan ook aan een alleensprekende raadsheer toegewezen, daar ze in eerste aanleg door een alleensprekend rechter is behandeld. Een der partijen kan evenwel een collegiale kamer aanvragen.

Het Hof van Cassatie ²⁰ heeft reeds vóór de wetten van 1985 de restrictieve interpretatie aangehouden: een vordering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding tegen de verwekker belangt de staat van de persoon niet aan, want ze vestigt geen enkele band van afstamming. Ook het hoger beroep tegen voorlopige maatregelen door de voorzitter van de rechtbank in het kader van een echtscheidingsprocedure zijn geen vorderingen betreffende de staat van personen. Ze worden derhalve niet aan een kamer met drie raadsheren toegewezen, maar moeten, krachtens art. 109bis, § 2, 2°, Ger.W., voor een alleensprekende raadsheer komen, ²¹ behoudens afwijkende keuze door een der partijen.

De parlementaire geschiedenis geeft volgens A. Kebers ²² een minieme hint in dezelfde richting van de restrictieve interpretatie: het rapport Bourgeois ²³ bevat de motivering van de minister van Justitie J. Gol (tevens indiener van het wetsontwerp) op grond waarvan hij die zaken uitsloot: ze worden namelijk heden ten dage nog steeds op een andere manier geapprecieerd volgens de eigen opvattingen van elke magistraat.

De meer zakelijke en financiële kanten van zo'n zaak vallen dus buiten de uitzondering die restrictief geïnterpreteerd moet worden.

3° Zaken die altijd voor een collegiale kamer komen (art. 109bis, § 3)

9. Dit is de residuaire categorie: alles wat hierboven niet werd toegewezen aan een alleensprekende raadsheer of aan een alleensprekende raadsheer met de mogelijkheid om een collegiale kamer aan te vragen, valt onder deze categorie en wordt altijd door drie raadsheren behandeld. Hieronder vallen o.m. alle hogere beroepen tegen de vonnissen van de correctionele rechtbanken: daarover oordelen steeds drie raadsheren.

C. De aanwijzing van alleensprekende raadsheren

10. Een volgend punt in de bespreking behelst de aanwijzing van de alleensprekende raadsheer. Er moet namelijk binnen elk hof van beroep beslist worden wie een alleensprekende wordt en wie deel blijft uitmaken van een collegiale kamer.

Allereerst rijst de vraag wie ze aanwijst. Art. 7 van de wet van 19 juli 1985 voegde een nieuw artikel 210bis in waarin bepaald wordt dat de eerste voorzitter van het hof van beroep de alleensprekende raadsheren aanwijst op «schriftelijk en met redenen omkleed advies van de procureur-generaal». Opgemerkt moet worden dat hier, in tegenstelling tot de regeling van de rechtbank van eerste aanleg, het advies van de stafhouder van de Orde van Advocaten niet vereist is.

Vervolgens: wie kan als alleensprekende rechter worden aangewezen? Een lid van de commissie voor de Justitie in de Kamer ²⁴ uitte in dit verband zijn bezorgdheid m.b.t. de bekwaamheid om als alleensprekende raadsheer op te treden.

Het systeem biedt twee waarborgen: allereerst zitten in het hof van beroep niet de eerste de beste juristen, en als er toch een zwak element door de mazen van het net geglipt is, zal de eerste voorzitter, hierin bijgestaan door de procureur-generaal, er wel voor zorgen dat hij netjes geneutraliseerd blijft in een collegiale kamer. Een verdere geruststelling ligt in het feit dat hetzelfde systeem voor de jeugdraadsheer al jaren op rolletjes loopt.

De wet van 18 juli 1991 ²⁵ heeft de garanties willen verhogen door een bijkomende voorwaarde in te schrijven in artikel 210bis: de alleensprekende raadsheren moeten in beginsel gekozen worden uit raadsheren die sedert ten minste drie jaar zijn benoemd. Subsidiair geldt de regel dat raadsheren die ten minste een jaar zijn benoemd gekozen mogen worden als er niet genoeg raadsheren die reeds drie jaar zijn benoemd, voorhanden zijn (art. 210bis Ger.W.).

Daarenboven wordt nog een supplementaire waarborg geboden door art. 210bis, tweede lid, Ger.W.: die alleensprekende raadsheren mogen namelijk ook zitting nemen in de andere kamers van het hof. Als de eerste voorzitter van het hof van beroep toch nattigheid voelt in verband met een door hem aangestelde alleensprekende raadsheer, kan hij geen zaken meer toebedelen aan die (enkelvoudige) kamer en de raadsheer alleen nog laten beslissen als lid van een collegiale kamer, waarin hij die raadsheer ook aangewezen heeft. De

²⁴ *Ibid.*, 7.

²⁵ Wet 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerrechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, *B.S.*, 26 juli 1991, 16500.

¹⁸ SENAËVE, P., *Compendium van Personen- en Familierecht*, I, Leuven, Acco, 1991, 43.

¹⁹ Luik (voorz.), 2 maart 1987, *Pas.*, 1987, II, 109, noot A.K.

²⁰ Cass., 17 mei 1984, *J.T.*, 1984, 599, *R.W.*, 1985-86, 525.

²¹ Cass., 31 oktober 1991, *Pas.*, 1992, I, 175, en *J.T.*, 1992, 275.

²² KEBERS, A., «La loi du 19 juillet 1985 relative à la création de chambres à conseiller unique au sein des cours d'appel», *l.c.*, 681.

²³ Wetsontwerp tot instelling van kamers met een raadsheer in de hoven van beroep, *Gedr.St.*, *Kamer*, 1984-85, nr. 1008/8, 15.

eerste voorzitter heeft nl. de bevoegdheid de zaken onder de verschillende kamers te verdelen krachtens art. 726 Ger.W.

In een meer verregaand stadium verdedigt A. Kebers het herroepelijk karakter van zo'n aanwijzing: niets staat de eerste voorzitter in de weg om, op advies van de procureur-generaal, de aanwijzing in te trekken. De aanwijzingen zijn namelijk aangelegenheden intern aan de dienst en worden niet officieel meegedeeld, laat staan gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.²⁶

D. De uitoefening van het keuzerecht

11. Voor de zaken besproken onder artikel 109bis, § 2, Ger.W. geldt de regel dat ze in principe toegewezen worden aan een kamer met één raadsheer tenzij de eiser in zijn hoofdakke van hoger beroep of de gedaagde schriftelijk in de in artikel 1061 bedoelde verklaring, een collegiale kamer vragen (art. 109bis, § 2, tweede en derde lid, Ger.W.). Een belangrijk interpretatieprobleem rees sinds de wet van 1985 betreffende de vraag of het keuzerecht geldt voor het 1° en het 2° van artikel 109bis, § 2, dan wel alleen voor het 1°. Ook de wet van 1992 heeft hierin geen verduidelijking gebracht.

Op die vraag werd uitvoerig ingegaan door procureur-generaal Van Honsté in zijn advies bij de beslissing van de voorzitter van het Hof van Beroep te Brussel. De procureur-generaal haalt er de parlementaire behandeling bij, baseert zich op de algemene interpretatieregelen en gebruikt ook grammaticale argumenten om aan te tonen dat het keuzerecht wel degelijk bestaat, zowel voor het 1° als voor het 2° van art. 109bis, § 2, Ger.W. De beschikking die erop volgt redeneert in dezelfde richting.²⁷

Dit advies werd herhaald en bekrachtigd in de rechtspraak, o.m. door het Hof van Beroep te Antwerpen,²⁸ dat het analoge advies van substituut-procureur-generaal Missal volgde en door het Hof van Beroep te Luik.²⁹ Het wordt ook door de rechtsleer gevolgd.³⁰

12. Hoe moet dit nu gebeuren? Reeds bij de opstelling van de teksten in 1985 werden er (vergeefse) pogingen ondernomen om de uitdrukking «in hoofdakke van beroep» aan te passen.³¹ Volksvertegenwoordiger Baert wees er toen verschillende malen op dat die uitdrukking geen zin heeft aangezien niet de akte maar wel het hoger beroep principaal is. Die akte zal een deurwaardersexploot zijn, een verzoekschrift, een ter post aangetekende brief of een conclusie naargelang de verschillende gevallen opgesomd in art. 1056 Ger.W. De eiser in hoger beroep moet het in die akte van hoger beroep aanvragen. De rechtspraak is daarin nogal soepel: de simpele vermelding van een kamer met drie raadshe-

ren wordt aanvaard als een uitdrukkelijke aanvraag tot toewijzing van de zaak aan een collegiale kamer.³²

13. Voor de geïntimeerde heeft de wetgever in 1992 aan heel wat problemen een oplossing geboden door een nieuwe regeling uit te werken.³³ Nu moet de verweerder die drie raadsheeren wenst, dit schriftelijk vragen in de in artikel 1061 bedoelde verklaring (art. 109bis, § 2, derde lid, in fine, Ger.W.). Bedoeld wordt de verklaring van verschijning die de gedaagde in hoger beroep ter zitting dient af te leggen, onverminderd de toepassing van art. 729 Ger.W. (art. 1061 Ger.W.).

Als het hoger beroep wordt ingesteld bij gerechtsdeurwaardersexploot of bij verzoekschrift (art. 1056, 1° en 2°, Ger.W.), moet de akte van hoger beroep op straffe van nietigheid de plaats, de dag en het uur van verschijning vermelden (art. 1057, eerste lid, 8°, Ger.W.).

Als het hoger beroep wordt ingesteld bij aangetekend schrijven aan de griffie (in de limitatief opgesomde gevallen van artikel 1056, 3°, Ger.W.), roept de griffier de partijen op om te verschijnen op de zitting die de rechter bepaalt (art. 1057, eerste lid, 8°, in fine, Ger.W.).

Als ten slotte het hoger beroep wordt ingesteld bij conclusie, is dit een incidenteel beroep, en zal er een verschijning meegedeeld worden voor het hoofdberoep op een van de hierboven vermelde wijzen, die dan uiteraard ook zal gelden voor het incidenteel beroep.

Kortom: de geïntimeerde wordt altijd op de hoogte gebracht van de verschijning. Op die dag van verschijning moet hij schriftelijk een collegiale kamer aanvragen zo hij dat wenst. Dit kan nu niet meer bij aangetekende brief maar moet gebeuren via een vermelding van de keuze in de door hem schriftelijk af te leggen verklaring van verschijning.³⁴

14. Van die regeling wordt afgeweken in één geval: wanneer beide partijen, met toepassing van artikel 729 Ger.W., niet persoonlijk verschijnen op de inleidingszitting. Dit kan maar onder twee voorwaarden: de zaak kan niet bij de inleiding worden bepleit en de advocaten van beide partijen moeten het onderling eens zijn artikel 729 toe te passen. In plaats van te verschijnen zullen de advocaten vooraf schriftelijk aan de griffier verklaren dat zij in de zaak optreden, en dit wordt dan aangetekend op het zittingsblad (art. 729 Ger.W.). In die schriftelijke verklaring zal ook de aanvraag van drie raadsheeren opgenomen moeten worden. Bij gebrek aan akkoord daarover zullen de partijen nog altijd in persoon kunnen verschijnen, waarbij de geïntimeerde zijn slag zal thuishalen via een schriftelijke aanvraag op de inleidingszitting. Het heeft dus geen zin daar als appellant niet mee in te stemmen.

Een voorstel, gebaseerd op een artikel van R.O. Dalcq,³⁵ om ook een keuzerecht te geven aan de eerste voorzitter van het hof van beroep, werd afgewezen.³⁶

²⁶ KEBERS, A., «La loi du 19 juillet 1985 relative à la création de chambres à conseiller unique au sein des cours d'appel», *I.c.*, 682.

²⁷ Brussel (voorz.), 19 februari 1986, *R.W.*, 1985-86, 2233, advies proc.-gen. VAN HONSTÉ, V.

²⁸ Antwerpen (voorz.), 26 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1269, advies subst.-proc.-gen. MISSAL.

²⁹ Luik (voorz.), 23 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 133, noot A.K.

³⁰ KEBERS, A., «La loi du 19 juillet 1985 relative à la création de chambres à conseiller unique au sein des cours d'appel», *I.c.*, 679; LAENENS, J. en VANDEPLAS, A., «De alleensprekende raadsheer», *I.c.*, 758.

³¹ *Hand., Kamer*, 1984-85, 19 juni 1985, 2926.

³² Luik, 27 februari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1297.

³³ Voor een bespreking van de vroegere problemen zie LAENENS, J. en VANDEPLAS, A., «De alleensprekende raadsheer», *I.c.*, 760.

³⁴ Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1991-92, nr. 301/2, 18; verder te citeren «Verslag Arts».

³⁵ DALO, R.O., «Le conseiller unique et l'arriéré judiciaire», *J.T.*, 1992, 317.

³⁶ Verslag ARTS, 26-27.

15. Ten slotte moet nog vermeld worden dat de keuze onherroepelijk is. Heeft een partij drie raadsheren gevraagd, dan kan ze daar niet meer op terugkomen.³⁷

Als men geen drie raadsheren gevraagd heeft, of de aanvraag gebeurde ongeldig of te laat, is dit ook definitief.³⁸

Net zoals onder de vorige regeling is een aanvraag bij conclusie ongeldig en dus zonder gevolg.³⁹

Toch voorziet de wet zelf in een kleine uitzondering op dit onherroepelijk karakter: in geval van samenhang met ten minste één zaak die voor een collegiale kamer gebracht moet worden, zal de toebedeling aan een alleensprekende raadsheer toch herroepen worden (art. 109bis, § 4, Ger.W.).⁴⁰

E. De verdelingsincidenten

16. Nu bepaald is welke raadsheren in het hof alleen respectievelijk collegiaal zitting nemen, dringt zich het onderzoek op hoe problemen i.v.m. grijze zones tussen de verschillende categorieën van zaken opgelost worden en de zaken toegewezen worden aan deze of gene kamer. De wet van 19 juli 1985 vulde daartoe art. 109 Ger.W. aan: de verdelingsincidenten worden overeenkomstig art. 88, § 2, Ger.W. opgelost, wat evenwel aanleiding heeft gegeven tot een aantal problemen en een brede waaier van rechtspraak.

Het probleem rijst al bij de lectuur van art. 88, § 2, Ger.W.: incidenten i.v.m. de verdeling van de burgerlijke zaken onder de afdelingen, kamers of rechters van een zelfde rechtbank van eerste aanleg worden geregeld door de voorzitter van de rechtbank.

In de eerste plaats is dit geen incident i.v.m. verdeling van zaken binnen een rechtbank van eerste aanleg, maar wel bij het hof van beroep: dus art. 88, § 2, Ger.W. is niet van toepassing op dit probleem. Toch verklaart art. 109 Ger.W. dit artikel wel van toepassing. Maar zelfs als we dit artikel willen toepassen, zullen we het eerst moeten «interpreteren» (lees: grondig aanpassen); anders beoordeelt de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg een verdelingsincident bij het hof van beroep. Het zal dus de voorzitter van het hof van beroep moeten zijn die het incident beslecht, nadat hij het advies van de procureur-generaal (i.p.v. de procureur des Konings vermeld in art. 88, § 2, Ger.W.) heeft ingewonnen. Een correcte toepassing gebeurde door het Hof van Beroep te Brussel,⁴¹ alsook door het Hof van Beroep te Luik.⁴²

17. Een tweede probleem betreft de voorziening in cassatie die openstaat voor de procureur-generaal bij het hof van beroep krachtens art. 88, § 2, tweede lid, Ger.W. De vraag of dit de rechtsbescherming niet ondermijnt, dringt zich hier op, want de voorziening moet ingesteld worden door de per-

soon die zelf het advies heeft verleend voor de beschikking van de eerste voorzitter van het hof van beroep.

In de veronderstelling dat een foutief advies werd gegeven en overgenomen door de eerste voorzitter, is tegen die foutieve beschikking geen beroep meer mogelijk (want de procureur-generaal zal normaliter geen voorziening instellen tegen een redenering die hij zelf heeft opgebouwd). Toch is dit de regeling en ze wordt ook regelmatig herhaald in de rechtspraak⁴³ en in de rechtsleer.⁴⁴

18. Een derde punt betreft het ogenblik waarop men het verdelingsincident moet opwerpen. Dit is bijvoorbeeld van belang voor een partij die de toewijzing aan een kamer met drie raadsheren vraagt en dit niet krijgt. Zij moet dan «vóór ieder ander middel» (art. 88, § 2, Ger.W.) dit incident opwerpen voor de eerste voorzitter van het hof van beroep. De zittende kamer kan dit ook ambtshalve opwerpen «bij de opening van de debatten» (art. 88, § 2, Ger.W.).

Dit gaf aanleiding tot nogal wat rechtspraak, die echter uniform besliste de tekst rigide toe te passen. Verschillende voorzieningen in cassatie⁴⁵ werden verworpen op grond van het feit dat de zittende kamer pas na het openen van de debatten tot de ontdekking kwam dat er een verdelingsincident in de zaak verscholen zat. Ook het geval waarin de gevraagde drie raadsheren niet verkregen waren, werd afgewezen omdat de partij dit niet vóór ieder ander middel opwierp.

Een correcte toepassing van de ambtshalve opwerping bij de opening van de debatten vond plaats in de Hoven van Beroep te Luik en te Brussel.⁴⁶

Maar de zittende kamer mag ook niet verder gaan dan het opwerpen van het incident en mag er zelf niet over beslissen.⁴⁷ Vergeten we overigens niet dat een samenstellingsgeschil niet voor het eerst in cassatie mag worden opgeworpen omdat dit de bevoegdheid niet raakt.⁴⁸

F. De sanctieregeling en de termijnen

19. Wat is de aard van de regels die de zaken verdelen tussen de alleensprekende raadsheren respectievelijk collegiale kamers? De rechtspraak beschouwt ze als regels van open-

³⁷ Luik, 25 juni 1987, *Pas.*, 1987, II, 109, noot A.K.; Bergen, 3 november 1987, *J.T.*, 1988, 46; A.K., noot onder Rb. Doornik, 3 februari 1987, *Pas.*, 1987, III, 53, en KEBERS, A., noot onder Rb. Marche-en-Famenne, 24 december 1987, *J.T.*, 1988, 442.

³⁸ Cass., 23 februari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 824.

³⁹ Luik, 18 mei 1990, *J.T.*, 1990, 675.

⁴⁰ KEBERS, A., noot onder Rb. Marche-en-Famenne, 24 december 1987, *J.T.*, 442.

⁴¹ Brussel (voorz.), 19 februari 1986, *R.W.*, 1985-86, 2233, advies proc.-gen. VAN HONSTÉ, V. en *J.T.*, 1986, 234, advies proc.-gen. VAN HONSTÉ, V., noot KEBERS, A.

⁴² Luik (voorz.), 2 maart 1987, *Pas.*, 1987, II, 109, noot A.K.

⁴³ Cass., 1 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 1262, concl. adv.-gen. DECLERCO, R. en *R.W.*, 1990-91, 634, concl. adv.-gen. DECLERCO, R., noot; Cass., 22 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 1365, en *R.W.*, 1990-91, 1087 noot; Cass., 25 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 1446 noot en Cass., 1 februari 1991, *J.T.*, 1991, 725.

⁴⁴ KEBERS, A., noot onder Brussel (voorz.), 19 februari 1986, *J.T.*, 1986, 234.

⁴⁵ Cass., 23 februari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 824; Cass., 1 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 1262, concl. adv.-gen. DECLERCO, R. en *R.W.*, 1990-91, 634, concl. adv.-gen. DECLERCO, R., noot; Cass., 22 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 1365, en *R.W.*, 1990-91, 1087, noot; Cass., 25 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 1446, noot, en *Pas.*, 1991, I, 207; Cass., 1 februari 1991, *Pas.*, 1991, I, 532, en *J.T.*, 1991, 725; Cass., 18 april 1991, *Pas.*, 1991, I, 745, en *J.T.*, 1991, 725; Bergen, 3 november 1987, *J.T.*, 1988, 46.

⁴⁶ Brussel (voorz.), 19 februari 1986, *R.W.*, 1985-86, advies proc.-gen. VAN HONSTÉ, V. en *J.T.*, 1986, 234, advies proc.-gen. VAN HONSTÉ, V., noot A.K.; Luik (voorz.), 2 maart 1987, *Pas.*, 1987, II, 109, noot A.K.

⁴⁷ A.K., noot onder Luik, 25 juni 1987, *Pas.*, 1987, II, 109.

⁴⁸ Cass., 27 september 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, 108, *Pas.*, 1989, I, 96; Cass., 9 februari 1990, *Pas.*, 1990, I, 682.

bare orde.⁴⁹ Volgens het Hof van Cassatie echter heeft de verdelingsregeling tussen één dan wel drie raadsheren geen betrekking op de bevoegdheid en kan ze dan ook niet voor het eerst in cassatie worden opgeworpen.⁵⁰ Daaruit kan men besluiten dat de regeling ook niet van openbare orde is aangezien regels van openbare orde altijd voor het eerst in cassatie opgeworpen mogen worden.

De sanctie voor het niet naleven van die regels is de nietigheid van de beslissing, op voorwaarde dat het middel niet voor het eerst in cassatie is opgeworpen.⁵¹ Bij zijn bespreking van de sanctieregeling ontspooit A. Kebers hier: in het arrest van het Hof van Cassatie van 5 februari 1982 zegt het Hof dat de bevoegdheidsregels (en niet de regels i.v.m. de samenstelling van de gerechtshoven) van openbare orde zijn. Het arrest zegt wel dat een schending van regels van openbare orde de nietigheid van de beslissing met zich meebrengt.

20. Wat de termijn betreft bepaalt artikel 109bis, § 2, derde lid, Ger.W. dat de termijn voorgeschreven is op straffe van verval. Dit betekent dat de rechter geen belangenschade hoeft te zoeken om de rechtshandeling die de termijn niet naleeft nietig te verklaren (art. 862 Ger.W.). Bovendien kan dit verval gedekt worden door een vonnis of arrest op tegenspraak, behalve datgene dat een maatregel van inwendige aard inhoudt, gewezen zonder dat het verval door de partij is voorgedragen of door de rechter ambtshalve is uitgesproken (art. 864 Ger.W.).

G. De inwerkingtreding en de overgangsmaatregelen

21. Wat betreft de inwerkingtreding bestaat er geen enkel probleem: ze wordt duidelijk bepaald in artikel 61 van de wet van 3 augustus 1992: «Deze wet treedt in werking de eerste dag volgend op de vierde maand na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. «De wet werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 31 augustus 1992, en trad dus in werking op 1 januari 1993. Volgens J. Laenens is deze datum slecht gekozen: door een procedurewet in werking te laten treden in het midden van een gerechtelijk jaar i.p.v. op 1 september ontstaan meer moeilijkheden.⁵²

Zoals in 1985 heeft de wetgever in 1992 niet in overgangsmaatregelen voorzien. De problemen van overgangsrecht die toen in 1985 rezen voor de aanhangige zaken die nog ingeleid moesten worden en waarvan de toenmalige keuzetermijn (dertig dagen vanaf de betekening of kennisgeving van de akte van hoger beroep) reeds verstreken was, zijn nu, door het invoeren van de verklaring ter zitting, om twee redenen uit den boze.

Ten eerste is de termijn van dertig dagen vervangen door een verklaring ter zitting. Dit wil zeggen dat de keuze later in de zaak dient te gebeuren, zodat de zaken die aanhangig gemaakt zijn maar nog niet vastgesteld zijn (in tegenstelling tot de situatie in 1985) nog altijd voor een alleensprekende raadshere dan wel een collegiale kamer gebracht kunnen worden.

Ten tweede, en dit is de belangrijkste reden waarom er ditmaal geen zulke problemen van overgangsrecht meer zijn, heeft de wetgever niets inhoudelijks gewijzigd voor de hoven van beroep. Het zijn nog altijd dezelfde soorten van zaken die in dezelfde categorieën zijn ondergebracht.

2. De alleensprekende rechter

A. Historie

22. Zoals gezegd installeerde de wet van 4 augustus 1832 drie rechters in de kamers van de rechtbanken van eerste aanleg. Dit bleef behouden tot de wet van 15 oktober 1919 voor alleensprekende rechters zorgde. (In 1912 was er wel al een alleensprekende kinderrechter ingevoerd,⁵³ om het repressief en intimiderend karakter van drie rechters te verminderen.) Er werden een aantal categorieën van zaken toegewezen aan die alleensprekende rechters (enig artikel IV) maar de collegialiteit bleef de regel. Belangrijk is ook te noteren dat de alleensprekende rechter slechts uitspraak mocht doen nadat hij het advies van het O.M. had gehoord (enig artikel, VI). Ten slotte is het belangrijk op te merken dat de wetgever deze wet ook heeft ingevoerd om de grote gerechtelijke achterstand (vlak na de oorlog) in te dijen. Deze regeling bleef van kracht tot de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek.

Dit wetboek behield het systeem van de unus iudex, en draaide het tegelijk om: de enige rechter werd nu de algemene regel, waarop de collegiale kamer de limitatief omschreven uitzondering was.

De wet van 25 juli 1985⁵⁴ wijzigde hier een en ander in. Voordien moesten de vorderingen betreffende de staat van personen en het hoger beroep tegen vonnissen van de vrederechters altijd aan drie rechters worden toegewezen (oud art. 92, § 1, 1°, Ger.W.). Sinds 1985 worden die zaken aan een unus iudex toegewezen indien een van de partijen zulks eist, uiterlijk bij het aanvragen van een rechtsdag conform (oud) art. 750 of via de (oude) artikelen 752, 753, 755 of 756 (oud art. 91, derde lid, in fine, Ger.W.). Ten slotte schafte de wetgever de verplichte verwijzing van de strafzaken omschreven in de (ondertussen opgeheven) artikelen 388 en 389 van het Strafwetboek naar een collegiale kamer. Alleen het overspel (oud art. 387 Sw.) diende nog voor een collegiale kamer te komen. (Hier vergat de wetgever bij de wet van 20 mei 1987, die het overspel depenaliseerde, deze bepaling te schrappen, zodat de wet bleef verwijzen naar het opgeheven art. 387 Sw.)

23. Het vreemde zit nu hierin dat de wetgever in 1992 op zijn stappen is teruggekeerd. Terwijl de hele chronologische ontwikkeling er een is van alsmaar uitbreiden van het systeem van unus iudex en van het terugdringen van de collegiale kamers, zet de wetgever a.h.w. een stap terug en breidt hij het aantal zaken die verplicht voor drie rechters moeten komen, opnieuw uit. Te veel onervaren jonge magistraten zouden meer hogere beroepen veroorzaakt hebben zodat de re-

⁴⁹ Bergen, 3 november 1987, *J.T.*, 1988, 46.

⁵⁰ Cass., 27 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 108.

⁵¹ Cass., 5 februari 1982, *J.T.*, 1983, 311; concl. adv.-gen. DECLERCQ, R., onder Cass., 1 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 634.

⁵² SENAËVE, P., e.a. «Mini-enquête: de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek», *K.J.V.*, 1992, nr. 4, (2), 3.

⁵³ Art. 11, Loi 15 mei 1912 sur la protection de l'enfance, *B.S.*, 27-29 mei 1912.

⁵⁴ Wet 25 juli 1985 tot wijziging van de artikelen 91 en 92 van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.*, 14 augustus 1985, 11703.

medie inadequaaf bleek om de kwaal van de achterstand te bestrijden.⁵⁵

Ten eerste moet het hoger beroep tegen vonnissen van vrederechters nu opnieuw altijd voor een collegiale kamer komen (art. 92, § 1, 3°, Ger.W.). Ten tweede moeten nu ook de burgerlijke rechtsvorderingen tot verbetering van akten van de burgerlijke stand en de verzoeken tot herroeping van het gewijsde altijd aan drie rechters worden toegewezen (art. 92, § 1, 1° resp. 5°, Ger.W.). Voor het overige wordt de procedure gewijzigd, zoals hierna te bespreken.

B. De verschillende categorieën van zaken

24. In tegenstelling tot de regeling voor de hoven van beroep worden voor de rechtbanken van eerste aanleg zowel de straf- als de burgerlijke zaken geregeld, alsook de tuchtrechtelijke geschillen.

1° De strafzaken

25.a. *Zaken die altijd voor een enkelvoudige kamer komen.* De artikelen 91 en 92 spreken nergens van strafzaken die verplicht en zonder keuzemogelijkheid aan een alleensprekende rechter toegewezen moeten worden. Op het eerste gezicht is dit een niet bestaande categorie, maar toch bestaan er zulke zaken, en wel krachtens de wet van 25 oktober 1919 (B.S., 9 november 1919, 5929). In zijn «eenig» artikel, XV, staat: «De bevoegdheden van de raadkamer der rechtbank van eersten aanleg in strafzaken worden opgedragen aan eene kamer met één rechter.» Deze paragraaf is in de vele wetwijzigingen ongedoerd gebleven en is nog steeds van kracht; meer nog, krachtens art. 2 Ger.W. is de toepassing van deze alinea imperatief.⁵⁶

26.b. *Zaken toegewezen aan één rechter behoudens afwijkende keuze door het O.M. of door de beklaagde.* Alle strafzaken, onder voorbehoud van art. 92 Ger.W., worden in principe toegewezen aan een alleensprekende rechter (art. 91, eerste lid, Ger.W.). Maar in strafzaken bestaat voor al die zaken de mogelijkheid voor het O.M. (sinds 1992) en voor de beklaagde om drie rechters te vragen (art. 91, tweede lid, Ger.W.).

27.c. *Zaken die altijd aan drie rechters toegewezen moeten worden.* Dit zijn alle zaken van hoger beroep tegen vonnissen gewezen door de politierechtbank (art. 91, § 1, 3°, Ger.W.) en de strafzaken betreffende misdrijven tegen de openbare orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid (art. 91, § 1, 4°, Ger.W.). Wat is daarvan de ratio legis? Voor het hoger beroep tegen de vonnissen van de politierechtbank wil de wetgever vermijden dat een alleensprekend rechter, die soms veel minder ervaring heeft dan de politierechter, het vonnis vernietigt of wijzigt.⁵⁷ Voor de zaken opgesomd in art. 92, § 1, 4°, Ger.W. (dit omvat abortus, kinderverlating, ontvoering van een minderjarige, aanranding van de eerbaarheid, verkrachting,...) geldt dat, voor zover ze nog cor-

rectioneel zijn, drie rechters vereist zijn gezien het feit dat er dikwijls persoonlijke opvattingen van de magistraat bij betrokken zijn. Het college zorgt ervoor dat in die gevallen, via de confrontatie van de meningen, het onpersoonlijk karakter van het gerecht bewaard blijft.⁵⁸

De gecorrectionaliseerde misdaden worden dus niet verplicht aan een kamer met drie rechters toegewezen. Net zoals in een vroeger wetsvoorstel,⁵⁹ wilde de senaatscommissie dit nochtans invoeren gezien de ernst van deze zaken. De minister stelde echter voor deze verplichting te schrappen, wat de senaatscommissie niet wilde aanvaarden. Pas toen de vertegenwoordiger van de minister aandrong, en daarbij verzekerde dat het parket in deze zware zaken een «verantwoorde keuze zal maken» en niet alle zaken «systematisch voor een kamer met een alleenzetelend rechter» zal brengen, stemde de senaatscommissie ermee in voor deze zaken niet in de verplichte toewijzing aan drie rechters te voorzien.⁶⁰

2° De tuchtzaken

28. Tuchtzaken moeten toegewezen worden aan drie rechters (art. 92, § 1, 6°, Ger.W.). Het zijn zaken waarvan de ondervinding aantoonde «hoe kies de beoordelingen zijn die ze vergen». ⁶¹ Van Reepinghen vermeldt ook dat het gaat om de tucht van de gerechtsdeurwaarders en de notarissen (cf. art. 571 Ger.W.). Laten we bijvoorbeeld het notarieel tuchtrecht bekijken: er wordt een onderscheid gemaakt tussen de lagere tuchtstraffen (berisping, afkeuring, verlies van stemrecht in de algemene vergadering,...) die alleen door de Tuchtkamer der Notarissen worden uitgesproken, en de hogere tuchtstraffen (schorsing voor een bepaalde termijn, afzetting en disciplinaire geldboete) die alleen door de rechtbank van eerste aanleg kunnen worden uitgesproken. ⁶² Die moet dan altijd met drie rechters oordelen.

3° De burgerlijke zaken

29.a. *Zaken toegewezen aan de kamers met één rechter.* De enige partij in burgerlijke zaken die definitief en zonder mogelijkheid van keuze voor een unus iudex komt, is de partij die vrijwillig of gedwongen tussenkomt (art. 91, vijfde lid, in fine, Ger.W.).

30.b. *Zaken toegewezen aan één rechter behoudens afwijkende keuze van een der partijen.* Dit is de algemene regel geworden: vóór 1992 kon alleen voor vorderingen betreffende de staat van personen en voor het hoger beroep tegen vonnissen van de vrederechter voor een collegiale kamer gekozen worden. Nu is voor alle burgerlijke zaken de vraag tot verwijzing naar een collegiale kamer mogelijk. Dit past volledig in het kader van de stap die de wetgever terug heeft gezet, om de unus iudex wat in te krimpen t.v.v. de collegiale rechtspraak.⁶³

⁵⁸ VAN REEPINGHEN, C., o.c., 127.

⁵⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 92 van het Gerechtelijk Wetboek, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 259/1.

⁶⁰ Verslag Arts, 19-22.

⁶¹ VAN REEPINGHEN, C., o.c., 128.

⁶² WEYTS, L., *Inrichting van het notariaat en plichtenleer i.v.m. het beroep*, Leuven, Acco, 1991, 117.

⁶³ Ontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, 3.

⁵⁵ PARMENTIER, S., «De gerechtelijke achterstand en het gewicht van de tijd», in *Recht: schijn en werkelijkheid*, Tegenspraak Cahier 13, Gent, Mys & Breesch, 1992, (9), 14-15.

⁵⁶ Rb. Brussel (Rk.), 10 december 1991, *R.D.P.*, 1992, 700, noot BOSLY, H.; Rb. Luik (Rk.), 5 februari 1992, *R.D.P.*, 1992, 702.

⁵⁷ Verslag Arts, 18.

In iedere burgerlijke zaak kan elke partij (behalve, zoals gezegd, de vrijwillig of gedwongen tussenkomende partij) de verwijzing naar een collegiale kamer vragen. J. Englebert stelt zelfs dat voor de jeugdkamers van de rechtbank van eerste aanleg, alsook voor de beslagrechter de keuze van drie rechters wettelijk gezien mogelijk is (gezien de algemene draagwijdte van art. 91 Ger.W.). Dit zou natuurlijk aanleiding geven tot praktische problemen, vooral in de kleinere rechtbanken van eerste aanleg.⁶⁴

31.c. *Zaken die altijd aan drie rechters toegewezen moeten worden.* Dit zijn in de eerste plaats de burgerlijke rechtsvorderingen tot verbetering van akten van de burgerlijke stand (art. 92, § 1, 1°, Ger.W.; bijvoorbeeld het rechtzetten van een verkeerde schrijfwijze van een familienaam). Deze zaken werden door de wetgever vermeld om een einde te maken aan de dubbelzinnigheid⁶⁵ die volgens bepaalde rechtspraak bestond tussen art. 1384, eerste lid, Ger.W. en de artikelen 91 en 92 Ger.W.⁶⁶

Ten tweede zijn dit ook de burgerlijke rechtsvorderingen aangebracht n.a.v. drukpersmisdriven (art. 92, § 1, 2°, Ger.W.). Dit is een ongewijzigde overname van de vorige regeling.

Ten derde voert de wetgever hier het hoger beroep tegen vonnissen gewezen door de vrederechter (opnieuw) ten tonele (art. 92, § 1, 3°, Ger.W.). De motivering is ook hier dat het niet opgaat een soms onervaren alleensprekende rechter te laten oordelen over het werk van een soms ervaren vrederechter.⁶⁷

Ten vierde wordt het verzoek tot herroeping van het gewijsde toegewezen aan drie rechters. Dit is een uitzonderlijke procedure die geregeld wordt in de artikelen 1132-1139 Ger.W. en waarvan de wetgever nu plots oordeelt dat ze «een specifiek karakter vertoont, zodat de behandeling door een kamer met drie rechters verantwoord is».⁶⁸

Ten slotte dient hier gewezen te worden op een schoonheidsfoutje van de wetgever van 1992: in art. 30, § 3, van de wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke wordt gezegd dat elk hoger beroep tegen een vonnis gewezen door de vrederechter i.v.m. deze materie, door drie rechters behandeld moet worden. Dit was in 1990 nuttig, omdat het hoger beroep tegen een vonnis van de vrederechter niet automatisch voor een collegiale kamer kwam, maar is nu, sinds de wijziging van art. 92, § 1, 3°, Ger.W. in 1992, een overbodige herhaling geworden. Ofwel voorziet de wetgever dat hij binnenkort het systeem nog eens zal omdraaien...

B. De aanwijzing van de alleensprekende rechter

32. Die aanwijzing gebeurt, krachtens art. 195 Ger.W., door de eerste voorzitter van het hof van beroep na het schriftelijk en met redenen omkleed advies van de procureur-generaal, van de voorzitter van de rechtbank van eerste

aanleg en van de stafhouder van de Orde van Advocaten te hebben gevraagd.

Het ziet ernaar uit dat de wetgever meer vertrouwen heeft in de raadsheren in het hof van beroep dan in de rechters in de rechtbank van eerste aanleg. Voor de raadsheren is er namelijk alleen een schriftelijk en met redenen omkleed advies van de procureur-generaal nodig en de eerste voorzitter van het hof van beroep wijst ze aan (art. 210bis, Ger.W.).

Dit heeft misschien te maken met het feit dat de bekwaamheid meer een rol speelt bij de benoemingen van raadsheren, terwijl de politieke invloed in de benoeming van een rechter in eerste aanleg voor 100 procent kan spelen. Voor de hoven van beroep moeten de kandidaten namelijk voorgedragen worden op twee lijsten van twee kandidaten, de ene door die hoven, de andere door de provincieraden voorgelegd (art. 151, tweede lid, Grondwet). Die voordracht is voor de rechters in de rechtbanken van eerste aanleg niet vereist, wat toestaat te veronderstellen dat de voordracht (vooral die van het hof van beroep) eerder op bekwaamheid gebaseerd zal zijn dan op politieke overwegingen. Bovendien is die voordracht ook nodig voor de benoeming van de voorzitter (en van de ondervoorzitter) van de rechtbank van eerste aanleg: ook op die belangrijke post zullen bekwaamheidsoverwegingen eerder doorwegen. Dit alles zou nu echter geen probleem meer mogen opleveren door de wet op de depolitisering van de benoemingen van magistraten.⁶⁹

D. Uitoefening van het keuzerecht

1° Strafzaken

33. Voor het O.M. is de uitoefening klaar en eenvoudig: het O.M. moet zijn keuze vermelden in de dagvaarding (art. 91, tweede lid, in limine, Ger.W.).

Voor de beklaagde dient een onderscheid gemaakt te worden. In de eerste hypothese wordt hij opgeroepen voor de raadkamer met het oog op de regeling van de procedure. Dan moet hij het vragen bij die verschijning (art. 91, tweede lid, Ger.W.).

In de tweede hypothese echter wordt de beklaagde onmiddellijk voor de correctionele rechtbank gedagvaard, zonder dat hij eerst voor de raadkamer is opgeroepen. In dit geval zegt de wet nogal vaag dat «hij zijn verzoek (kan) formuleren binnen acht dagen na de dagvaarding» (art. 91, vierde lid, Ger.W.). Die termijn van acht dagen werd al tijdens de bespreking in de commissies voor de Justitie⁷⁰ als te kort gezien; ook de doctrine formuleerde reeds haar kritiek.⁷¹ Hoe moet dit dan gebeuren? De wetgever heeft enerzijds willen voorkomen dat de verdachte te weinig tijd zou hebben om een verantwoorde beslissing te kunnen nemen, en anderzijds

⁶⁹ Wet 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, B.S., 26 juli 1991, 16500.

⁷⁰ Verslag Arts, 13-16 en verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer VAN PARYS, *Gedr.St., Kamer*, 1991-92, nr. 566/3, 6 en 13-14.

⁷¹ MOEYKENS, F., «Enkele kritische beschouwingen bij de nieuwe procedureregels vanaf 1 januari 1993», *T.V.B.R.*, 1992, (145), 146; SCHEERS, D., *Het vernieuwd Gerechtelijk Wetboek; een praktische commentaar bij de Wet van 3 augustus 1992*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 20.

⁶⁴ ENGLEBERT, J., «La loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire», *J.P.*, 1993, nr. 232, (16), 19.

⁶⁵ P.M., noot onder Luik, 16 april 1991, *Pas.*, 1991, II, 135.

⁶⁶ Verslag Arts, 18.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

willen vermijden dat een magistraat nutteloos een dossier onderzoekt en dan hoort dat de beklagde drie rechters vraagt.⁷² Na veel geharrewar in de senaatscommissie werd uiteindelijk besloten dat de beklagde «zijn verzoek kan formuleren binnen de acht dagen na de dagvaarding» (hoewel het verslag Arts verkeerdelijk van zes dagen spreekt).

34. Enkele twistpunten en hun oplossing. Wat zijn «dagen»? De parlementaire geschiedenis geeft aan dat kalenderdagen worden bedoeld. Wanneer begint de termijn te lopen? Vanaf de dag van de dagvaarding zegt de vertegenwoordiger van de minister. Als een dagvaarding aan een bepaalde partij niet wordt betekend, en deze dus verstek laat gaan en vervolgens verzet aantekent, verliest hij zijn recht drie rechters te vragen. De vertegenwoordiger van de minister bevestigt dit en wijst erop dat die dat vroeger ook niet gekund zou hebben...⁷³

Ooit besliste de Correctionele Rechtbank te Tongeren⁷⁴ dat de advocaat van de beklagde het niet kan vragen. In de bijgaande noot werd daarop fel gereageerd en het Hof van Cassatie volgde dan ook de stelling dat er geen bezwaar is tegen het feit dat de advocaat het in de plaats van zijn cliënt vraagt.⁷⁵

De verwijzing mag wel niet door de rechter zelf gebeuren,⁷⁶ noch door de civielrechtelijk aansprakelijke partij of de burgerlijke partij.

Hierbij past het op te merken dat, na uitoefening van het keuzerecht, noch art. 292 (verbod voor een rechter om een tweede maal, in een *andere* hoedanigheid, kennis te nemen van een zaak) noch art. 6, lid 1, E.V.R.M. (recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter) verbieden dat de oorspronkelijke alleensprekende rechter deel uitmaakt van de collegiale kamer die de zaak toegewezen krijgt.⁷⁷

2° Burgerlijke zaken

35. Het verzoek moet gebeuren op de dag van de inleiding van de zaak. Art. 91, vijfde lid, Ger.W. stelt echter twee voorwaarden: het moet vóór elk verweer gebeuren («in limine litis»)⁷⁸ en het moet schriftelijk gebeuren.

Hoewel P. Lemmens⁷⁹ voorstelt de wet soepel en zinvol toe te passen, en aldus ook een mondelinge vraag op de inleidingszitting te aanvaarden, zijn de tekstargumenten zwaarder dan de voorgestelde teleologische interpretatie.

Allereerst spreekt de wet zelf expliciet van «schriftelijk» verzoek (art. 91, vijfde lid, Ger.W.). Daarnaast werd er ook

in de senaatscommissie verschillende malen op gehamerd: «In burgerlijke zaken blijft de thans bestaande regeling behouden, behalve dat de nieuwe tekst voorschrijft dat het verzoek tot verwijzing naar een kamer met drie rechters voortaan schriftelijk wordt gedaan»⁸⁰ en «De tekst opteert voor een soepele oplossing. Het verzoek kan gebeuren, hetzij bij een verklaring ter griffie, hetzij bij aangetekend schrijven; de enige voorwaarde bestaat erin dat het verzoek schriftelijk gebeurt.»⁸¹

P. Lemmens interpreteert de «soepele oplossing» waarvan sprake als zijnde het openlaten van een deurtje naar een mondelinge verklaring. Dit is een verregaande interpretatie, die in strijd is met het adagium «In claris cessat interpretatio». De wet spreekt namelijk expliciet van schriftelijk, en dan moet dit niet hineininterpretiert worden. De soepele oplossing doelt alleen op het niet eisen van strenge formaliteiten voor het geschrift, wat zowel de toelaatbaarheid van een verklaring op de griffie als een aangetekend schrijven rechtvaardigt. De achterliggende bedoeling was waarschijnlijk tegemoet te komen aan «scripta manent, verba volant», en een teleologische interpretatie zou dan ook in die richting moeten gaan.

Hierbij dient evenwel te worden opgemerkt dat het jammer is dat de wetgever deze mondelinge aanvraag niet toegelaten heeft, want het zou, zoals P. Lemmens terecht aanhaalt, zinvoller geweest zijn.

36. Hoe moet het dan gebeuren? De senaatscommissie spreekt van een verklaring ter griffie of een aangetekend schrijven. Beide partijen kunnen dan ook, vóór de inleidingszitting, een aangetekende brief sturen aan de griffie, of daar ter plaatse een verklaring laten opnemen.

Allereerst de zaken die slechts korte debatten vergen: ze worden gepleit op de inleidingszitting. Als de verweerder hier dilatoir te werk wil gaan, is het aanvragen van drie rechters een ideaal middel (daar de inleidingszittingen voor een alleensprekende rechter gebeuren). Daarom wordt door sommigen gepleit voor de invoering van een collegiale inleidingskamer voor deze soort van zaken.⁸²

Een andere ideale gelegenheid om dit te vragen is het ogenblik waarop partijen, met toepassing van art. 729 Ger.W., niet verschijnen op de inleidingszitting, maar vooraf schriftelijk aan de griffier meedelen dat zij in de zaak optreden.

Ten slotte zal het voor de eiser, net zoals vroeger, mogelijk zijn drie rechters te vragen in zijn gedinginleidende akte.⁸³ De wettekst spreekt weliswaar van een verzoek «op de dag van de inleiding van de zaak», maar als dit strikt tekstueel geïnterpreteerd zou worden, zou bijvoorbeeld de mogelijkheid om bij aangetekende brief een keuze kenbaar te maken, zinloos zijn. Daarnaast zegt ook de senaatscommissie dat «de thans bestaande regeling behouden blijft» behalve dat het verzoek voortaan schriftelijk wordt gedaan.⁸⁴ Onder de

⁷² Verslag Arts, 12.

⁷³ Verslag Arts, 13-16.

⁷⁴ Corr. Tongeren, 12 augustus 1981, *R.W.*, 1981-82, 2843, noot ARNOU, P.

⁷⁵ Cass., 18 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 951, en *R.W.*, 1989-90, 48, noot VANDEPLAS, A.

⁷⁶ Antwerpen, 5 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 2197, noot VANDEPLAS, A.

⁷⁷ Cass., 27 juni 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1291; Cass., 22 januari 1991, *Pas.*, I, 469; Cass., 29 januari 1991, *R.W.*, 1191-92, 123.

⁷⁸ Maar na het aanvragen van een andere taal: zie ENGLEBERT, J., *l.c.*, 19-20.

⁷⁹ LEMMENS, P., «Rechterlijke organisatie», in Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), *Het vernieuwd Gerechtelijk Recht – Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Kluwer, Antwerpen, 55-56.

⁸⁰ Verslag Arts, 11.

⁸¹ *Ibid.*, 16.

⁸² ENGLEBERT, J., *l.c.*, 18 en LAENENS, J. en BROECKX, K., *Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1993, 31.

⁸³ AMEELE, L., «Bespreking van de recente wijzigingen in het Gerechtelijk Wetboek – Wet van 3 augustus 1992», *De Gerechtsd.*, 1993, nr. 93/1.201, (1), 4; LAENENS, J. en BROECKX, K., *o.c.*, 31.

⁸⁴ *Id.*

vorige wet was dit namelijk mogelijk. Een derde argument kan per analogie uit de regeling van art. 109bis, § 2, tweede lid, Ger.W. geput worden. Daar vraagt de appellant ook drie raadsheren in zijn hoofdakte van hoger beroep, dus waarom zou het hier dan niet mogen?

Ook hier is de uitgeoefende keuze definitief en onherroepelijk: partijen kunnen de verwijzing naar een alleensprekende rechter niet meer vragen, ook niet in gemeen overleg.⁸⁵

Een te laat uitgeoefende keuze heeft geen gevolgen: de zaak blijft definitief bij een alleenrechtsprekende rechter.⁸⁶

E. Verdelingsincidenten

37. De verdelingsincidenten zouden hier veel minder problemen mogen opleveren dan in het hof van beroep. Ze worden namelijk ook geregeld volgens art. 88, § 2, Ger.W., dat speciaal geschreven is voor de rechtbanken van eerste aanleg.

Voor de bespreking van het ogenblik waarop het incident moet worden uitgelokt, mag verwezen worden naar de nrs. 16-18: de regeling is namelijk identiek. Het moet in limine litis gebeuren en niet als de zaak al in beraad genomen is door de rechter.⁸⁷ Het is bovendien de rechter niet die de beslissing moet nemen: hij moet alleen het probleem opwerpen en de zaak (tijdig) naar de voorzitter van de rechtbank verwijzen.⁸⁸ Zoniet, dan is de toewijzing, zelfs als ze niet overeenstemt met de gemaakte keuze, definitief.⁸⁹

Maar het niet naleven van de regels uit de artt. 91, 92 en 109bis brengt toch de nietigheid van de beslissing met zich mee (als het niet voor het eerst in cassatie wordt opgeworpen)?⁹⁰ Hier dient echter een onderscheid gemaakt te worden: ⁹¹ als de partijen drie rechters kiezen en ze krijgen er maar één zonder dat ze in limine litis een verdelingsincident opwerpen, sluit de noodzaak van een goede en snelle rechtsbedeling de regel van de onherroepelijke keuze uit. Die regel der onherroepelijkheid staat trouwens nergens in de wet, en is dus zeker geen regel van openbare orde. Anders is het gesteld met de zaken, waarvoor de wet zelf één, respectievelijk drie rechters *verplicht*: als die aan drie respectievelijk één rechter(s) worden toegewezen en door hen/hem worden beslist, raakt dit wel de openbare orde en zal het Hof van Cassatie deze beslissing kunnen vernietigen. Dit is bijvoorbeeld het geval als een burgerlijke rechtsvordering, aangebracht n.a.v. een drukpersmisdrijf, door één i.p.v. drie rechters zou worden berecht.

⁸⁵ Rb. Leuven, 19 juni 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 453.

⁸⁶ Antwerpen, 28 juni 1991, *Pas.*, 1991, II, 185.

⁸⁷ Bergen, 2 mei 1991, *J.T.*, 1992, 39; Rb. Doornik, 3 februari 1987, *Pas.*, 1987, III, 53, noten F.B. en A.K.; Rb. Marche-en-Famenne, 24 december 1987, *J.T.*, 1988, 442, noot KEBERS, A.

⁸⁸ F.B., noot onder Rb. Doornik, 3 februari 1987, *Pas.*, 1987, III, 53.

⁸⁹ FETTWEIS, A., «Une disposition légale souvent méconnue: l'article 88, § 2 du Code judiciaire», *Mélanges en hommage au Professeur Jean Baugniet*, Brussel, Université Libre de Bruxelles, 1976, 272; LAENENS, J., *Commentaar Gerechtelijk recht*, art. 88-3.

⁹⁰ Cf. supra, nr. 19.

⁹¹ KEBERS, A., noot onder Rb. Marche-en-Famenne, 24 december 1987, *J.T.*, 1988, 442.

Ten slotte moet ook hier de voorzitter samenhangende zaken, waarvan minstens één voor drie rechters aanhangig moet worden gemaakt, allen naar een collegiale kamer verwijzen.⁹² Daartoe kan hij de vroegere verdeling wijzigen (art. 92, § 2, Ger.W.).

E. Inwerkingtreding en overgangsmaatregelen

38. Wat betreft de inwerkingtreding kan verwezen worden naar hetgeen supra gezegd werd (nr. 21).

Wat betreft de overgangsmaatregelen is het probleem het feit dat er geen zijn. Anders dan bij de hoven van beroep zijn er bij de rechtbanken van eerste aanleg wel inhoudelijke wijzigingen ingevoerd, wat leidt tot problemen van overgangrecht. Alle zaken die op 1 januari 1993 of later zijn ingeleid, vallen zonder problemen onder de nieuwe regeling.

Wat de zaken betreft die reeds vóór 1 januari 1993 hangende waren moet art. 3 Ger.W. worden toegepast. Zoals destijds werd vastgelegd door het Hof van Cassatie voor de wet van 25 juli 1985, is een wet die de samenstelling van de zetel wijzigt een wet op de rechterlijke organisatie in de zin van art. 3 Ger.W.⁹³ Derhalve is ze van onmiddellijke toepassing, zonder onttrekking aan de instantie van het gerecht waarvoor de zaken op geldige wijze aanhangig zijn (art. 3 Ger.W.).

Als dan het hoger beroep tegen een vonnis van een vrede-rechter nog voor een alleensprekende rechter is gebracht, moet dit herverdeeld worden naar een kamer met drie rechters.⁹⁴ Dit is een regel van openbare orde aangezien de wet daar vanaf 1 januari 1993 drie rechters verplicht. (Anders ware het geweest waren die drie rechters facultatief mogelijk geweest.)

Maar een specifiek soort van gevallen wordt aangehaald door P. Vanlersberghe:⁹⁵ wat als een beklagde in december 1992 voor de raadkamer verscheen en pas na 1 januari 1993 voor de strafrechter ten gronde? Hij heeft namelijk tweemaal de boot gemist en kan dan geen drie rechters meer vragen. Daarom besluit P. Vanlersberghe hier de oude wet verder toe te passen op die gevallen conform het antwoord van de minister van Justitie op een mondelinge vraag door senator Lallemand.⁹⁶

III. Conclusie

39. De wetgever van 1992 heeft ingezien dat hij door de veralgemening van de alleensprekende raadsheren en rechters in 1985 van Scylla in Charybdis is gevallen. De toegepaste tactiek bleek aanleiding te geven tot meer hogere beroepen, wat de bestrijding van de achterstand geenszins vooruit hielp. Daarom werd de unus iudex teruggeschroefd in 1992, waarbij hoofdzakelijk aandacht werd besteed aan het opsplitsen van de zaken in verschillende categorieën, zodat de procedurele uitwerking nogal stiefmoederlijk werd behan-

⁹² Rb. Marche-en-Famenne, 24 december 1987, *J.T.*, 1988, 442, noot KEBERS, A.

⁹³ Cass., 27 oktober 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, 240; Cass., 10 november 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, 285.

⁹⁴ Rb. Namen, 8 maart 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 502.

⁹⁵ VANLERSBERGHE, P., «De werking in de tijd van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek», *P. & B.*, 1993, (85), 86-87.

⁹⁶ *Beknopt Verslag, Senaat*, 1992-93, 22 december 1992, 341.

deld. Een goed voorbeeld is dat de nadruk gelegd wordt op de schriftelijke aanvraag van een collegiale kamer voor bepaalde zaken, doch dat nergens geëxpliciteerd wordt hoe en wanneer die moet gebeuren.

De lege ferenda zou dan ook een duidelijkere uitwerking van de procedure aanbevelenswaardig zijn, zodat een oplossing gegeven kan worden aan de doctrinale controversen die reeds met betrekking tot enkele bepalingen gerezen zijn.

Wat betreft de bestrijding van de gerechtelijke achterstand in het algemeen, dient de vraag van de *unus iudex* in een breder kader te worden gesitueerd. De problematiek van de *unus iudex* is vooral antropologisch: wat is de capaciteit van de ene mens om te oordelen over zijn gelijke. Hoe dan ook blijven zelfs de meest eminente juristen mensen, en is het noodzakelijk om de procesbeslechting, die een ander persoon tot diep in zijn (maatschappelijke, economische, psychologische, financiële,...) positie kan raken, met een

aantal waarborgen te omkaderen. Dit kan zowel de (her)invoering van de collegialiteit zijn als het recht op hoger beroep of de waarborgen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ik opteer voor al die waarborgen samen en spoor liever de overheid, de magistratuur, de balie en de partijen aan om, zonder verlies van die zo essentiële garanties, door een persoonlijke bonafide ingesteldheid bij te dragen tot het reduceren van, *horresco referens*, de gerechtelijke achterstand. Dit toont de band met en de noodzaak van het verder bouwen aan de menselijke opvattingen en waarden als oplossing voor dit probleem.

Zoals de ideale *lex ferenda* ooit tot *lex lata* gedegradeerd wordt, om getranscendeerd te worden door een nieuwe, nog idealere *lex ferenda*, zo moet elke belanghebbende zijn handelwijze durven ter discussie te stellen teneinde de moegetergde Vrouwe Justitia te kunnen opbeuren, of zoals de uitmuntende advocaat Cicero ⁹⁷ het ooit zei: *Cujusvis hominis est errare, nullius, nisi insipientis in errore perseverare*.

Bernard WAUTERS

⁹⁷ CICERO, *Or. Philipp.*, 12, 2, 5: het is ieder mens eigen te dwalen, maar alleen de dwaas in zijn eigen dwaling te volharden.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

13 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. ten Kate

Merk – Verbod van gebruik van een merk – Territoriale werking – Beperking

Een door de rechter van een der Beneluxstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in art. 13, A, BMW opgelegd verbod van gebruik van een merk geldt voor het gebruik van dat merk in het gehele Beneluxgebied, terwijl daarbij niet van belang is of dit ook is gevorderd, noch of de vordering tevens strekt tot nietigverklaring van het merk en doorhaling van de inschrijving daarvan.

De rechter kan echter, indien hij daartoe gronden aanwezig acht, het verbod uitdrukkelijk beperken tot een bepaald gebied, doch ook in dat geval dient hij het gehele Beneluxgebied te betrekken bij de beoordeling van de overeenstemmingsvraag.

N.V. R. t/ B.V. R.
Zaken A 93/1-2.

Conclusie van de advocaat-generaal Th. B. ten Kate (Uittreksel)

10. De eerste te beantwoorden vraag, hierboven vermeld onder 2.1 stemt overeen met die welke Uw Hof heeft beant-

woord bij arrest van 26 maart 1993 onder nr. A92/3, NJ, 1993, 328 (DWFV), R.W., 1992-93, 1439, BIE, 1993, nr. 66, 260 (C.v.N.).

11. Het antwoord zal thans dienovereenkomstig luiden, dat het Benelux-Verdrag en de Eenvormige Beneluxwet aan een verbod, als in de vraag bedoeld, niet in de weg staan. Ik mag hierbij voor de verdere toelichting van dit standpunt naar mijn conclusie, voorafgaande aan dat arrest, verwijzen.

12. In de vragen onder 2.2 en onder 2.3 wordt aan de orde gesteld of de beantwoording van de zojuist besproken vraag onder 2.1 beïnvloed wordt door omstandigheden als in deze vragen nader omschreven.

13. Ik zal voor de beantwoording hiervan allereerst citeren de door Uw Hof in het onder 10 hierboven genoemde arrest onder 7 en 8 gegeven overwegingen ten aanzien van het recht:

«7. Overwegende dat art. 13A BMW, voor zover inhoudende dat de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten tegen het daar omschreven inbreukmakend gebruik, niet de strekking heeft de merkhouders in enigerlei opzicht te beperken in het aanwenden van de middelen die het toepasselijke nationale recht hem in zodanig geval toekent;

8. dat overigens geen enkele bepaling van het Benelux-Verdrag inzake de warenmerken of de BMW, noch het systeem van de BMW, noch enig beginsel van het Beneluxmerkenrecht de rechter van een van de verdragsstaten belet volgens het nationale toepasselijke recht een verbod van zodan-

nig merkinbreukmakend gebruik in de andere verdragsstaten uit te spreken;»

14. Op grond van deze overwegingen volgde in genoemd arrest een ongeclausuleerde beantwoording door Uw Hof van de vraag, zoals hierboven onder 11 verkort weergegeven.

15. De in de vragen onder 2.2 en 2.3 aan de orde gestelde verdere omstandigheden zijn derhalve voor de beantwoording van vraag 2.1 niet van belang.

16. De vraag, of een tot een bepaald gebied van de Benelux – overigens niet noodzakelijkerwijs samenvallende met de nationale grenzen van de drie Staten – beperkt verbod kan worden gegeven, is niet gesteld en was in de beide gedingen ook niet aan de orde, nu de gevraagde geboden en verboden naar vaststelling van het vragenstellende Hof te Arnhem (zie 9 hierboven) voor het gehele Beneluxgebied gevorderd zijn. Zie overigens nog het hieronder onder 19 opgemerkte.

17. Ik teken slechts terzijde aan dat mijns inziens een uitleg van een vordering tot gebod en verbod waarbij geen gebied wordt genoemd, als betrekking hebbende op het gehele Beneluxgebied voor de hand ligt, nu dit gebied merkenrechtelijk als één rechtsgebied behandeld wordt en het gedeponeerde merk zich dwingend over het gehele gebied uitstrekt en niet door overdracht tot delen daarvan kan worden beperkt. Ik verwijs voor dit laatste naar mijn conclusie onder 10-25, die voorafgaat aan het hier reeds meer genoemde arrest van Uw Hof, dat hierboven onder 10 genoemd is. Gezien het in die conclusie onder 14 en 15 aangetekende, treedt de nationale rechter hier als het ware als Benelux-rechter op. Van Nispen in zijn noot onder 4 en 5 onder het arrest van Uw Hof in *BIE*, 1993, 262/263, komt ook tot deze uitkomst, evenals Vlaar in *IER*, 1993, 98 en 102. Verkade in zijn noot onder hetzelfde arrest in *NJ*, 1993, 328, onder 4 en 7, neigt in andere richting. Ik laat het bij deze aanvullende verwijzing naar literatuur, die na het arrest van Uw Hof is verschenen. Aldaar zijn verdere vindplaatsen opgenomen.

18. Gelet op de beantwoording van vraag 2.1 is niet vervuld de voorwaarde waarvan de beantwoording van vraag 2.4 afhangt. Deze beantwoording komt derhalve niet aan de orde. Zoals reeds onder 16 aangetekend, is in dit geval ook niet een vordering aan de orde, die een gebod of verbod verlangt, dat beperkt is tot het rechtsgebied van een van de verdragsstaten.

19. Overigens brengt hetgeen ik in mijn onder 17 hierboven aangehaalde conclusie onder 10-25 uiteenzette over de historie van het verdrag en de daarbij behorende EW (BMW), de strekking daarvan en het stelsel van het verdrag en de EW (BMW), mee dat, verondersteld dat een verbod beperkt tot een deel van het Beneluxgebied zou kunnen worden gevraagd, kwesties als het bestaan van verwarringsgevaar, bijv. wegens auditieve gelijkenis, niet beantwoord kunnen worden uitsluitend aan de hand van hetgeen het publiek ter plaatse zou begrijpen, maar naar criteria die het gehele Beneluxgebied betreffen. Dit zou anders immers mogelijk maken dat toch merkenrechtelijke bescherming per bijv. taalgebied van de Benelux zou kunnen worden verkregen, zulks in strijd met de in het verlengde van de opheffing van handelsbelemmeringen binnen de Benelux Economische Unie liggende doeleinden van de Beneluxmerkenwetgeving. Ik verwijs verder weer naar mijn reeds genoemde conclusie en mijn aantekening onder 17.

De conclusie strekt tot beantwoording van de door het Gerechtshof te Arnhem gestelde vragen in de zaken onder A93/1 en A93/2 in de zin als hierboven onder 11, 15 en 18 aangegeven, zulks in verband met de weergave van de vragen onder 2 en 5.

Arrest

1. Gelet op de op 22 december 1992 door het Gerechtshof te Arnhem uitgesproken arresten in de zaken nrs. 91/161 en 91/170 van de vennootschap naar Frans recht Régie Nationale des Usines Renault S.A. – verder te noemen Renault – gevestigd te Boulogne-Billancourt, Frankrijk, en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Reynolds Aluminium Holland B.V. – verder te noemen Reynolds – gevestigd te Harderwijk, Nederland, waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan dit Hof vragen van uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de merken (BMW) worden gesteld;

2. Overwegende dat het Gerechtshof te Arnhem in beide zaken drie gelijkkluidende vragen heeft gesteld, met in de zaak nr. 91/161 nog een vierde vraag, zodat het Hof aanleiding vindt beide zaken gelijktijdig af te doen;

Ten aanzien van de feiten

3. Overwegende dat het Gerechtshof te Arnhem de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast als volgt heeft omschreven:

In de zaak 91/161:

a. de merken Renault en Reynocar zijn beide ingeschreven in het Benelux-Merkenregister en wel voor soortgelijke waren; de inschrijving van het merk Renault is de oudste;

b. tussen de merken Renault en Reynocar bestaat associatiegevaar vanwege auditieve gelijkenis als die merken in de Franse taal worden uitgesproken; bij uitspraak in de Nederlandse taal bestaat associatiegevaar wegens auditieve gelijkenis niet;

c. in deze procedure heeft Renault de nietigverklaring van het merk Reynocar gevorderd alsmede de doorhaling van dat merk in het Benelux-Merkenregister; nu een rechterlijke beslissing op een dergelijke vordering, mede gelet op artikel 9 van het Benelux Verdrag inzake warenmerken (hierna te noemen: het Verdrag), effect heeft binnen het grondgebied van de gehele Benelux, heeft het hof bij de beslissing of sprake is van associatiegevaar tussen beide merken, geoordeeld dat auditieve gelijkenis reeds aanwezig is, indien in één der talen van de Benelux de uitspraak van beide merken gelijkenis vertoont;

d. ten aanzien van een verbod van gebruik op basis van artikel 13, sub A, van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken (hierna te noemen: BMW), zoals voorts door Renault is gevorderd, – waarbij het hof ervan uitgaat dat dit verbod voor het gehele Beneluxgebied is gevorderd – ontbreekt in Verdrag en BMW een uitdrukkelijke wettelijke bepaling of een dergelijk verbod werking heeft in het grondgebied van de gehele Benelux dan wel (enkel) in het grondgebied van de Staat waarin het verbod wordt gevorderd.

In de zaak 91/170:

a. de merken Renault en Reynotrade zijn beide ingeschreven in het Benelux-Merkenregister en wel voor soort-

gelijke waren; de inschrijving van het merk Renault is de oudste;

b. tussen de merken Renault en Reynotrade bestaat associatiegevaar vanwege auditieve gelijkenis als die merken in de Franse taal worden uitgesproken; bij uitspraak in de Nederlandse taal bestaat associatiegevaar wegens auditieve gelijkenis niet;

c. ten aanzien van een verbod van gebruik op basis van artikel 13, sub A, van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken (hierna te noemen: BMW), zoals door Renault is gevorderd, – waarbij het hof ervan uitgaat dat dit verbod voor het gehele Beneluxgebied is gevorderd – ontbreekt in het Benelux Verdrag inzake de warenmerken (hierna te noemen: het Verdrag) en BMW een uitdrukkelijke wettelijke bepaling of een dergelijk verbod werking heeft in het grondgebied van de gehele Benelux dan wel (enkel) in het grondgebied van de Staat waarin het verbod wordt gevorderd;

4. Overwegende dat het Gerechtshof te Arnhem de volgende vragen van uitleg van de BMW heeft gesteld:

In beide zaken:

1. staat het Verdrag of de BMW eraan in de weg dat de rechter van een der Verdragstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in artikel 13, sub A, BMW een verbod oplegt van gebruik van een merk in andere Verdragstaten?

2. maakt het voor de beantwoording van vraag 1 verschil of bij de vordering als bedoeld in artikel 13, sub A, BMW wel of niet expliciet wordt aangegeven dat het verbod zou moeten gelden voor het gehele Beneluxgebied?

In de zaak 91/161:

3. maakt het voor de beantwoording van vraag 1 verschil of bedoeld verbod gevorderd wordt in combinatie met een nietigverklaring van een merk en een bevel tot doorhaling van dat merk, welke nietigverklaring en doorhaling in elk geval effect hebben in de gehele Benelux?

In beide zaken:

4. indien uit het antwoord op vraag 1 volgt dat een rechterlijk verbod beperkt is tot het grondgebied van de Staat waarin het verbod is opgelegd, moet de rechter bij de beoordeling van de vraag of sprake is van auditieve gelijkenis tussen merk en teken dan toch ook letten op de uitspraak in andere talen van de Benelux of kan of moet hij volstaan met een beoordeling of volgens de uitspraak in zijn nationale taal (talen) zich auditieve gelijkenis voordoet?

...

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van vraag 1

8. Overwegende dat het Hof dezelfde vraag reeds heeft beslist in zijn arrest in de zaak A 92/3 (arrest Barbie van 26 maart 1993, *Jurisprudentie*, deel 14, p. 39) en wel in deze zin dat noch het Verdrag, noch de BMW belet dat de rechter van een der verdragstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in artikel 13, onder A, BMW een verbod oplegt van gebruik van een merk in de andere verdragstaten;

Ten aanzien van vraag 2

9. Overwegende dat het bij deze vraag gaat om een nog niet eerder aan het Hof voorgelegd probleem betreffende de territoriale reikwijdte van een door de rechter krachtens de BMW gegeven verbod van inbreukmakend gebruik van een merk;

10. Overwegende dat, zoals uit de Gemeenschappelijke Toelichting van de Regeringen op artikel 1 van het Verdrag

blijkt, de Verdragsluitende Partijen met de invoering van een voor het gehele Beneluxgebied geldende eenvormige wet op de warenmerken de eenmaking van dat gebied beoogd hebben «op het stuk van de merken»;

11. dat artikel 1 van het Verdrag, zoals wordt opgemerkt in genoemde Toelichting, «voorop stelt het beginsel dat voortaan het merkenrecht in de Beneluxlanden zal beheersen. Een eenvormige wet, opgenomen in de wetgeving, die in de Europese gebieden dier landen geldt, zal alle merken, ongeacht de nationaliteit van de houder, aan een eenvormige regeling onderwerpen, en zal de bescherming ervan tot het gehele gebied uitbreiden»;

12. dat dit beginsel uitdrukking vindt in onder meer artikel 9 van het Verdrag, door welk artikel gewaarborgd wordt dat de rechtssituatie op het gebied van het bestaan, de geldigheid en de eigendom van merkrechten in de drie landen dezelfde is;

13. dat krachtens de BMW het uitsluitend recht op een merk zich dwingend uitstrekt over het gehele Beneluxgebied, en in overeenstemming daarmee ingevolge artikel 11, onder A, 2, BMW nietig is de overdracht of andere overgang daarvan die niet op het gehele Beneluxgebied betrekking heeft;

14. dat, zoals in de Gemeenschappelijke Toelichting van de Regeringen wordt gesteld, artikel 37 BMW de bevoegdheid van de rechter bepaalt «volgens beginselen, die uit de eenwording van het rechtsgebied van de drie landen inzake merken voortvloeien»;

15. Overwegende dat het niet strookt met de strekking en het stelsel van het Verdrag en de BMW, zoals in het voorafgaande weergegeven, dat een naar aanleiding van een vordering als bedoeld in artikel 13, onder A, BMW in een van de Beneluxlanden door een rechter zonder territoriale specificatie gegeven verbod van inbreukmakend gebruik van een merk slechts zou gelden binnen het gebied van dat land en zijn beschermende werking niet zou uitstrekken over de beide andere landen;

16. dat, integendeel, de beoogde eenwording in merkenrechtelijk opzicht van de Beneluxlanden meebrengt dat moet worden aangenomen dat de rechter zijn bevoegdheid om op een vordering als bedoeld in artikel 13, onder A, BMW het gebruik van een inbreukmakend teken te verbieden rechtstreeks aan deze bepaling ontleent, alsmede dat de rechter, deze bevoegdheid uitoefenend, een verbod geeft dat in beginsel geldt voor het gehele Beneluxgebied, zodat hij, wanneer hij in een bepaald geval gronden aanwezig acht zijn verbod tot enig deel van dat gebied te beperken, deze beperking uitdrukkelijk in zijn beslissing dient aan te geven;

17. Overwegende dat uit het voorafgaande volgt dat de tweede vraag ontkennend moet worden beantwoord;

Ten aanzien van vraag 3

18. Overwegende dat uit hetgeen hiervoor ten aanzien van de eerste en de tweede vraag is overwogen volgt dat de derde vraag ontkennend moet worden beantwoord;

Ten aanzien van vraag 4

19. Overwegende dat deze vraag, zoals volgt uit hetgeen hiervoor ten aanzien van de tweede vraag is overwogen, zich slechts kan voordoen in het geval de rechter gronden aanwezig acht voor de oplegging van een territoriaal beperkt verbod;

20. dat ook in dat geval de rechter bij de beoordeling van de overeenstemmingsvraag het gehele Beneluxgebied dient te betrekken;

...
*Verklaart voor recht,
Ten aanzien van alle vragen*

26. Een door de rechter van een der verdragsstaten naar aanleiding van een vordering als bedoeld in artikel 13, onder A, BMW opgelegd verbod van gebruik van een merk geldt voor het gebruik van dat merk in het gehele Beneluxgebied, terwijl daarbij niet van belang is of dit ook is gevorderd, noch of de vordering tevens strekt tot nietigverklaring van het merk en doorhaling van de inschrijving daarvan;

27. De rechter kan echter, indien hij daartoe gronden aanwezig acht, het verbod uitdrukkelijk beperken tot een bepaald gebied, doch ook in dat geval dient hij het gehele Beneluxgebied te betrekken bij de beoordeling van de overeenstemmingsvraag.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 13 MEI 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Bützler en Verbist

Faillissement – Openbare verkoping van vastgoed – Machtiging en aanwijzing van notaris – Verkoopvoorwaarden – Goedkeuring – Rechtsmiddelen

Wanneer de rechter-commissaris overeenkomstig art. 1190 Ger.W. met aanstelling van een notaris machtiging verleend heeft tot openbare verkoping van een tot de failliete boedel behorend vastgoed, is de goedkeuring, door de vrederechter, van de door de notaris vastgestelde verkoopvoorwaarden een beslissing van voorbereidende aard, die de rechten van alle betrokkenen onverlet laat.

Indien de vrederechter niet weigert de verkoopvoorwaarden goed te keuren, houdt art. 1190 Ger.W. niet de mogelijkheid in daartegen een rechtsmiddel aan te wenden.

N.V. B. t/ Faillissement B.V.B.A. T. en A.S.L.K.

Conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers

Het bestreden vonnis verwerpt het derdenverzet van eiseres tegen de beschikking van de vrederechter, houdende dagstelling van de openbare verkoping van een onroerend goed, eigendom van de failliete B.V.B.A. T. Eiseres verzette zich tegen de vastgestelde verkoopvoorwaarden die geen rekening hielden met een door haar bedongen «huurceelwaarborg»; haar vordering werd afgewezen omdat zij deze bezwaren niet binnen de door artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde termijn had doen gelden.

Eiseres en verweerster zijn het erover eens dat de eerste rechter en de appelrechters ten onrechte hebben beslist dat voormeld artikel 1582 de termijn bepaalt binnen welke eiseres tegenspraak over de verkoopvoorwaarden had moeten voeren. Ik meen dat het standpunt van deze partijen correct

is en dat de feitenrechters ten onrechte artikel 1582 hebben toegepast.¹

Verweerster werpt echter op dat het middel dat die grief opwerpt, niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang omdat het vonnis naar recht verantwoord is.

Ter substitutie voert verweerster aan dat de vordering van eiseres hoe dan ook moest worden afgewezen, daar de procedure van openbare verkoping van een tot een failliete boedel behorend onroerend goed, zo geen vervolgingen tot uitwinning van het onroerend goed zijn begonnen vóór de verwerping of de ontbinding van het akkoord, voor derden niet de mogelijkheid biedt tot tegenspraak van de verkoopvoorwaarden.

Het lijkt juridisch moeilijk te verdedigen dat een derde geen rechtsmiddel zou kunnen aanwenden tegen een gerechtelijke beslissing die zijn belangen schendt in een procedure waarbij hij niet betrokken was.

De artikelen 1033 en 1122 van het Gerechtelijk Wetboek geven derden ruime mogelijkheden om op te komen tegen dergelijke beslissingen;² specifiek op het vlak van het faillissementsrecht heeft het Hof op 16 maart 1991 nog beslist dat de ontzegging van rechtsmiddelen op basis van artikel 465 van de Faillissementswet eng moet worden uitgelegd.³

Algemene beschouwingen volstaan echter niet om het middel van niet-ontvankelijkheid te beoordelen; het is noodzakelijk de tussenkomst van de vrederechter in de procedure van openbare verkoping krachtens de artikelen 564 van de Faillissementswet en 1190 van het Gerechtelijk Wetboek nader te bekijken.

De mogelijkheid om op te komen tegen een nadelige rechterlijke beslissing waarbij men geen partij was, kan immers slechts worden uitgesloten wanneer het aanwenden van een rechtsmiddel onverenigbaar is met de bestaansreden van de beslissing waartegen men wil opkomen.⁴

De procedure, voor zover ze hier relevant is, verloopt schematisch samengevat als volgt:⁵

- de curator wordt door de rechter-commissaris gemachtigd de verkoping van een onroerend goed van de gefailleerde te vervolgen; tegen deze machtiging kan verzet worden gedaan;⁶

- de door die rechter aangewezen notaris, gerechtelijk mandataris door wiens tussenkomst de openbare verkoping zal geschieden, stelt de verkoopvoorwaarden vast, bepaalt in overeenstemming met de vrederechter van het kanton waar het goed gelegen is de datum van de veiling, en geeft hem ten minste acht dagen vóór de zitting kennis van de verkoopvoorwaarden;

¹ ENGELS, C., «De betekeningen die de notaris moet laten uitvoeren naar aanleiding van de verkoop van een onroerend goed, dat tot een failliete boedel behoort», *T.Not.*, 1981, (225), 234, nr. 19.

² VAN COMPERNOLLE, J., «Examen de jurisprudence (1971-1985). Droit judiciaire privé: Les voies de recours», *R.C.J.B.*, 1987, (115), 196, nr. 60.

³ *A.C.*, 1990-91, nr. 478.

⁴ Conclusie van procureur-generaal Ganshof van der Meersch bij Cass., 24 januari 1974, *Pas.*, 1974, (545) 548.

⁵ ENGELS, C., *l.c.*, 226, nr. 3; VAN COMPERNOLLE, J., «Considérations sur la réalisation des immeubles du failli», *Ann.Dr.Liège*, 1987, (168), 170, nr. 5.

⁶ Zie Cass., 22 maart 1985, *A.C.*, 1984-85, nr. 447, met conclusie van procureur-generaal KRINGS.

– de vrederechter, die waakt voor de beschermde belangen, kan de curator horen, de verkoping uitstellen en zijn goedkeuring weigeren; tegen die weigering staan krachtens uitdrukkelijke wetsbepaling (artikel 1192, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek) de rechtsmiddelen open als bepaald in de artikelen 1031 tot 1034 van hetzelfde wetboek;

– ten slotte wordt de openbare verkoping gehouden ten overstaan van de vrederechter.

Taak van de vrederechter is te waken voor de beschermde belangen, namelijk het belang van de gefailleerde en van de schuldeisers; dit betekent dat hij erop moet toezien dat de vereiste machtiging werd verleend, dat de verkoper wettelijk vertegenwoordigd is en dat de verkoopsvoorwaarden en -bedingen geen nadeel berokkenen aan de beschermde belangen.⁷ Nergens wordt de vrederechter opgedragen betwistingen te beslechten die derde belanghebbenden zouden kunnen aanvoeren tegen de verkoopsvoorwaarden.

In de regel neemt de vrederechter geen expliciete beschikking van goedkeuring.⁸ Deze zal blijken uit de vaststelling van of zijn instemming met de datum van de veiling, het niet reageren op de mededeling door de notaris van de verkoopsvoorwaarden, of zijn aanwezigheid bij de veiling.

De weigering daarentegen vereist wel een expliciete beslissing, waaraan in dat geval een eenzijdig verzoekschrift van de curator voorafgaat.

Zo is het verstaanbaar en logisch dat de wetgever alleen heeft bepaald dat er rechtsmiddelen openstaan tegen de beschikking van de vrederechter wanneer hij zijn goedkeuring weigert, en dat niets is bepaald wanneer de goedkeuring niet wordt geweigerd.

Zowel uit de aard van de tussenkomst van de vrederechter als uit de tekst van artikel 1192, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek blijkt aldus dat geen rechtsmiddelen openstaan tegen de beslissing waarbij de vrederechter zijn goedkeuring niet weigert.

Deze regel geldt onverminderd wanneer, zoals hier, de vrederechter wel een expliciete beschikking heeft genomen waarbij hij het verzoek van een derde tot wijziging van de verkoopsvoorwaarden afwijst, wat inhoudt dat hij zijn goedkeuring niet weigert.

Het door de verweerster opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid is gegrond, zodat mijn conclusie strekt tot verwerping van de voorziening.

Arrest

Gelet op het bestreden vonnis, op 9 december 1991 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde in hoger beroep gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 564, in het bijzonder het eerste lid, van de Faillissementswet van 18 april 1851, vormende boek III van het Wetboek van Koophandel, gewijzigd bij wet van 10 oktober 1967, en 1193, in het bijzonder het eerste lid, gewijzigd door de wet van 24 juni 1970, en 1582, in het bijzonder het derde, vierde en vijfde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, en voor zoveel nodig van de artikelen

1190, 1192 en 1622, in het bijzonder het eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het aangevochten vonnis, onder bevestiging van het vonnis van de vrederechter te Lokeren van 18 juni 1990, de oorspronkelijke vordering van eiseres niet-ontvankelijk verklaart, op grond: «dat verder ook de grief van (eiseres), gebaseerd op de beweerde onjuiste toepassing van art. 1582 Ger.W., niet kan worden aangenomen; dat het derdenverzet, ingesteld door (eiseres), namelijk gericht is tegen de beschikking van 30 mei 1990, waarbij door de vrederechter een dagstelling is verleend tot het houden van de eerste verkoopdag; dat deze beschikking door de eerste rechter is verleend nadat door de rechter-commissaris op verzoek van de curators, overeenkomstig art. 1190 Ger.W., machtiging was verleend tot openbare verkoping en een notaris was aangesteld belast met de opstelling van het lastencohier; dat laatstgemeld artikel 1190 Ger.W. weliswaar enkel spreekt over de machtiging door de rechter-commissaris, die tevens de notaris aanstelt, doch zulks niet wegneemt dat de wetgever hier duidelijk doelt op de door de curator te volgen procedure van gerechtelijke verkoping, zoals bedoeld door de artikelen 528 en 564, § 1, Faill.W., waarin trouwens expliciet naar de artikelen 1190 e.v. Ger.W. wordt verwezen; dat, in strijd met wat (eiseres) in haar akte van hoger beroep stelt, deze gedwongen verkoping van onroerende goederen op verzoek van de curatele blijkens de gevestigde rechtspraak en rechtsleer wel beheerst wordt door artikel 1582 Ger.W. (...); dat de bij het vonnis a quo voorgestane samenhang van art. 1192 Ger.W. met artikel 1582, vierde lid, Ger.W., in casu geenszins afbreuk doet aan de specificiteit, doch integendeel beantwoordt aan de ratio legis van het Gerechtelijk Wetboek, dat beoogde de verschillende verkopeningen volgens een soortgelijke procedure te doen verlopen, zoals deze beschreven is in het deel V onder de artikelen 1580 e.v. Ger.W. (...); dat inhoudelijk het derdenverzet van (eiseres) evenwel niets anders inhoudt dan een verzet tegen de verkoopsvoorwaarden, zoals vastgelegd in het lastencohier, waarbij zij beoogde een beding met betrekking tot de zgn. huurceelwaarborgovereenkomst te doen inlassen; dat, naar luid van art. 1582 Ger.W., de schuldeisers vanaf de aanmaning om kennis te nemen van de verkoopsvoorwaarden over een termijn van acht dagen beschikken om omtrent de verkoopsvoorwaarden tegenspraak te voeren; dat aangevoerde grieven, op straffe van verval, binnen die termijn voor de notaris moeten worden gebracht, aan welke formaliteiten blijkens de door (eiseres) overgelegde procedurestukken te dezen duidelijk niet is voldaan (...); dat, wanneer binnen deze termijn geen bezwaren zijn geuit, zulks tot gevolg heeft dat de rechtspleging onaanastbaar wordt en dat de verkoopsvoorwaarden definitief zijn geworden; dat met tegenspraak geformuleerd na het verloop van bovengemelde termijn door de notaris geen rekening moet worden gehouden; dat (eiseres) vóór het opstellen van de verkoopsvoorwaarden en de aanmaning bij brief de aangestelde notarissen wel heeft laten weten dat zij een beding wilde laten opnemen met betrekking tot de zgn. huurceelwaarborgovereenkomst, doch deze vraag niet heeft herbevestigd gedurende de termijn van art. 1582 Ger.W., zodat het vonnis a quo terecht aanneemt dat de bij derdenverzet aangebrachte tegenspraak tegen de verkoopsvoorwaarden en opschorting thans vervallen is en dit derdenverzet niet ingewilligd kan worden; dat daarenboven (eiseres) niet behoort tot een van de bij art. 1582, derde lid, Ger.W. opgesom-

⁷ DONNAY, M., «Ventes judiciaires volontaires d'immeubles – Procédure», *Rec.Gén.Enr.Not.*, 1972, (1), 22, nr. 21, A.

⁸ DONNAY, M., *l.c.*, 22, nr. 21, B.

de categorieën schuldeisers, zodat zij zelf het nodige initiatief diende te nemen om tijdig binnen de termijn van acht dagen tegenspraak te voeren»,

terwijl, eerste onderdeel, de curators van het faillissement de verkoop van de onroerende goederen waartoe zij gemachtigd zijn door de rechter-commissaris, moeten vervolgen in de vormen voorgeschreven in het vierde deel, boek IV, hoofdstuk IV, van het Gerechtelijk Wetboek; het vierde deel, boek IV, hoofdstuk IV, van het Gerechtelijk Wetboek voorschrijft dat de curator de onroerende goederen behorend tot de failliete boedel openbaar mag verkopen met machtiging van de rechter-commissaris, die eveneens de instrumenterende notaris aanstelt, en dat de verkoop gehouden zal worden ten overstaan van de vrederechter, dat de verkoopdag door de notaris bepaald wordt in overeenstemming met de vrederechter; de openbare verkoop van de onroerende goederen behorend tot de failliete boedel geschiedt op de wijze die gebruikelijk is inzake gewone openbare verkoping van onroerende goederen; de gewone openbare verkoop van onroerende goederen niet onderworpen is aan het verzoekschrift van artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek, dat geldt ter zake van uitvoerend beslag op onroerende goederen; noch artikel 564 van het Wetboek van Koophandel, noch het vierde deel, boek IV, hoofdstuk IV van het Gerechtelijk Wetboek, bepalen dat artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk is met betrekking tot de openbare verkoop van onroerende goederen afhangend van een failliete boedel,

zodat het aangevochten vonnis niet wettig heeft kunnen beslissen dat geschillen met betrekking tot de verkoopsvoorwaarden van de openbare verkoop van onroerende goederen behorend tot de failliete boedel slechts ontvankelijk zijn wanneer ze bij de instrumenterende notaris aangebracht zijn binnen acht dagen na de aanmaning door deze notaris gedaan aan de ingeschreven schuldeisers en de schuldeisers die een bevel doen overschrijven tot inzage van het lastencohier (schending van de artikelen 564 van de Faillissementswet van 18 april 1851, vormende boek III van het Wetboek van Koophandel, 1193, in het bijzonder het eerste lid, en 1852, in het bijzonder het vierde lid van het Gerechtelijk Wetboek, en voor zoveel nodig van de artikelen 1190, 1192, 1583, in het bijzonder het derde en vijfde lid, en 1622, in het bijzonder het eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek);

tweede onderdeel, indien artikel 1582, derde tot vijfde lid, van het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk zou zijn op de openbare verkoop van het onroerend goed behorend tot een failliete boedel, en wanneer met name aangenomen zou worden dat een geschil over de verkoopsvoorwaarden alleen ontvankelijk is wanneer het bij de instrumenterende notaris aangebracht wordt binnen acht dagen na de aanmaning tot inzage van het lastencohier door deze notaris gedaan aan de ingeschreven schuldeisers en de schuldeisers die een bevel hebben doen overschrijven, zulks alleen opgelegd kan worden aan de schuldeisers die overeenkomstig deze bepalingen aangemaakt worden tot kennisneming van het lastencohier; eiseres noch ingeschreven schuldeiser in de zin van deze bepaling is, noch schuldeiser die een bevel heeft doen overschrijven; de schuldeisers die niet aangemaakt hoeven te worden tot kennisneming van het lastencohier geen kennis dragen van de termijn waarbinnen de bezwaren overeenkomstig het vierde lid van artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek aangebracht zouden moeten worden; deze termijn

overigens niet per se eenvormig is voor alle aangemaande schuldeisers, en hoe dan ook niet gekend hoeft te zijn door de niet-aangemaande schuldeisers,

zodat het aangevochten arrest niet wettig heeft kunnen beslissen dat het geschil tegen de verkoopsvoorwaarden, door een niet-aangemaande schuldeiser, slechts ontvankelijk is wanneer het binnen acht dagen vanaf de aanmaning is aangebracht voor de instrumenterende notaris (schending van de in de aanhef van het middel aangehaalde wettelijke bepalingen):

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat: 1. de A.S.L.K. eerst ingeschreven schuldeiseres is op een vastgoed, toebehorend aan de op 14 september 1989 failliet verklaarde B.V.B.A. T., waarvan de verweerders curators zijn; 2. eiseres, een niet-ingeschreven schuldeiseres, op 14 november 1988 een «huurceelwaarborg» bedongen had met de B.V.B.A. T., die haar de mogelijkheid bood hoofdhurster te worden van de herberg geëxploiteerd door die vennootschap; 3. de curators op grond van artikel 1190 van het Gerechtelijk Wetboek door de rechter-commissaris gemachtigd werden het onroerend goed openbaar te verkopen; 4. de bevoegde vrederechter bij beschikking van 30 mei 1990 de dag heeft vastgesteld van de openbare verkoop die zou plaatshebben onder verkoopsvoorwaarden die geen melding maken van de «huurceelwaarborg»; 5. eiseres tegen die beschikking derdenverzet heeft aangetekend; 6. inhoudelijk dit derdenverzet niets anders inhoudt dan een verzet tegen de verkoopsvoorwaarden;

Dat het vonnis oordeelt dat dit verzet laattijdig was, gelet op het verstrijken van de termijn van acht dagen bepaald door artikel 1582 van het Gerechtelijk Wetboek en de omstandigheid dat eiseres niet een van de schuldeisers is bedoeld in artikel 1582, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat in geval van faillissement de verkoop van de onroerende goederen geschiedt op de wijze die gebruikelijk is inzake gewone openbare verkoping van onroerende goederen, behoudens het bepaalde in artikel 1193^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek;

Dat, volgens artikel 1192 van het Gerechtelijk Wetboek, de optredende notaris ten minste acht dagen voor de zitting aan de vrederechter ten overstaan van wie de verkoop wordt gehouden, kennis geeft van de verkoopsvoorwaarden; dat, krachtens hetzelfde artikel, de vrederechter waakt voor de bescherming van de belangen van de failliete boedel, en dat tegen de weigering van goedkeuring door de vrederechter de rechtsmiddelen open staan als bepaald in de artikelen 1031 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat in die versnelde vorm van openbare verkoop de goedkeuring van de verkoopsvoorwaarden een beslissing van voorbereidende aard is, die de rechten van alle betrokkenen onverlet laat;

Dat, indien de vrederechter niet weigert de verkoopsvoorwaarden goed te keuren, het bedoelde artikel 1192 niet de mogelijkheid inhoudt daartegen een rechtsmiddel aan te wenden;

Overwegende dat het bestreden vonnis, dat oordeelt dat het niet moest ingaan op het verzoek het beding van de «huurceelwaarborg» in de verkoopsvoorwaarden op te nemen, in zoverre de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Dat, zoals door verweerster wordt opgeworpen, het middel niet tot cassatie kan leiden, mitsdien niet ontvankelijk is;

...

RAAD VAN STATE

7e KAMER – 22 APRIL 1993

Voorzitter: de h. Tacq

Staatsraden: mevr. Vrints (rapporteur) en Tulkens

Eerste auditeur: de h. Hubregtsen (eensluidend advies)

Advocaten: mrs. De Lat en Van Hoorebeke

Landschappen en monumenten – Ontwerp van lijst – Betekening aan eigenaars en vruchtgebruikers – Substantiële vorm

Zowel wat betreft de besluiten tot vaststelling van de ontwerpen van lijst als wat betreft de definitieve beschermingsbesluiten, maakt geen enkele bepaling van het decreet van 3 maart 1976 het onderscheid tussen de monumenten enerzijds, de stads- en dorpsgezichten anderzijds, wat de vormen betreft die na de eerste fase van de beschermingsprocedure in acht genomen moeten worden.

Een besluit tot vaststelling van een ontwerp van lijst heeft, omdat het drastische eigendomsbeperkingen oplegt, een direct gevolg op de individuele rechtssituatie van de eigenaars en de vruchtgebruikers. De verplichting tot kennisgeving bestaat buiten alle wetteksten om. De verplichte aanzegging is een wezenlijk bestanddeel van de beschermingsprocedure en het verzuim een dergelijk besluit individueel te betekenen houdt een schending in van een substantieel vormvoorschrift.

Wanneer een besluit én moet worden bekendgemaakt én moet worden betekend, treedt het voor de betrokkenen in werking bij de individuele betekening.

V. t/ Vlaamse Gemeenschap

Arrest nr. 42.636

Overwegende dat verzoekers tot staving van de vordering twee middelen aanvoeren, beide steunend op de onregelmatigheid van de bekendmaking van het bestreden besluit welke zij als een substantiële vorm aanmerken, namelijk:

1. schending van artikel 5, § 3, tweede lid, van het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten, doordat het bestreden ministerieel besluit van 3 oktober 1979 houdende vaststelling van het ontwerp van lijst, in zoverre dit verzoekers eigendommen betreft bij de rangschikking van het dorpsgezicht (...) niet aan betrokkenen werd genotificeerd;

2. subsidiair, mocht het eerste middel ongegrond zijn, schending van zoëven vermeld artikel 5, § 3, eerste lid, doordat van bewust ministerieel besluit van 3 oktober 1979 slechts melding gedaan werd in het *Belgisch Staatsblad* van 17 januari 1980, terwijl het belang van de betrokken eigenaars en vruchtgebruikers vereist dat bedoelde bekendmaking volledig is, minstens wat betreft de kadastrale aanduiding van de voor bescherming vatbare percelen;

Overwegende dat op het stuk van de bekendmakingen die in de loop van beschermingsprocedures t.a.v. de betrokken houders van zakelijke rechten in acht moeten worden geno-

men, het decreet van 3 maart 1976 op het behoud van monumenten en stads- en dorpsgezichten, bepaalt: a) dat de ontwerpen van lijst doch uitsluitend m.b.t. de voor bescherming vatbare monumenten, bij ter post aangetekende brieven aan de betrokken eigenaars en vruchtgebruikers dienen te worden betekend (art. 5, § 2, eerste lid, 3°), b) dat de ontwerp-lijsten dienen te worden gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*, en in werking treden vanaf de bewuste bekendmaking of vanaf de betekening aan o.m. de betrokken eigenaars en vruchtgebruikers (art. 5, § 3, eerste en tweede lid), c) dat de besluiten waarbij monumenten of stads- of dorpsgezichten – definitief – in bescherming worden genomen, en die in het *Staatsblad* moeten worden gepubliceerd (art. 7, eerste lid), «in werking treden bij de betekening aan de eigenaars of uiterlijk de dag van de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*» (art. 8, § 1);

Overwegende dat, zowel wat betreft de besluiten tot vaststelling van de ontwerp-lijsten als wat betreft de definitieve beschermingsbesluiten, geen enkele bepaling van het decreet van 3 maart 1976 het onderscheid maakt tussen de monumenten enerzijds, de stads- en dorpsgezichten anderzijds, wat de vormen betreft die na de eerste fase van de beschermingsprocedure in acht genomen moeten worden;

...

Overwegende dat het bestreden besluit, aangezien het drastische eigendomsbeperkingen oplegt, een direct gevolg heeft op de individuele rechtssituatie van verzoekers: dat de verplichting een dergelijk besluit integraal met het bijgevoegd plan ter kennis te brengen, bestaat buiten alle wetteksten om; dat het gezond verstand zelf zegt dat de bekendmaking die in het *Belgisch Staatsblad* is verschenen, voor verzoekers nietszeggend is; dat eruit immers niet kan worden afgeleid welke percelen in het dorpsgezicht zijn gelegen, of de eigendommen van verzoekers er al of niet bij zijn betrokken en zo ja, welke eigendomsbeperkingen erop rusten;

Overwegende dat de verplichting het bestreden besluit individueel ter kennis te brengen ook resulteert uit de tekst zelf van het decreet van 3 maart 1976, dat niet valt in te zien hoe, zoals de verwerende partij stelt, de hierboven geciteerde tekst zo kan worden begrepen dat zij in dezen de keuze zou hebben tussen de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* en de individuele aanzegging en dat een individuele aanzegging slechts zou moeten gebeuren aan de eigenaars van monumenten; dat, in tegenstelling tot wat met het voorontwerp van lijst het geval is – waar de aanplakking in het dorpsgezicht volstaat om het openbaar onderzoek te houden – het ontwerp van lijst steeds individueel moet worden ter kennis gebracht; dat men zich afvraagt hoe anders de eigenaars of de houders van zakelijke rechten zich van de voorgeschreven aanzeggingsplicht aan derden-belanghebbenden zouden kunnen kwijten, en binnen welke termijn zij dit zouden moeten doen, wanneer de ontwerpen van lijst hun zelf niet zouden zijn genotificeerd en hoe op die aanzeggingsplicht gewezen dient te worden indien zij zelf niet wordt aangezegd in de brieven houdende betekening van de ontwerpen van lijst, door het bestuur, dat ten slotte de verplichting de eigenaars en vruchtgebruikers van een op een ontwerp-lijst opgenomen onroerend goed hiervan individueel in kennis te stellen, het logische corollarium is van de in artikel 5, § 3, laatste lid, van het decreet vervatte regel krachtens welke het bestuur ertoe gehouden is bedoelde zakelijke gerechtigden van goederen, voorkomende op voorontwerpen van lijst van voor be-

scherming vatbare monumenten of stads- of dorpsgezichten, die niet behouden werden op de ontwerpen van lijst, hiervan – individueel – in kennis te stellen;

...

Overwegende dat artikel 2, 6, van het decreet van 3 maart 1976 onder «eigenaars en vruchtgebruikers» verstaat de «eigenaars en vruchtgebruikers volgens de gegevens van het kadaster»; dat die bepaling het bestuur ervan niet ontslaat te onderzoeken of die gegevens actueel en volledig zijn, hetzij bij de hypotheekbewaarder, hetzij bij de ontvanger van registratie- en successierechten;

Overwegende dat de verzoekende partijen terecht doen gelden dat het verzuim het bestreden besluit individueel ter kennis te brengen de schending inhoudt van een substantieel vormvoorschrift; dat dit verzuim immers meer gevolgen heeft dan het enkele feit dat de bestreden beslissing niet verbindend is zolang de kennisgeving niet heeft plaats gehad; dat de verplichte aanzegging een wezenlijk bestanddeel is van de beschermingsprocedure, zonder dewelke zij geen voortgang kan vinden; dat zij tevens de rechten waarborgt van de zakelijk gerechtigden die op straffe van persoonlijke verantwoordelijkheid erop moeten toezien dat de verbodsbepalingen, die met het oog op de voorlopige bescherming van hun goed in het besluit tot vaststelling van het ontwerp van lijst, door derden – met name de «huurders en bewoners» waarvan sprake is in artikel 5, § 3, derde lid, van het decreet van 1976 – worden nageleefd: dat ten slotte, zoals hierna zal blijken, de rechtszekerheid van de verzoekende partijen in het bijzonder vraagt dat op dit verzuim een vernietiging als sanctie staat;

...

Overwegende dat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij opmerkt, de rechtsgevolgen van het bestreden besluit voor verzoekers niet in werking zijn getreden op de datum van de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van 17 januari 1980; dat, wanneer een besluit én moet worden bekendgemaakt én moet worden betekend, het besluit voor de betrokkenen in werking treedt bij de individuele betekening; dat die individuele betekening echter te dezen niet regelmatig en evenmin volledig is gebeurd; dat eensdeels het decreet van 3 maart 1976 niet voorziet in het ter inzage leggen ten gemeentehuize van het ministerieel besluit dat het ontwerp van lijst vaststelt; dat anderdeels het te dezen bestreden besluit niet alleen bestaat uit de tekst van het ministerieel besluit, doch ook uit het plan waarnaar het verwijst; dat dit plan dus mede betekend moest worden; dat het feit dat artikel 8, § 3, van het decreet bepaalt dat het definitief beschermingsbesluit in bijlage een plan bevat met nauwkeurige aflijning van het beschermde gebied, niets afdoet aan het feit dat het ministerieel besluit dat het ontwerp van lijst vaststelt, wanneer het, zoals terzake, een plan bevat, samen met dit plan moet worden betekend;

Overwegende dat het middel gegrond is;

(volgt vernietiging)

...

NOOT–De bescherming van monumenten, stads- en dorpsgezichten, en de rechtstoestand van de eigenaars en de andere zakelijke gerechtigden

1. Het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten bepaalt in zijn artikel

5, § 3, tweede lid, dat de rechtsgevolgen van de ontwerpen van lijst in werking treden vanaf hun bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* of vanaf hun betekening aan het betrokken gemeentebestuur, aan de eigenaars en de vruchtgebruikers. De beschermingsbesluiten treden in werking bij de betekening aan de eigenaars of uiterlijk de dag van de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* (art. 8, § 1, decreet 3 maart 1976). De eigenaars of vruchtgebruikers, aan wie een ontwerp-lijst of beschermingsbesluit is betekend, geven daarvan binnen tien dagen na ontvangst en op straffe hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor het herstel en de schadeloosstelling, bij ter post aangetekende brief kennis aan de huurders of de bewoners (art. 5, § 3, derde lid, en art. 8, § 4 decreet 3 maart 1976).

2. In de zaak die aanleiding gaf tot het geannoteerde arrest, had de bevoegde overheid (toen nog de minister van de Nederlandse Gemeenschap) nagelaten het ministerieel besluit tot vaststelling van het ontwerp van lijst te betekenen aan de zakelijke gerechtigden. De minister was immers van oordeel dat de individuele betekening van ontwerpen van lijst aan eigenaars en vruchtgebruikers niet het kenmerk van wezenlijk vormvoorschrift kon vertonen, omdat een ontwerp van lijst waarvan de betekening over het hoofd werd gezien, krachtens het bepaalde van artikel 5, § 3, tweede lid, van het decreet in elk geval in werking trad te rekenen vanaf de publicatie in het *Belgisch Staatsblad*. Bovendien zou uit de voorbereidende teksten van het decreet van 3 maart 1976 niet kunnen worden afgeleid dat men aan de betekening een substantieel karakter had willen verbinden (vgl. Boes, M., «Het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten», *T.B.P.*, 1977, 164-165).

3. De Raad van State brengt allereerst in herinnering dat, zowel wat betreft de besluiten tot vaststelling van de ontwerp-lijsten als wat betreft de definitieve beschermingsbesluiten, het decreet van 3 maart 1976 niet voorziet in een gedifferentieerde procedure van bekendmaking voor de eigenaars van monumenten enerzijds en die van stads- en dorpsgezichten anderzijds (Draye, A.M., *Monumenten en landschappen in België. Juridische aspecten*, Antwerpen, 1993, 104-105). Aan de opneming van een onroerend goed op een ontwerp van lijst van voor bescherming vatbare monumenten of stads- en dorpsgezichten zijn rechtsgevolgen verbonden voor de betrokken eigenaar of vruchtgebruiker zodat een verschillende behandeling niet verantwoord zou zijn.

De verplichting tot betekening resulteert ook uit de tekst zelf van het decreet van 3 maart 1976, daar de betrokkene van dan af gehouden is tot verwittiging van de derden-belanghebbenden overeenkomstig artikel 5, § 3, derde lid. De betekening is bovendien het logisch corollarium van het in artikel 5, § 3, laatste lid, vervatte voorschrift op grond waarvan het bestuur gehouden is de eigenaars of vruchtgebruikers van de op de voorontwerpen van lijst voorkomende monumenten of van in een stads- of dorpsgezicht gelegen onroerende goederen die niet behouden werden op de ontwerpen van lijst, daarvan in kennis te stellen.

4. Voor de Raad van State is de individuele kennisgeving van een ontwerp van lijst tevens een substantieel vormvereiste, d.i. een vormvoorschrift dat hetzij de openbare orde aanbelangt, hetzij in het belang van de rechtsonderhorigen is bepaald (Alen, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht. Boek I: De instellingen*, Brussel, 1988, 260). Verzuim van betekening leidt tot de grootste rechtson-

zekerheid wat de in de artikelen 13 tot 15 van het decreet van 3 maart 1976 bepaalde sanctie betreft en is strijdig met het algemeen geldend rechtsbeginsel krachtens hetwelk de particulieren hoe dan ook in de gelegenheid moeten worden gesteld op persoonlijke wijze kennis te krijgen van de administratieve handelingen die een wijziging aanbrengen in hun individuele rechtspositie (Draye, A.M., *l.c.*).

Zolang de ontwerp-lijst niet is betekend, blijft zij zonder rechtsgevolgen voor de eigenaars en de andere zakelijke gerechtigden. Wanneer een besluit én moet worden bekendgemaakt én moet worden betekend, treedt het voor de betrokkenen in werking bij de individuele betekening. Nochtans heeft de publikatie in het *Belgisch Staatsblad* op grond van artikel 5, § 3, tweede lid, van het decreet van 3 maart 1976 (en meer algemeen op grond van artikel 6 van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en in werking treden van wetten en verordeningen) voorrang op de individuele betekening zodat zij ook bindend is ten aanzien van de eigenaars en de vruchtgebruikers. Een summier bekendmaking, zonder specificatie van de percelen die in het stads- of dorpsgezicht zijn opgenomen en zonder vermelding van de opgelegde erfdiensbaarheden, is voor hen evenwel nietszeggend. Zij kunnen niet gehouden zijn om verplichtingen na te komen waarvan zij geen kennis dragen (*contra*: Boes, M., *l.c.*, en Draye, A.M., *o.c.*, 105-106, die stellen dat ook voor de eigenaar of vruchtgebruiker de rechtsgevolgen intreden vanaf de publikatie, ook al komt de betekening achteraf of blijft zij helemaal achterwege). Wel vervalt de inschrijving op een ontwerp van lijst van rechtswege indien het definitieve beschermingsbesluit niet is genomen uiterlijk één jaar na de publikatie van het ontwerp in het *Belgisch Staatsblad*. Die termijn kan bij gemotiveerde beslissing van de minister eenmaal voor ten hoogste zes maanden worden verlengd (art. 7, derde lid, decreet 3 maart 1976).

5. Wanneer het ministerieel besluit dat het ontwerp van lijst vaststelt van een stads- of dorpsgezicht ook een plan bevat dat de afbakening weergeeft van de verschillende percelen, moet het samen met dit plan worden betekend. Kennisgeving van het blote feit dat tot een voorlopige bescherming is beslist, volstaat niet. Nu aan een ontwerp-lijst rechtsgevolgen verbonden zijn en de plaatsing van een goed op een dergelijke lijst met een annulatieberoep bij de Raad van State kan worden bestreden, mogen de betrokkenen niet onwetend zijn van enkele essentiële gegevens, daar ze anders hun bezwaren onmogelijk adequaat en zinnig kunnen formuleren.

6. Ofschoon op grond van artikel 2, 6, van het decreet van 3 maart 1976 de identiteit van de eigenaars en vruchtgebruikers moet worden vastgesteld aan de hand van de gegevens van het kadaster, wijst de Raad van State erop dat die bepaling het bestuur er niet van ontslaat te verifiëren of die gegevens actueel en volledig zijn, hetzij bij de hypotheekbewaarder, hetzij bij de ontvanger van registratie- en successierechten. Tegen het gebruik van gegevens van het kadaster werden al dikwijls bezwaren geopperd omdat de overdracht van zakelijke onroerende rechten maar met grote vertraging wordt geregistreerd. In het decreet van 14 juli 1993 tot wijziging van de wet van 7 augustus 1931 op het behoud van monumenten en landschappen, gewijzigd bij decreet van 13 juli 1972 (*B.S.*, 9 september 1993), wordt aan het bestuur trouwens de verplichting opgelegd bij het nagaan van de eigendomstoestand

gebruik te maken van de gegevens van de administratie van de B.T.W., Registratie en Domeinen (nieuw art. 1, § 5 en § 11, Monumenten- en landschappenwet; Coppens, A., «De landswetgeving voor Vlaanderen gewijzigd bij Decreet van 14 juli 1993», *T.Gem.*, 1994, 224, en Draye, A.M., «De bescherming van het onroerend erfgoed in het Vlaams Gewest. Twee recente decreten», *T.Gem.*, 1994, 68).

A. Coppens

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER – 21 DECEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Bertrand

Raadsheren: mevr. Bosmans en de h. Dirix

Advocaten: mrs. Vervliet, Vervroegen en Bataille loco Windey

Makelaar en commissionair – Commissionair-expediteur – Voorrecht – Pandrecht – Goederen van derden – Bezit van de pandhouder – Goede trouw

De commissionair-expediteur beschikt over een voorrecht op de goederen die hem in het raam van zijn opdracht zijn toevertrouwd. Zoals bij het pandrecht, kan dit voorrecht zich uitstrekken tot goederen van derden wanneer de commissionair hiervan het bezit te goeder trouw heeft verkregen. De behoeften van een vlot handelsverkeer vereisen dat een commissionair mag veronderstellen dat de goederen die hem in het raam van zijn opdracht worden toevertrouwd, ook toebehoren aan de committent.

Voor het deugdelijk bezit is het voldoende dat de pandhouder erop mocht vertrouwen te doen te hebben met iemand die rechs bevoegd was om de goederen in pand te geven.

N.V. D. t/ N.V. V. en M.

Overwegende dat appellante (hierna D.) als commissionair-expediteur tot zekerheid van haar vordering op haar committent (N.V. U.) overeenkomstig artikel 14 van de wet van 5 mei 1872 haar voorrecht wenst uit te oefenen op de goederen (exotisch fruit) die zich in haar magazijnen bevinden; dat zij hiertoe op 12 augustus 1993 een verzoekschrift tot pandverzilvering heeft neergelegd; dat M. c.s. in dit geding zijn tussengekomen; dat zij betogen dat de goederen in de magazijnen van D. hun eigendom zijn en dat de rechtsverhouding tussen D. en U. niet als een van commissionair kan worden beschouwd; dat de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen het verzoek van D. afwijst op grond van de overwegingen dat een commissionair zijn voorrecht niet kan uitoefenen op goederen waarvan hij weet dat zij niet aan zijn wederpartij toebehoren en dat te dezen D. ervan op de hoogte was dat de goederen in haar magazijnen aan derden toebehoorden;

...

Overwegende dat de commissionair-expediteur tot opdracht heeft een geheel van rechtshandelingen en materiële prestaties met het oog op de verzending van goederen die hem worden toevertrouwd door zijn opdrachtgever; dat zijn

opdracht dus zowel naast het verrichten van rechtshandelingen ook het verrichten van materiële prestaties kan omvatten;

Overwegende dat uit de door D. talrijke voorgelegde facturen, alle gericht aan U. blijkt dat aanspraak wordt gemaakt op vergoeding voor uiteenlopende prestaties (...)

Overwegende dat de omstandigheid dat een groot gedeelte van de verschuldigde bedragen betrekking heeft op de opslag van de goederen aan die kwalificatie geen afbreuk hoeft te doen; dat het verder aannemelijk voorkomt dat die opslagkosten aanzienlijk zijn opgelopen ten gevolge van het ingetreden faillissement van U.;

Overwegende dat de commissionair over een voorrecht beschikt op de goederen die hem in het raam van zijn opdracht zijn toevertrouwd; dat dit voorrecht in verband wordt gebracht met een (impliciet) pandrecht (*Comm. Voorr. & Hyp.*, «Art. 14 Wet 5 mei 1872», nr. 4); dat overwegend wordt aangenomen dat de regels inzake pand van overeenkomstige toepassing zijn; dat derhalve het voorrecht zich enkel kan uitstrekken tot goederen van derden, wanneer de commissionair hiervan het bezit te goeder trouw heeft verkregen;

Overwegende dat die goede trouw beoordeeld moet worden op het ogenblik waarop de commissionair het bezit van de goederen verkrijgt; dat op dat ogenblik immers zijn voorrecht ontstaat; dat anders dan M. betoogt, de wetenschap van D. op een later tijdstip dat U. niet de ware eigenaar van de goederen is, niet dienend is;

Overwegende dat de aanwezigheid van die goede trouw wordt vermoed;

Overwegende dat het maatschappelijk doel van U. benevens expeditieverrichtingen ook «import en export voor eigen rekening» omvat; dat uit de overgelegde douanedocumenten blijkt dat U. als geadresseerde vermeld wordt; dat uit geen enkel gegeven blijkt dat D. op het ogenblik dat zij de goederen in ontvangst nam, kennis had of hoorde te hebben van het feit dat de goederen aan derden toebehoorden; dat M. tevergeefs verwijst naar vervoerdocumenten en naar facturen waarop M. als geadresseerde («consignee») wordt aangeduid; dat deze documenten enkel in de verhouding tussen M. en I. werden opgesteld en er geen enkele verwijzing naar D. op voorkomt; dat niet wordt aangetoond dat D. van deze documenten kennis had op het ogenblik dat zij de goederen van U. in ontvangst nam; dat te dezen dus de afwezigheid van goede trouw niet wordt bewezen;

Overwegende dat overigens die voorwaarde van goede trouw op soepele wijze moet worden toegepast; dat aan de commissionair geen onderzoeksplicht nopens het eigendomsrecht kan worden opgelegd; dat de behoeften van een vlot handelsverkeer in de haven vereisen dat een commissionair mag veronderstellen dat de goederen die hem in het raam van zijn opdracht worden toevertrouwd, ook toebehooren aan zijn opdrachtgever, derwijze dat hij zich steeds verzekerd weet van de mogelijkheid om zijn voorrecht uit te oefenen;

Overwegende dat ten overvloede het bezit van de pandhouder immers niet is animus possidendi, maar enkel animus pignoris; dat hieruit afgeleid kan worden dat voor een dergelijk bezit het niet noodzakelijk is dat de pandhouder erop mocht vertrouwen met de eigenaar te doen te hebben, maar het voldoende is dat hij erop mocht vertrouwen te doen te hebben met iemand die rechtens bevoegd was om de goederen in pand te geven; dat aldus ten aanzien van de commis-

sionair-expediteur mag worden aangenomen dat aan het vereiste van een geldig bezit is voldaan zodra de commissionair mocht veronderstellen dat zijn opdrachtgever – ook al is die manifest niet de eigenaar van de goederen – krachtens diens rechtsverhouding tot de eigenaar, rechtens bevoegd is om over de goederen te beschikken in het raam van de verzendingsoperaties; dat het immers in de meeste gevallen zo is dat diegene die de ter zake van het vervoer van goederen overeenkomsten sluit, niet tevens de eigenaar is van die goederen; dat aldus in ieder geval D. erop mocht vertrouwen dat I. op rechtgeldige wijze in het bezit was van de goederen en deze vennootschap binnen de perken van de overeenkomst met haar opdrachtgevers handelde toen zij de goederen verder toevertrouwde aan D.; dat, nogmaals, de commissionair-expediteur niet door de eigendomsproblematiek verontrust mag worden;

Overwegende dat ten overvloede, indien zou worden aangenomen dat het bezit van D. niet aan het vereiste van de goede trouw voldoet (quod non), het zo is dat D. alsdan beschouwd dient te worden als onder-commissionair van I.; dat ter zake van expeditieverrichtingen de substitutie op soepele wijze wordt aangenomen en niet onderworpen is aan een uitdrukkelijke machtiging (Van Ryn en Heenen, *Principes*, IV, 1988, 23, nr. 26); dat op grond van het bepaalde in art. 1994 B.W. het bestaan van rechtstreekse juridische verhoudingen wordt aanvaard tussen de gesubstitueerde commissionair en de principaal (o.m. *A.P.R.*, tw. Lastgeving, nr. 98, nr. 156; *Fo-rriers P.A.*, in *R.C.J.B.*, 1981, 493, nr. 19); dat dientengevolge D. eveneens gerechtigd is het voorrecht uit te oefenen ten aanzien van die principaal;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

19e KAMER – 20 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. Vercruysse

Advocaten: mrs. Descamps, Dekeyzer en Vandelacluze

Sport – Niet-betaalde sportbeoefenaar – Sportovereenkomst – Einde – Opzegging – Voetballer – Overgang naar andere club – Vergoedingsbeding – Nietigheid – Gevolg – Dwangsom

Ingevolge het decreet van 25 februari 1975 (art. 8) is nietig het beding dat de vrije overgang van een voetballer, niet-betaalde sportbeoefenaar, naar een andere voetbalclub afhankelijk maakt van de betaling door hem van een vergoeding van 320.000 fr. aan de club die hij verlaat. Derhalve zijn de laatstbedoelde club en de K.B.V.B. verplicht om, ten behoeve van de betrokken speler op straffe van een dwangsom, al het nodige te doen om een vrije en geldige overgang naar een nieuwe club mogelijk te maken.

B. t/ V.Z.W. S.K. en V.Z.W. K.B.V.B.

De vordering van de appellant strekt ertoe de geïntimeerden te horen veroordelen om zich te onthouden van elke daad die ertoe zou strekken of die ertoe zou leiden, door welk middel ook, rechtstreeks of onrechtstreeks, zijn contractuele vrijheid en die van eventuele geïnteresseerde voet-

balclubs, om een overeenkomst te sluiten in het gedrang te brengen, en hen tevens te horen veroordelen om onmiddellijk en zonder enige voorwaarde elke formaliteit, waaronder het afgeven van de aansluitingskaart bij de tweede geïntimeerde en van een door de gerechtigde correspondent van de eerste geïntimeerde ondertekend transferformulier, te vervullen nodig om aan de appellant de mogelijkheid te bieden een nieuwe overeenkomst af te sluiten met de voetbalclub van zijn keuze, dit onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 fr. per dag vertraging in de vervulling van elk van de vereiste formaliteiten.

Ten aanzien van de tweede geïntimeerde wordt bovendien gevorderd dat voor recht wordt gezegd dat zij gehouden is de transfer van de appellant naar een andere voetbalclub als geldig en regelmatig te erkennen.

De feitelijke omstandigheden die aan deze vordering ter grondslag liggen worden in het bestreden bevelschrift juist uiteengezet.

Waar de volgehouden weigering van de eerste geïntimeerde om de formaliteiten te vervullen om de vrije overgang van de appellant mogelijk te maken, deze laatste nog steeds belet de voetbalsport te beoefenen, betreft de vordering een spoedeisende aangelegenheid. De omstandigheid dat het transferseizoen 1993 inmiddels is verstreken, doet daaraan geen afbreuk. Het kan de appellant trouwens niet euvel worden geduïd eerst een antwoord op zijn brieven van 17 mei 1993, 16 juni 1993 en 18 juni 1993 te hebben afgewacht, alvorens in kort geding te dagvaarden.

Wegens de aard van deze beslissing zal de rechter ten gronde er uiteraard niet door zijn gebonden (art. 1039 Ger.W.).

De geïntimeerden verantwoorden de weigering in te gaan op het verzoek van de appellant, door verwijzing naar de overeenkomst van 7 maart 1992 volgens welke K.S.V. K. een speler B.B. per 1 juni 1993 een vrije transfer verleent tegen betaling van 320.000 fr. Zij beschouwen deze overeenkomst als gesloten tussen rechtsbekwame partijen en niet aangetast door enig wilsgebrek, zodat zij volkomen uitwerking moet hebben. De appellant zou willens en wetens en met kennis van zaken zijn grondwettelijk recht van vrijheid van vereniging op een toelaatbare wijze beperkt hebben.

Aangezien de appellant voetbal speelt in een ploeg van provinciaal niveau, niet blijkt dat hij vergoedingen ontvangt die het grensbedrag bedoeld in het K.B. van 8 oktober 1992 overschrijden en die de toepassing van de wet van 24 februari 1978 ten gevolge hebben, en zelfs niet blijkt dat hij een loon ontvangt als bepaald in de wet van 12 april 1965, kan hij aanspraak maken op de toepassing van het decreet van 25 februari 1975 tot vaststelling van het statuut van de niet-betaalde sportbeoefenaar.

Dit decreet garandeert de niet-betaalde sportbeoefenaar de mogelijkheid de verhouding met een sportorganisatie te beëindigen bij wijze van opzegging, en bepaalt tevens dat van rechtswege nietig is elke bepaling van de overeenkomst die, in strijd met het decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan, er toe strekt de rechten van de sportbeoefenaars aan te tasten of hun zwaardere verplichtingen op te leggen.

Het afhankelijk maken van de vrije transfer van de appellant van de betaling van een som van 320.000 fr. druist in tegen de vrijheid van de sportbeoefenaar die het decreet beoogt te beschermen. Het betreft een nietig beding dat geen

afbreuk kon doen aan de rechten die de appellant op grond van het decreet geniet.

Nu de eerste geïntimeerde geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen de opzegging die haar tussen 1 juni 1993 en 31 juli 1993 bereikte, had die opzegging haar normale uitwerking vanaf 1 september 1993.

Het valt niet in te zien hoe het inwilligen van de vordering van de appellant ertoe zou leiden dat de hele competitie vervalst wordt. Hoogstens kan dit leiden tot een situatie die zonder de obstructie van de eerste geïntimeerde reeds sinds 1 september 1993 op perfect regelmatige wijze zou zijn ontstaan.

Op die gronden,

...

Veroordeelt de geïntimeerden om zich te onthouden van elke daad die ertoe zou leiden, door welk middel ook, rechtstreeks of onrechtstreeks, de contractuele vrijheid van de appellant en van mogelijk geïnteresseerde voetbalclubs om een overeenkomst te sluiten, in het gedrang te brengen; veroordeelt de eerste geïntimeerde tevens, onder de verbeurte van een dwangsom van 10.000 fr. per dag vanaf de 15e dag na de betekening van dit arrest, om onmiddellijk en zonder voorwaarde elke formaliteit te vervullen, waaronder het afgeven van de aansluitingskaart bij de tweede geïntimeerde en van een door de gerechtigde van de eerste geïntimeerde ondertekend transferformulier, nodig om appellant de mogelijkheid te bieden een nieuwe overeenkomst te sluiten met de voetbalclub van zijn keuze; zegt voor recht dat de tweede geïntimeerde gehouden is de transfer van appellant naar een andere voetbalclub van zijn keuze als regelmatig en geldig te erkennen.

ARBEIDSHOF TE GENT

1e KAMER – 18 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. De Sutter

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Brouw en Coppens

Advocaat: mr. Flamme

Arbeidsongeval – Vergoedingen – Hulp van een ander persoon – Berekeningsbasis – Programmawet 22 december 1989 – Nieuwe wet – Werking in de tijd – Gevolg – Minimummaandloon

De bijkomende vergoeding wegens noodzakelijke geregelde hulp van een ander persoon wordt, vanaf de inwerkingtreding van de Programmawet van 22 december 1989 op 9 januari 1990, bepaald met inachtneming van het aan het indexcijfer van de consumptieprijzen aangepaste gewaarborgde gemiddelde minimummaandloon.

N.V.R. t/ J.

Overeenkomstig artikel 24, vierde en vijfde lid, als gewijzigd bij artikel 38 van de Programmawet van 22 december 1989, kan de getroffene, indien zijn toestand volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, aanspraak maken op een bijkomende vergoeding, vastgesteld volgens de noodzakelijkheid van deze hulp, op basis van het gewaarborgde ge-

middeld maandelijks minimumloon als vastgesteld voor een voltijds werknemer, door een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad.

Het jaarlijkse bedrag van deze bijkomende vergoeding mag het bedrag van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon, vermenigvuldigd met twaalf, niet overschrijden.

Allereerst dient te worden vastgesteld dat de eerste rechter, zonder het expliciet uit te leggen, voor deze hulp van derden betreffende de periode vanaf de consolidatie van 17 april 1989 tot 9 januari 1990, met toepassing van het oorspronkelijke artikel 24 van de Arbeidsongevallenwet, een jaarlijkse vergoeding van 73.234 frank toekent, zijnde 10% van het basisloon.

Voorts is de vraag van eiseres in hoger beroep om de bijkomende vergoeding voor hulp van een derde persoon vanaf 9 januari 1990, datum van de inwerkingtreding van de wijziging ingevolge de wet van 22 december 1989, te berekenen op basis van het gewaarborgde gemiddelde maandelijks minimumloon geldende op datum van het ongeval, d.i. op 26 oktober 1987, onterecht.

In de regel heeft een nieuwe wet immers geen terugwerkende kracht indien daarin niet is voorzien, en is een nieuwe wet niet enkel toepasselijk op toestanden die ontstaan vanaf haar inwerkingtreding, maar ook op de toekomstige gevolgen van toestanden ontstaan onder het stelsel van de vorige wet, die zich voordoen of zich verlengen onder het stelsel van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan onherroepelijk vastgestelde rechten (Cass., 25 september 1991, *J.T.T.*, 1992, 49).

Daaruit dient te worden besloten dat in casu vanaf de datum van de consolidatie van de letsels op 17 april 1989, de vergoeding voor de geregelde hulp van een ander persoon dient te worden berekend overeenkomstig het oorspronkelijke artikel 24, vierde lid, van de Arbeidsongevallenwet, nl. op een percentage van het basisloon, en dat vanaf 9 januari 1990, datum van de inwerkingtreding van de wetswijziging bij artikel 38 van de wet van 22 december 1989, deze hulp dient te worden berekend overeenkomstig het nieuw artikel 24, vierde en vijfde lid, van de Arbeidsongevallenwet, rekening houdend met de aanpassingen van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon aan de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijs, als bepaald in artikel 3, laatste lid, van de in de Nationale Arbeidsraad gesloten collectieve arbeidsovereenkomst nr. 43 van 2 mei 1988, houdende wijziging en coördinatie van de c.a.o.'s nr. 21 van 15 mei 1975 en nr. 23 van 25 juli 1975 betreffende de waarborg van een gemiddeld minimum maandinkomen, zolang de vergoeding niet definitief is vastgesteld (Cass., 1 februari 1993, *R.W.*, 1993-94, 87).

Daar artikel 24, als gewijzigd, enkel de berekeningswijze regelt van vergoedingen, dienen in principe ook de nieuwere loongrenzen, aangepast aan het indexcijfer, te worden toegepast zolang deze vergoedingen, zoals te dezen, nog niet zijn vastgesteld.

...

Nopens de berekening van de bijkomende vergoeding

...

2. Vanaf 9 januari 1990

Bij de wijziging van artikel 24 door artikel 38 van de Programmawet van 22 december 1989 heeft de wetgever kennelijk beoogd dat de bijkomende vergoeding wegens de hulp van een ander persoon voortaan zou worden berekend op een eenvormige wijze, gelijk voor alle getroffen en, en niet meer, zoals in het verleden, op basis van een percentage van het basisloon dat voor elke getroffene verschillend is (memorie van toelichting: *Parl.St., Kamer*, 1989-90, 975, 1, blz. 23 en 24; idem: 1989-90, 975, 10, blz. 19).

Na vaststelling *in concreto* van de «omvang van de noodzakelijke hulp» (le degré de nécessité, in de Franse tekst), zal deze hulp berekend worden op basis van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon van een voltijds werknemer, met de beperking dat de jaarlijkse vergoeding, aldus berekend, niet het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon vermenigvuldigd met twaalf mag overschrijden.

De regeling heeft dus een dubbel forfaitair karakter: ongeacht het uurloon dat de getroffene voor de hulp dient te betalen, wordt hij, eenvormig voor alle getroffen en, vergoed op basis van het wettelijke minimumloon, en op jaarbasis kan in het totaal niet méér worden toegekend dan het totale maandelijks minimumloon vermenigvuldigd met twaalf.

Zoals blijkt uit de tekst dekt deze jaarlijkse maximale forfaitaire vergoeding dus niet, in strijd met de bewering van eiseres in hoger beroep, de meest volledige noodzakelijke hulp.

...

Bij de «berekening» van de bijkomende vergoeding voor de hulp van een ander persoon dient dus te worden uitgegaan van het feit hoeveel de getroffene voor deze hulp zou moeten betalen op basis van het gewaarborgde gemiddelde maandelijks minimumloon.

Daar de hulp zich uitstrekt over alle dagen, kan het uitgangspunt vervat in het vonnis *a quo*, voor de omzetting van het gewaarborgde maandelijks minimumloon over «alle» dagen van de week, maand of jaar, worden aanvaard.

Uitgaande van een voltijdse arbeidsweek van 39 uren, wordt een voltijdse vergoeding per dag, gespreid over zeven dagen: 39:7 of 5,57, ofwel 334 minuten per dag.

Dit betekent dat, indien de getroffene 334 minuten per dag noodzakelijke hulp behoeft, de beschikbare uren voor de forfaitaire vergoeding uitgeput zijn en getroffene gerechtigd is op het maximale plafond.

Daar de getroffene te dezen één uur of 60 minuten per dag, de volstrekt geregelde hulp van een ander persoon nodig heeft, ziet de berekening van de bijkomende vergoeding, vanaf 9 januari 1990, datum van de inwerkingtreding van de wetswijziging, er derhalve uit als volgt: (...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

2e KAMER – 7 DECEMBER 1993

Rechter: mevr. Bax

Openbaar ministerie: de h. Jaques

Advocaat: mrs. Schouterden en De Groof loco Versompel

Afstamming – In overspel verwekt kind a patre – Verklaring van naamswijziging – Persoonlijk recht – Instemming – Termijn

De verklaring van naamswijziging ten voordele van een in overspel verwekt kind a patre is een strikt persoonlijk recht van de ouders en kan niet worden vervangen door een vonnis.

De verklaring kan worden afgelegd zonder instemming van de echtgenote met wie de vader gehuwd was op het ogenblik van de vaststelling van de afstamming.

De verklaring kan worden afgelegd na het verstrijken van de termijn van een jaar, indien de vordering binnen deze termijn bij de rechtbank is ingesteld.

L. en D. t/ C. e.a.

Gezien het tussenvonnis van deze rechtbank, zelfde kamer, van 8 april 1992, waarbij, alvorens recht te doen ten gronde, een prejudiciële vraag werd gesteld aan het Arbitragehof;

Gezien het arrest van het Arbitragehof van 19 mei 1993;

Overwegende dat het inleidend verzoek substantieel ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat de weigering door mevrouw C. om instemming te geven met betrekking tot de naamswijziging na erkenning van een in overspel verwekt kind a patre, zoals door art. 335, § 3, tweede lid, B.W. voorgeschreven, onrechtmatig is en tegen de belangen van het kind Eric L., en tevens te horen zeggen voor recht dat deze instemming zal worden vervangen door de te wijzen beschikking;

Overwegende dat luidens de conclusie door eisers neergelegd ter zitting van 9 november 1993 het verzoek thans ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat de verklaring overeenkomstig art. 335, § 3, tweede lid, B.W. zal worden vervangen door het te wijzen vonnis en dat het kind met ingang van 13 juni 1991 (inleiding van vordering) de naam van de vader D. draagt;

Overwegende dat de heer D. op 12 september 1990 het kind Eric L. geboren te Brasschaat op 5 juli 1990 heeft erkend voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te Brasschaat en dit met de instemming van de moeder, Truus L.

Overwegende dat D. toen nog gehuwd was met C.;

Overwegende dat bij vonnis van deze rechtbank, zelfde kamer, van 18 december 1990 de erkenning werd gehomologeerd ingevolge verzoekschrift daartoe neergelegd op 3 oktober 1990; dat het dictum van dit vonnis op 14 februari 1991 werd overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand te Brasschaat;

Overwegende dat partijen D.-C. inmiddels uit de echt gescheiden zijn ingevolge vonnis van 24 februari 1993 van het Amtsgericht te Olten-Gösgen in Zwitserland;

Overwegende dat bij arrest van het Arbitragehof van 19 mei 1993 voor recht werd gezegd dat art. 335, § 3, tweede lid, B.W. de artt. 6 en 6bis Gw. schendt;

Overwegende dat het Arbitragehof stelde dat de naamswijziging waarmee de echtgenote van de vader van het kind haar instemming dient te verlenen, verbonden is met de vaststelling van de nieuwe afstammingsband – die andere gevolgen heeft dan een naamswijziging – geenszins ondergeschikt heeft gemaakt aan de belangen van het wettig gezin, het louere aanvoeren van die belangen geen redelijke verantwoording kan zijn voor het vereiste van instemming van de echtgenote van de vader met de naamswijziging, aangezien, luidens art. 335, § 3, tweede lid, die echtgenote die naamswijziging op absolute wijze kan beletten, zonder dat die bepa-

ling aan de rechter enige bevoegdheid verleent tot beoordeling naar gelang van de omstandigheden die eigen zijn aan ieder geval;

Overwegende dat aldus de ouderlijke verklaring tot naamswijziging kan worden afgelegd zelfs gedurende het huwelijk van de vader, zonder instemming van de echtgenote met wie de vader gehuwd was op het ogenblik van de vaststelling van de afstamming;

Overwegende dat inmiddels de termijn van één jaar te rekenen van de dag waarop de personen, die de verklaring willen afleggen de vaststelling van de afstamming hebben vernomen, verstreken is;

Overwegende dat echter verzoekers tijdig de vordering voor de rechtbank hebben ingesteld, dit is binnen het jaar na de vaderlijke erkenning van het kind;

Overwegende dat de rechtbank niet de bevoegdheid heeft om de instemming van de echtgenote te vervangen door een rechterlijke machtiging; dat evenmin de ouderlijke verklaring van naamswijziging op zich kan worden vervangen door het te wijzen vonnis; dat immers de opportuniteit van de toekenning van de naam van de vader een strikt persoonlijk recht is van de ouders;

Overwegende dat aldus in casu, gelet op het voorafgaande, enkel kan worden gezegd dat de verklaring van naamswijziging voor de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden gedaan zonder dat de instemming van de echtgenote met wie de vader gehuwd was op het ogenblik van de vaststelling van de vaderlijke afstamming en niettegenstaande de termijn van een jaar, zoals bepaald in art. 335, § 3, derde lid, inmiddels verstreken is;

Overwegende dat er geen wezenlijk belang is bij de verzoekers en het kind om aan de aldus tot stand te komen naamswijziging enig retroactief gevolg te verlenen;

...

NOOT–Zie het arrest van het Arbitragehof, 19 mei 1993, in *R.W.*, 1993-94, 121.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TONGEREN

VOORZITTER: 28 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Lysens

Advocaten: mrs. Truyens, Clijmans, Deleu, Franssen, Reard en Tritsmans

Burgerlijke rechtspleging – Bepaling van conclusietermijnen – Zaak niet in staat voor het nemen van conclusies

Als het noodzakelijk voorkomt, teneinde de zaak ten gronde te berechten, de resultaten van een in kort geding bevolen deskundigenonderzoek te kennen, is de zaak niet in staat voor het nemen van conclusies zolang het deskundig verslag niet is neergelegd. De partij die om bepaling van conclusietermijnen verzoekt, kan in de procedure in kort geding op afhandeling van die procedure aandringen.

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

Gezien het verzoekschrift, neergelegd ter griffie van deze Rechtbank op 27 januari 1994 door de raadsman van vijfde

verwerende partij, strekkende tot het bepalen van termijnen overeenkomstig art. 747, § 2, Ger.W. en van een rechtsdag;

...
Overwegende dat in de inleidende dagvaarding tevens de aanstelling werd gevraagd van een gerechtelijk mandataris of bewaarder teneinde de grondstof S. te verkopen;

Dat deze eis werd herhaald in kort geding samen met het verzoek tot het nemen van stalen en analyseren van de inhoud;

Dat bij beschikking van 24 februari 1993 inderdaad een bewaarder werd aangesteld met als opdracht de samenstelling van de stalen door een deskundige te laten onderzoeken;

Overwegende dat het de rechtbank noodzakelijk voorkomt teneinde de zaak ten gronde te beslechten om de resultaten van deze tussenkomst te kennen;

Dat uit de opmerkingen van de partij A. blijkt dat er nog geen deskundig verslag is neergelegd;

Dat verzoeker ook partij is in de procedure in kort geding en als dusdanig kan aandringen op afhandeling van deze procedure;

Dat uit de opmerkingen van de partijen A. en E. blijkt dat een procedure hangende is voor de Rechtbank te Luxemburg, welke behandeld zou zijn op de zitting van 2 februari 1994;

Dat het verzoek tot vaststelling van conclusietermijnen dan ook voorbarig voorkomt aangezien de zaak niet in staat is om conclusies op te stellen;

Dat het gevaar reëel is dat verschillende partijen slechts conclusie zouden nemen tot een verwijzing naar de algemene rol;

...

VREDEGERECHT TE KONTICH

29 MAART 1994

Rechter: de h. Van Nuffel

Advocaten: mrs. Dierckx en Schwagten loco Stabel

Medeëigendom – Mandeligheid – Scheidingsmuur – Gedwongen afkoop – Bezitsaanmatiging

Het feit een muur te plaatsen om het volle gewicht van het gebouw op te vangen op enkele centimeters van de bestaande scheidingsmuur van de buur, zonder deze te raken, laat, verre van te laten blijken van de ondubbelzinnige wil van de bouwer om de gemeenheid van die muur te verwerven, juist van het tegendeel blijken.

Het is ook niet zo dat de eigenaar van de bestaande muur, omdat hij voordeel haalt uit de geluiddempende en isolerende werking van de op enkele centimeters van zijn zijgevel opgerichte muur, verplicht kan worden ook bij te dragen in de constructiekosten van de nieuwe muur.

De B. t/ H.

Eisers zijn eigenaars van een woning te (...). Zij bouwden de zijgevel van hun woning te paard over de grens met het aanpalend erf. Verweerders zijn eigenaar geworden van het aanpalend erf en bouwen hierop een huis. Eisers stellen dat verweerders hierbij gebruik maakten van hun muur en vor-

deren betaling van de prijs der gemeenmaking. Verweerders betwisten het feit dat zij een gedeelte van de muur van de eisers in bezit zouden willen nemen of in bezit namen.

Ter beoordeling van de betwisting werd een deskundige aangesteld met als voornaamste opdracht na te gaan of er bezitsaanmatiging op de muur van eisers door de verweerders had plaatsgehad en subsidiair de prijs van de mandeligheid te bepalen.

De aangestelde deskundige stelde vast dat bij zijn plaatsbezoek er nog geen sprake was van enige bezitsaanmatiging, daar de verweerders een zelfdragende muur van 14 cm breed hebben opgetrokken, losstaand van de bestaande muur van de woning van de eisers en op een onafhankelijke fundering. Hij oordeelt dat vanaf het aanwerken van de nieuwe daken met het bestaande dak en brandmuur, de bestaande muur wel als bescherming dienen zal en er dan van bezitsaanmatiging gesproken kan worden. Hij berekent, in geval van bezitsaanmatiging, de prijs van de overname op 95.463 fr., exclusief B.T.W.

Beoordeling

Overwegende dat, hoewel het Burgerlijk Wetboek enkel aan de eigenaar van een erf dat aan een muur paalt, het recht verleent de gemeenheid van die muur te verwerven (art. 661 B.W.) en nergens de verplichting van de eigenaar van een erf, dat aan een muur paalt om die muur gemeen te maken heeft geregeld, zelfs niet wanneer die muur te paard is gebouwd over de grens tussen de erven, de rechtspraak wel aanvaardt dat de eigenaar van die muur kan dwingen de helft van geheel of een gedeelte van de waarde van de muur te betalen zodra deze door een bezitsaanmatiging of een feitelijkheid, welke als inbezitneming voorkomt, zijn bedoeling heeft laten kennen de gemeenheid te willen verwerven of de muur in eigen voordeel te willen gebruiken (Cass., 2 juni 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 1020, *R.C.J.B.*, 1978, 440, met noot Hansenne, «L'acquisition forcée de la mitoyenneté»; Rb. Verviers, 4 juni 1984, *Pas.*, 1985, III, 148; Vred. Mechelen, 7 mei 1954, *R.W.*, 1954-55, 861; Gent, 25 juni 1956, *R.W.*, 1956-57, 1568);

Dat het feit een muur te plaatsen om het volle gewicht van het gebouw op te vangen op enkele centimeters van de bestaande scheidingsmuur van de geuur, zonder deze te raken, verre van te laten blijken van de ondubbelzinnige wil van de bouwer om de gemeenheid van die muur te verwerven, juist van het tegendeel laat blijken;

Overwegende dat enkel van een bezitsaanmatiging zou kunnen worden gesproken wanneer de geuur van de scheidsmuur afbreuk zou doen aan de rechten van de eigenaar van de muur op een wijze waartegen deze zich zou kunnen verzetten met een vordering tot afbraak of verwijdering van het gebouwde;

Dat het Hof van Cassatie herhaaldelijk heeft geoordeeld dat het enkele feit dat de bestaande muur enig voordeel biedt voor de geuur, niet volstaat om hem tot overname van de muurgemeenheid te kunnen dwingen (Cass., 22 februari 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 862) of dat de enkele omstandigheid dat de nabuur voordeel haalt uit het bestaan van de muur, geen zodanige bezitsaanmatiging inhoudt (Cass., 22 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 779; Vred. Tienen, 28 september 1992, *R.W.*, 1992-93, 470);

Dat ook in dit gerechtelijk kanton herhaaldelijk aldus werd geoordeeld (Vred. Kontich, 30 november 1987, A.R.

7944, bevestigd door Antwerpen, 14 juni 1989, A.R. 27.781; Vred. Kontich, 21 december 1989, A.R. 8318);

Dat in al deze gevallen het ging om zelfdragende muren van een halve baksteen tot snelbouwsteen van 14 cm, opgetrokken op enkele centimeters van de bestaande scheidsmuur;

Overwegende dat het ook niet zo is dat de eigenaar van de bestaande muur, omdat hij voordeel haalt uit de geluid-dempende en isolerende werking van de op enkele centimeters van zijn zijgevel opgerichte muur, verplicht zou kunnen worden om ook bij te dragen in de constructiekosten van de nieuwe muur;

Dat het plaatsen van isolerend materiaal tussen beide muren (Vred. St.-Joost-ten-Node, 18 november 1958, *J.J.P.*, 1959, en Vred. Kontich, 30 november 1987, hierboven aangehaald) of het dichtsmen en afsluiten van de spleet tussen de muren (Vred. Châtelet, 8 maart 1927, *J.J.P.*, 1928, 15) of het dichten van de voeg met cement of isolatiestrip (Rb. Nijvel, 29 maart 1988, *J.T.*, 1988, 365) of het aanwerken van een waterdichte dakaansluiting, niet als zodanige bezitsaanmatiging werd aanvaard;

Overwegende dat de bemerking dat de opgerichte muur onvoldoende bescherming zou bieden tegen de weersomstandigheden bij het verdwijnen van de bestaande scheidsmuur, irrelevant voorkomt, omdat niet alleen die eventualiteit weinig waarschijnlijk is en indien die muur zou verdwijnen er voor de eigenaars van het nu nieuwgebouwde huis, ruimte zal zijn om de desgewenste bescherming aan te brengen, zelfs om een nieuwe muur op de scheidingsgrens te bouwen.

Overwegende dat er derhalve geen grond is om de verweerders te verplichten de gemeenschap van de muur van de eisers te verwerven en de deskundige niet gevolgd kan worden in zijn beschouwingen, die in het kader van de hem opgedragen vaststellingen en ramingen te buiten gaan;

...

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinatie: Jan Wouters

Hof van Justitie, 27 april 1994

Mededinging – Openbare elektriciteitsvoorziening – Invoerverbod – Artikel 90, lid 2, EG-Verdrag – Directe werking – Beoordelingsruimte nationale rechter – Rechtsbescherming

Deze zaak handelt over de organisatie van de openbare elektriciteitsvoorziening in Nederland, zoals deze bestond in de periode 1985-1988. Hierbij zijn betrokken de producenten, regionale en lokale distributeurs en de uiteindelijke eindgebruikers. Regionale distributeurs leveren evenwel niet enkel aan de lokale distributeurs, doch ook rechtstreeks aan bepaalde eindgebruikers, hetgeen hogere kosten met zich meebrengt dan de kosten verbonden aan de levering aan lokale distributeurs. Verweerster in het bodemgeschil (IJM)

ging in 1985 over tot het opleggen van een egalisatietoeslag aan eisers-lokale distributiebeprijven (waaronder de gemeente Almelo) om het verschil tussen beide soorten kosten te compenseren. Door een combinatie van contractuele invoerverboden en verticale exclusieve afnameverplichtingen bestond een situatie van volledige afhankelijkheid van de hoger in de distributiekolom gesitueerde contractpartner, met uitsluiting van iedere mogelijkheid van alternatieve bevoorradings- en bijgevolg met uitsluiting van mededinging op het vlak van elektriciteitsvoorziening. De lokale distributeurs verkeerden hierdoor met andere woorden niet in de mogelijkheid aan de egalisatietoeslag te ontkomen. In het bodemgeschil betwistten zij dan ook de verenigbaarheid van de invoerverboden en de exclusieve afnameverplichtingen, uiteindelijk grondslag van het verschuldigd zijn van de toeslag, met de Europese mededingingsregels.

Deze zaak is boeiend vanuit verschillende oogpunten. In de eerste plaats vanuit het oogpunt van *rechtsbescherming*. Eisers schakelden immers op relatief korte tijd ongeveer alle communautaire instellingen in voor de beslechting van hun geschil. Een klacht bij de Commissie resulteerde in een beschikking van 16 januari 1991 (*IJsselcentrale e.a.*, *PB*, 1991, L 28, 32). Beroep tegen deze beschikking bij het Gerecht werd verworpen bij arrest van 18 november 1992 (zaak T-16/91, *Rendo e.a.*, *Jur.*, 1992, II-2417), waartegen partijen hogere voorziening instelden bij het Hof (zaak C-19/93 P). Daarnaast werd een tweede beroep ingesteld tegen een brief van de Commissie waarbij de oorspronkelijke klacht tegen de egalisatietoeslag in wezen werd afgewezen wegens gebrek aan merkbare beïnvloeding van de interstatenhandel, welk beroep bij beschikking van 29 maart 1993 (zaak T-2/92, *Rendo II*) niet-ontvankelijk werd verklaard. Verder richtte de Commissie op 26 november 1992 een met redenen omkleed advies tot de Nederlandse regering wegens strijdigheid van het exclusief invoerrecht met de artt. 30 en 37 EG-Verdrag. Daarnaast werd ook op het nationaal vlak op verschillende niveaus geageerd. In de eerste plaats door het inleiden van een arbitrageprocedure. Tegen het arbitrale vonnis waarbij hun eisen werden afgewezen, stelden eisers beroep in bij de wettelijk bepaalde rechterlijke instantie. Overeenkomstig de arbitrale overeenkomst moest deze oordelen als goede mannen naar billijkheid. Deze nationale rechter (het Gerechtshof te Arnhem) schorste het geding om het Hof een aantal prejudiciële vragen voor te leggen. Een en ander illustreert dat voor «hardnekkige» partijen wel degelijk onderscheiden wegen openstaan om het vooropgesteld doel, in casu een uitspraak aangaande de strijdigheid van contractuele bepalingen met het gemeenschapsrecht, te bereiken.

Een tweede aspect van het rechtsbeschermingsbelang van deze zaak is dat het Hof communautaire grenzen stelt aan de wilsvrijheid van partijen bij een arbitrale overeenkomst ten aanzien van de door de beroepsinstantie toe te passen rechtsregels. Het Hof geeft immers aan dat het door partijen overeengekomen moeten «oordelen als goede mannen naar billijkheid» de rechterlijke instantie niet kan ontslaan van haar communautaire verplichtingen om het gemeenschapsrecht, en inzonderheid de regels op het gebied van de mededinging, in acht te nemen, zulks op grond zowel van de voorrang en het uniformiteitsvereiste als van de algemene samenwerkingsovereenkomst van art. 5 EG-Verdrag (zie r.o. 23).

Wat de grond van de zaak betreft is de «vasthoudendheid» van eisers veeleer gemakkelijk te verklaren. Het kernpro-

bleem betreft immers de uitlegging van de mededingingsregels van het EG-Verdrag en de toepasselijkheid daarvan op de organisatie van openbare elektriciteitsvoorziening. We hebben hier m.a.w. met een primeur te maken, wat ook advocaat-generaal Darmon in zijn conclusie van 8 februari 1994 (nog niet gepubliceerd in de *Jur.*) moest toegeven.

Het arrest van het Hof overstijgt duidelijk het concrete geschil. Terwijl tot voor enige jaren bijna zonder meer werd aangenomen dat de energievoorziening fundamenteel tot de bevoegdheden van de lidstaten was blijven behoren (zie conclusie van advocaat-generaal Darmon, nr. 8), opteerde ook de Commissie in haar voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (*Pb.*, 1992, C 65, 4) duidelijk voor geleidelijkheid bij de creatie van een interne markt met zekere garanties op het vlak van de mededinging, en met name een zekere mate van «third party access». De Commissie maakte op dit domein dus, anders dan op het gebied van de telecommunicatie, geen gebruik van haar bevoegdheid ex art. 90, lid 3, EG-Verdrag, doch bleef de voorkeur geven aan coördinatie en harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen.

Zonder zover te gaan als te stellen dat uit dit niet-optreden ex art. 90, lid 2, EG-Verdrag automatisch de niet-toepasselijkheid van de mededingingsregels op de openbare elektriciteitsvoorziening mocht worden afgeleid, en dat bijgevolg het betwiste invoerverbod en de daaruit voortvloeiende wederzijdse exclusiviteit (qua levering en afname) niet aan enig communautair toezicht konden worden onderworpen, geeft het arrest voor het eerst duidelijk aan binnen welke grenzen art. 90, lid 2, EG-Verdrag kan worden aangevoerd om aan de principiële toepasselijkheid van de artt. 85 en/of 86 ten aanzien van de openbare elektriciteitsvoorziening te kunnen «ontsnappen» (het arrest handelt ook – en wel primair – over de toepasselijkheid van art. 37, doch dit aspect wordt verder buiten beschouwing gelaten).

Merkwaardig genoeg komt de vraag of de mededingingsregels wel van toepassing zijn op de elektriciteitssector in het arrest zelf niet expliciet aan bod (wel in de conclusie van advocaat-generaal Darmon, nrs. 78-82). Het Hof besluit vrij snel tot de principiële toepasselijkheid van zowel art. 85 als 86 (zie hiervoor resp. r.o. 34-39 en 40-45). Hierdoor wint het deel van het arrest dat handelt over de mogelijkheid van art. 90, lid 2, EG-Verdrag aan te voeren overeenkomstig aan belang.

De vraag of art. 90, lid 2, EG-Verdrag hoe dan ook kan worden aangevoerd in het bodemgeschil voor de nationale rechter blijft eveneens onbehandeld. Hierdoor liet het Hof de kans onbenut het aanslepende debat over de al dan niet directe werking van deze bepaling op gezaghebbende wijze in bevestigende zin te beslechten, en dit niettegenstaande het feit dat het Hof «al heeft het dit niet met zoveel woorden gezegd» inmiddels duidelijk deze mening is toegedaan (zie de verhelderende analyse van advocaat-generaal Darmon, nrs. 124-135).

Dat een onderneming krachtens een publiekrechtelijke, niet-exclusieve concessie belast met de openbare elektriciteitsvoorziening op een deel van het nationale grondgebied, kan worden gezien als een onderneming in de zin van art. 90, lid 1, EG-Verdrag, kan niet worden betwist. De kernvraag is in welke mate de uitsluiting van elke mededinging, als gevolg van het invoerverbod, noodzakelijk is om te verzekeren dat deze onderneming in staat blijft haar bijzondere taak van al-

gemeen belang te vervullen. Het Hof verduidelijkte in het arrest Corbeau (arrest van 19 mei 1993, zaak C-320/91, *Jur.*, 1993, I-2533, r.o. 16) dat zulks inhoudt dat de onderneming moet kunnen werken onder «economische aanvaardbare omstandigheden», hetgeen moet worden gezien als een afzwakking van de vroegere – veel restrictievere – uitlegging dat de vervulling van de specifieke taak *onmogelijk* moest worden gemaakt door de toepasselijkheid van de mededingingsregels (zo de conclusie van advocaat-generaal Darmon, nr. 146). Het Hof besluit dan ook in de onderhavige zaak dat de nationale rechter zal moeten nagaan of de betwiste clausule noodzakelijk is vanuit «economisch oogpunt». Als leidraad voor het feitenonderzoek geeft het Hof de nationale rechter de overweging mee dat hierbij «rekening moet worden gehouden met de economische condities waarin de onderneming opereert, in het bijzonder de kosten die door haar moeten worden gedragen en de regelingen, vooral op milieugebied, waaraan zij is onderworpen» (r.o. 49).

Of het Hof hiermee overging tot «het formuleren voor de nationale rechter van criteria aan de hand waarvan deze kan beoordelen, of de hem voorgelegde situatie een beperking van de mededinging, zoals een invoerverbod, rechtvaardigt», waartoe het Hof volgens advocaat-generaal Darmon, in de lijn van het reeds geciteerde Corbeau-arrest moest overgaan (zie nr. 152 en nrs. 162 e.v. voor de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan vooraleer de markt voor de levering van elektriciteit kan worden opengesteld voor mededinging), kan m.i. in twijfel worden getrokken. Het is evenmin duidelijk of het Hof de nationale rechter hiermee «een antwoord geeft dat nuttig is voor het beslechten van het concrete geschil» (zo o.m. arrest van 5 oktober 1988, zaak 129/87, *Fingruth, Jur.*, 1988, 6134), wat toch de bedoeling is van de prejudiciële procedure.

(Voltallig Hof – Zaak C-393/92, Gemeente Almelo e.a./ NV Energiebedrijf IJsselmij)

A.M. Van den Bossche

Gerecht van eerste aanleg, 28 april 1994

Mededinging – Toerekening van mededingingsinbreuk na overname van een onderneming – Motiveringsplicht van de Commissie

Dit arrest betreft het probleem van de toerekening van de aansprakelijkheid voor een inbreuk op het EG-mededingingsrecht in geval van rechtsopvolging, en de verplichting voor de Commissie om dergelijke toerekening behoorlijk te formuleren.

Verzoekster, All Weather Sports Benelux BV («AWS Benelux»), een vennootschap naar Nederlands recht, had in april 1989 de activiteiten en de daarop betrekking hebbende activa overgenomen van All Weather Sports BV («AWS»). Deze activa hadden o.m. betrekking op een exclusieve verkoopovereenkomst voor produkten van de Britse vennootschap Dunlop Slazenger International Ltd. («DSI») – een overeenkomst die ten einde liep op 30 april 1989, d.w.z. kort na de overname – evenals de verkooprechten op een gamma sportartikelen waarvan het merkeigendom was van All Weather Sports International BV («AWS International»). Na de overname staakten AWS en AWS International hun han-

delsactiviteiten. Deze vennootschappen bleven echter bestaan, zij het onder een gewijzigde benaming; ze bleven tevens eigendom van dezelfde groep.

Nog vóór de overname had de Commissie, in het kader van een inbreukprocedure tegen DSI, een verificatie verricht in de kantoren van AWS. De mededeling van de punten van bezwaar gebeurde in 1990, d.w.z. na de overname, maar was nog steeds gericht aan AWS. Hoewel in de procedure voor de Commissie herhaaldelijk de vraag aan de orde werd gesteld welke onderneming het voorwerp was van de procedure, heeft de Commissie dit punt steeds voor zich uit geschoven. Op 18 maart 1992 werd AWS Benelux, als rechtsoptvolger van AWS, echter veroordeeld wegens de inbreuken gepleegd door AWS International (beschikking 92/261/EEG, Newitt/DSI e.a., Pb., 1992, L 131, 32).

AWS Benelux heeft tegen deze beschikking beroep ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg. Verzoekster beriep zich daarbij enkel op procedurele gronden, o.m. op een ontoereikende motivering door de Commissie. Volgens verzoekster had de Commissie in haar beschikking duidelijk moeten aangeven waarom zij aansprakelijk werd gesteld voor de inbreuken die zij zelf niet had gepleegd. Bovendien had de Commissie in haar beschikking het verband tussen AWS Benelux en AWS International niet uitgewerkt, hoewel het volgens de Commissie deze laatste onderneming was die de bewuste inbreuken had gepleegd.

Het Gerecht ging niet nader in op het vraagstuk van de toerekening in geval van rechtsoptvolging. Het Gerecht bevestigde vroegere rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan de overnemer van een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor mededingingsinbreuken begaan door de overgenomen onderneming, op voorwaarde dat de identiteit van de rechtsoptvolger niet wordt betwist, en deze laatste daadwerkelijk de activiteiten voortzet waarover het geschil gaat (arrest van 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83, CRAM en Rheinzink, *Jur.*, 1984, 1679). Het Gerecht stelde echter dat de Commissie in elk geval verplicht is de toerekening van een inbreuk aan een bepaalde onderneming uitvoerig te motiveren, m.n. indien deze toerekening, zoals in voorliggend geval, betwist is. Volgens het Gerecht was de motivering van de Commissie op dit punt volstrekt ontoereikend.

Verzoekster had eveneens het feit aangevochten dat zij, als overnemer van AWS, aansprakelijk werd geacht voor inbreuken waarvan de Commissie gesteld had dat ze gepleegd waren door AWS International. Het Gerecht oordeelde dat verzoekster niet aansprakelijk kon worden geacht voor een inbreuk, indien de Commissie niet haar rechtsvoorganger, maar een andere onderneming, had aangewezen als pleger van de inbreuk. Het Gerecht verwierp in dit verband het argument van de Commissie dat de vermelding van AWS International in de beschikking een materiële vergissing was.

Het Gerecht heeft bijgevolg de beschikking vernietigd voor zover zij betrekking had op verzoekster.

(Tweede kamer – Zaak T-38/92, All Weather Sports Benelux BV/Commissie)

K. Platteau

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid van de V.U.B. (coördinatie: prof. dr. M. van Damme)

Dit overzicht betreft de wetgeving bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van augustus 1994 en kwam tot stand met medewerking van G. Debersaques, G. Van Limberghen en L. Veny

Overdracht van onroerende en roerende goederen aan de Vlaamse Gemeenschapscommissie

Het decreet van 1 juni 1994 regelt de overdracht van roerende en onroerende goederen van de Vlaamse Gemeenschap aan de Vlaamse Gemeenschapscommissie (*B.S.*, 2 augustus 1994).

Uiterlijk tegen 31 december 1995 moeten de onroerende goederen die toebehoren aan de Vlaamse Gemeenschap en gelegen zijn in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad en die gebruikt of bestemd worden als lokaal cultureel ontmoetingscentrum, in volle eigendom overgedragen zijn aan de Vlaamse Gemeenschapscommissie. De roerende goederen die noodzakelijk zijn voor het gebruik van deze centra worden onder dezelfde voorwaarden overgedragen.

De overdracht van deze goederen geschiedt in de staat waarin zij zich bevinden, met inbegrip van alle erfdienstbaarheden en de eraan verbonden bijzondere lasten. Eventuele lasten en verplichtingen die een gevolg zijn van een rechterlijke beslissing vormen hierop echter een uitzondering, in zoverre het rechtsgeschil aanhangig is gemaakt vóór het tijdstip van de eigenlijke overdracht.

Verhuur, vervreemding of wijziging van de bestemming van de overgedragen goederen is slechts mogelijk na voorafgaande machtiging van de Vlaamse regering.

L.V.

Taalgebruik in sociale zaken

Het Taaldecreet van de Cultuurraad voor de Nederlandse Cultuurgemeenschap van 19 juli 1973 regelt het gebruik der talen in de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers en bij het opstellen van wettelijk voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen.

Artikel 4, waarvan de derde paragraaf door het Arbitragehof is vernietigd bij arrest van 30 januari 1986, bepaalt wat onder «sociale betrekkingen» tussen werkgevers en werknemers dient te worden verstaan. Aan deze wetsbepaling wordt thans bij decreet van de Vlaamse Raad van 1 juni 1994 (*B.S.*, 3 augustus 1994) een nieuwe paragraaf 3 en een paragraaf 4 toegevoegd.

Luidens de nieuwe derde paragraaf worden voortaan alle, in welke vorm ook, van de werkgever uitgaande werkaanbiedingen met het oog op de aanwerving van een werknemer, tot de sociale betrekkingen gerekend.

De niet-limitatieve opsomming van artikel 4 wordt voorts in § 4 uitgebreid met de betrekkingen tussen werkgever en sollicitanten die aan het sluiten van de arbeidsovereenkomst en de eigenlijke tewerkstelling voorafgaan, zelfs wanneer uiteindelijk geen arbeidscontract tot stand komt. Aangezien overeenkomstig artikel 2 van het decreet het Nederlands de te gebruiken taal is, staat de nieuwe paragraaf 4, ingevolge een amendement op het oorspronkelijke voorstel van decreet en om mogelijke misverstanden te vermijden, uitdrukkelijk aan de werkgever toe meertaligheid van de sollicitant te eisen en de kennis van andere talen bij sollicitanten te toetsen tijdens de selectieperiode.

De decreetgever beoogt aldus, in overeenstemming met een arrest van de Vaste Commissie voor Taaltoezicht en een aanbeveling van de SERV, het toenemende fenomeen van de niet-Nederlandstalige personeelsadvertenties te bestrijden vanuit het standpunt dat het van een fundamenteel respect voor de toekomstige werknemer van wie meertaligheid mag worden geëist, getuigt dat de werkgever zich tot hem richt in diens eigen taal.

G.V.L.

Sociale verkiezingen, ondernemingsraden en comités VGV

Met het oog op de eerstkomende sociale verkiezingen die plaatsvinden in de maand mei van volgend jaar zijn bij wet van 7 juli 1994 (*B.S.*, 5 augustus 1994) naast de hierna vermelde, nog enkele zeer technische wijzigingen aangebracht aan de Wet Organisatie Bedrijfsleven van 20 september 1948 en aan de Veiligheidswet Werknemers van 10 juni 1952. Voorts mogen dienaangaande een nieuw koninklijk besluit en een nieuwe ministeriële circulaire worden verwacht.

1. Voor de toepassing van het wettelijke vermoeden dat diverse juridische entiteiten één technische bedrijfseenheid uitmaken, wordt niet langer vereist dat de betrokken juridische entiteiten door splitsing zijn ontstaan en derhalve reeds vóór de splitsing hun activiteit uitoefenden (zie *Cass.*, 30 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 1486). Het vermoeden kan thans ook toepassing vinden, wanneer de activiteiten van bestaande en nadien opgerichte, nieuwe juridische entiteiten onderling verbonden zijn.

2. Openbare diensten waarvan de personeelsleden niet ressorteren onder een door of krachtens wettelijke of reglementaire bepalingen vastgesteld vakbondsstatuut, worden thans niet meer onttrokken aan de verplichting een ondernemingsraad op te richten. Wat de comités VGV betreft, was reeds vroeger in een regeling voorzien.

3. De arbeidsgeneesheer en het hoofd van de dienst voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen kunnen niet langer werkgevers- of werknemersafgevaardigde zijn. Dat vloeide, wat de comités betreft, reeds voort uit bestaande wetsbepalingen, maar maakt, wat de ondernemingsraad betreft, een einde aan een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie.

4. De voorwaarden van verkiesbaarheid worden verruimd ten aanzien van atypische werknemers en verduidelijkt ten aanzien van bejaarde werknemers.

5. De bij koninklijk besluit van 18 oktober 1990 afgeschafte mogelijkheid om op kandidaten van verschillende lijsten te stemmen wordt nu ook uit de wettekst verwijderd.

6. De wet bepaalt thans welke procedure dient te worden gevolgd in geval van wijziging van de technische bedrijfseenheden tussen de datum waarop zij definitief zijn vastgesteld, en de verkiezingsdag.

G.V.L.

Persoonlijke levenssfeer – Wet van 8 december 1992 – Inwerkingtreding

Artikel 52, eerste lid, van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (*B.S.*, 18 maart 1993, en *FB.W.*, nr. I.B.35; voor een eerste bespreking van deze wet, zie o.m. Baeteman, G. en Van Vlasselaer, M., *De bescherming van het privé-leven ten aanzien van de gegevensverwerking*, Bijzonder dossier bij T.B.B.R., Antwerpen, Kluwer, 1993, 188 pp., en Centrum voor Internationaal Strafrecht V.U.Brussel, «De Belgische privacy-wetgeving, een eerste analyse», *R.W.*, 1992-93, 1145-1154) stelt dat iedere bepaling van die wet in werking treedt op de datum bepaald door de Koning en uiterlijk op de eerste dag van de achttiende maand volgend op die waarin zij in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt. In concreto betekent dit uiterlijk op 1 september 1994.

Op vijf bepalingen na, is de voornoemde wet in werking getreden (zie het koninklijk besluit nr. 1 van 28 februari 1993 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *B.S.*, 18 maart 1993, 5.816, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 13 september 1993 (*B.S.*, 25 september 1993) en 14 maart 1994 (*B.S.*, 12 april 1994)). Blijven nog over, de artikelen 6, 8, 9, 17 en 18, die respectievelijk betrekking hebben op het verbod op registratie van gevoelige en gerechtelijke gegevens, de kennisgevingsplicht, de verplichting tot voorafgaande aangifte van geautomatiseerde verwerking en het aanleggen van een register van de geautomatiseerde verwerkingen.

Het enige artikel van de wet van 30 juni 1994 (*B.S.*, 18 augustus 1994) verlengt de voornoemde uiterste datum van inwerkingtreding met zes maanden, zodat uiterlijk op 1 maart 1995 alle artikelen van de wet van 8 december 1992 in werking moeten treden. Volgens de memorie van toelichting is het noodzakelijk die termijn bewarend uit te stellen wegens de complexiteit van de te volgen procedure en in afwezigheid van alle uitvoeringsbesluiten (*Gedr.St., Kamer*, 1993-94, nr. 1464/1, 1). Door de opgelegde procedure diende volgens de minister van Justitie veelvuldig overleg te worden gepleegd (*Gedr.St., Kamer*, 1993-94, nr. 1464/2, 3), waardoor de uitvoeringsbesluiten vertraging opliepen.

G.D.

Veiligheid

Het K.B. van 5 juli 1994 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder de gemeenten bepaalde financiële hulp van de Staat kunnen krijgen op het vlak van de veiligheid (*B.S.*, 6 augustus 1994) heeft tot doel de in artikel 1 van het K.B. van 10 juni 1994 bedoelde gemeenten bijzondere geldelijke tegemoetkomingen te verlenen. Hiermee wordt gestreefd naar een optimalisering van de veiligheidswerking van de gemeentelijke politiediensten (zie verslag aan de Koning, *B.S.*, 6 augustus 1994, 20.075).

Onder de bij M.B. vastgestelde voorwaarden kunnen de desbetreffende gemeenten de toegekende financiële middelen aanwenden voor de aankoop of financieringshuur van materieel of uitrusting van hun politiediensten. Gemeenten die een volwaardige politiezorg verstrekken, kunnen bovendien een aanvraag indienen voor een specifieke tegemoetkoming ter ondersteuning van de werking van hun politiekorps.

Voor nationale veiligheidsacties kan de minister van Binnenlandse Zaken zelf overgaan tot het aanschaffen van dit materieel of deze uitrusting, alsook rechtstreeks bijdragen in de werkingskosten van de gemeentelijke politiediensten.

De omslag van de beschikbare kredieten geschiedt volgens de in het besluit vastgestelde verdeelsleutels. De provinciegouverneur is belast met de regelmatige inspectie op de naleving van de subsidievoorwaarden.

Aan de gemeenten ten slotte die een veiligheidscontract hebben gesloten, kan daarnaast nog een forfaitaire tegemoetkoming worden gegeven ter verwezenlijking van initiatieven inzake criminaliteitspreventie, onder de regelmatige inspectie van de minister van Binnenlandse Zaken.

Niet-naleving van de bestuursrechtelijke bepalingen of subsidievoorwaarden kan leiden tot een gehele of gedeeltelijke terugbetaling.

L.V.

Z.I.V.-Wet

Zowel artikel 145 van de reeds talloze malen gewijzigde Z.I.V.-Wet, als artikel 90 van de wet van 15 februari 1993 verlenen aan de Koning de bevoegdheid de bepalingen van de Z.I.V.-Wet te coördineren en daarbij een andere volgorde, nummering of wijze van voorstelling aan te wenden, andere verwijzingen in de plaats van de oorspronkelijke te stellen om ze met de nieuwe nummering overeen te brengen en zelfs, met het oog op de overeenstemming der bepalingen en de eenheid in de terminologie, de redactie van de wetsbepalingen te wijzigen zonder afbreuk aan de inhoud ervan te mogen doen.

Op verzoek van de regering werd dan ook een ontwerp van coördinatie, dat niet zover gaat de structuur van de Z.I.V.-Wet aan te passen, opgesteld door het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering in samenwerking met het coördinatiebureau van de Raad van State. De aan het advies van de afdeling wetgeving aangepaste tekst werd ten slotte neergelegd in het koninklijk besluit van 14 juli 1994 (*B.S.*, 27 augustus 1994). Van de gelegenheid is tevens gebruik gemaakt om overeenkomstig artikel 8 van de wet van 1 augustus 1985 de Z.I.V.-Wet in overeenstemming te brengen met de bepalingen van artikel 1 van die wet en om een aantal andere wetsbepalingen die op impliciete wijze de Z.I.V.-Wet hebben gewijzigd, bij de coördinatie te betrekken.

De gecoördineerde wettekst draagt thans het opschrift «Wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994» en is voorzien van een inhoudsopgave, concordantietabellen in beide richtingen en aantekeningen ter verantwoording van de verrichte coördinatie.

Het ligt in de bedoeling van de regering om de bekrachtiging van de geordende teksten aan het parlement voor te stellen, zodat overbodig geworden en niet in de gecoördineerde tekst opgenomen

wetsbepalingen kunnen worden opgeheven. De bekrachtiging door de wetgever zal ook de rechtszekerheid ten goede komen, aangezien bepaalde wijzigingen kunnen worden geacht een beleidskeuze te impliceren of toch op een inhoudelijke aanpassing van de te coördineren tekst neer te komen (zie advies van de Raad van State).

De noodzaak om ook de tekst van de uitvoeringsbesluiten aan te passen doet geen afbreuk aan het nut van deze coördinatie die de nummering van de wetsbepalingen thans ook voor anderen dan klassieke filologen begrijpbaar maakt en hopelijk niet te snel zal worden achterhaald door nieuwe wetswijzigingen.

G.V.L.

Hogescholendecreet

Het gewone decreet van 13 juli 1993 (*B.S.*, 31 augustus 1994) vormt het sluitstuk van de hervorming van het hoger onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap. Deze hervorming, aangevangen na de grondwetsherziening van 15 juli 1988, werd ingezet met het decreet van 12 juni 1991 op het academisch onderwijs (Veny, L., *De regelgeving op het academisch onderwijs*, doctoraal proefschrift, Brussel, V.U.B., 1994, 1354 pp.), het bijzonder decreet van 26 juni 1991 betreffende de gemeenschapsuniversiteiten (hierover Schneider, I., «Over de gemeenschapsuniversiteit», *T.O.R.B.*, 1992-93, 33-38) en ten slotte het «voorlopig» decreet van 23 oktober 1991 op de Vlaamse hogescholen (zie Ade, J., «Het hoger onderwijs in Vlaanderen, een nieuwe aanpak», *T.O.R.B.*, 1991-92, 103-112).

Het voorliggende decreet, dat op bepaalde vlakken grote gelijkenissen vertoont met het universiteitsdecreet, is uiteindelijk de resultante van een breed politiek compromis in de Vlaamse Raad en is noodzakelijk te lezen in samenhang met het bijzonder decreet van 13 juli 1994 tot wijziging van het A.R.G.O.-decreet (*B.S.*, 2 september 1994).

Het decreet besteedt achtereenvolgens aandacht aan de organisatie van het onderwijs, het projectmatig wetenschappelijk onderzoek en de maatschappelijke dienstverlening (titel II), de rechtspositieregeling van het personeel (artt. 64 t.e.m. 171), de financiering en het beheer van de instellingen en ten slotte de bestuursstructuren, met inbegrip van de regels betreffende de medezeggenschap.

Een opvallende reeks overgangs- en slotbepalingen, alsook bepalingen tot gehele of gedeeltelijke opheffing van nationale, decretale en bestuursrechtelijke onderwijsregelgeving sluiten dit omvangrijke decreet (369 artikelen) af.

De decretale bepalingen treden op verschillende data in werking.
L.V.

Z.I.V.: responsabilisering van de verzekeringsinstellingen

De jongste jaren voerde de regering een beleid dat, met het oog op een duurzaam financieel evenwicht van de ziektekostenverzekering, gericht is op een grotere responsabilisering van de verschillende bij het bestuur der verzekering betrokken partners. Door de verzekeringsinstellingen thans geleidelijk een grotere financiële responsabiliteit op te leggen beoogt de regering ook a posteriori het evenwicht van de rekeningen van de ziektekostenverzekering te garanderen.

Het totale budget van de verzekering voor geneeskundige verzorging wordt voortaan onder de verzekeringsinstellingen verdeeld aan de hand van een eerste verdeelsleutel die het aandeel in de werkelijke uitgaven van iedere verzekeringsinstelling weerspiegelt en waarvan het belang geleidelijk wordt verminderd, en van een tweede normatieve verdeelsleutel die op basis van door universitaire teams vast te stellen parameters wordt bepaald en waaraan geleidelijk een wegingscoëfficiënt van dertig en eventueel zelfs veertig procent zal worden toegekend. De verzekeringsinstellingen verwerven een beperkt, doch in de tijd toenemend aandeel van het batig saldo tussen hun aldus vastgestelde aandeel en hun werkelijke uitgaven of dienen, in het tegenovergestelde geval, een in de tijd toenemend percentage van het tekort te dekken door een beroep op hun reservefondsen of door de heffing van een bijkomende bijdrage. Voor de jaren 1995 en 1996 zal de financiering van het reservefonds bestaan uit een verplichte bijdrage per gerechtigde die voor alle verzekeringsinstellingen dezelfde zal zijn.

Om te vermijden dat het financieel gewicht van het verleden drukt op het toekomstig systeem van individuele verantwoordelijkheid van de ziekenfondsen, zullen de rekeningen-courant worden geblokkeerd op de toestand waarin ze zich bevinden na het afsluiten van die rekeningen voor het boekjaar 1994 en zal door de Raad van de controledienst voor de ziekenfondsen een voorstel worden uitgewerkt over de wijze waarop de aanzuivering van die rekeningen tot stand moet komen.

Om een en ander te verwezenlijken brengt het koninklijk besluit van 12 augustus 1994 (*B.S.*, 31 augustus 1994), dat is genomen ter uitvoering van artikel 204, § 2, van de gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, reeds de eerste wijzigingen in de pas gecoördineerde wettekst aan. De esthetische schade blijft echter beperkt tot een afdeling IVbis in het eerste hoofdstuk van titel IX van de wet. Van een eerste «bis-artikel» blijft de rechtsonderhorige voorlopig gespaard.

G.V.L.

BOEKEN

Th. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Larcier, Brussel, 1994

Bedenkingen bij een legalistische interpretatie

De studie is interessant in meer dan één opzicht. Allereerst door haar onderwerp: hoe vrij is in België de keuze van de minst belaste weg? De vraagstelling ligt in de schemerzone van geoorloofde en ongeoorloofde belastingontwijking in België, en staat daarmee centraal in het spanningsveld van onze belastingtheorie en -praktijk, van ons belastingrecht en -beleid.

De problematiek is complex, doch wordt door de auteur opmerkelijk klaar behandeld. Deze klaarheid houdt verband met zijn rigoreus-juridische ontleding die alvast de fiscalist-jurist erg zal aanspreken. Ook de conclusies zullen Belgische fiscalisten en belastingbetalers bekoren. Zij vormen een warm pleidooi voor de meest vrije keuze van de minst belaste weg.

De studie is ook nog interessant wegens haar actualiteit. De behoefte is groot aan een wetenschappelijk inzicht in de spelbegrippen en spelregels zoals die worden toegepast in de doolhof van de rechtspraak in het kielzog van Brepols. Deze jurisprudentiële nasleep kon nog niet (volledig) worden verwerkt in de studies van Scailteur (1955), Gothot (1962), Kirkpatrick (1969) en Delahaye (1977).

Brandend actueel is de uitleg van art. 344, § 1, W.I.B. 1992, ingevoerd door de wet van 22 juli 1993 en bekend onder het etiket van anti-rechtsmisbruikregel, dat (minder gelukkig) van belasting naar economische werkelijkheid of dat (helemaal ongelukkig) van afschaffing van de vrije keuze van de minst belaste weg. De draagwijdte van dit wetsartikel wordt zeer verschillend uitgelegd in de schaar-se rechtsleer. Men hoeft maar de uitleg van de auteur te vergelijken met die van prof. S. Van Crombrugge («De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht», *T.R.V.*, 1993, 271). De parlementaire behandeling van het wetsartikel was verward en rommelig. Krijgen / nemen onze parlementsleden de kans om hun huiswerk over te doen bij de bespreking van dezelfde bepaling in art. 127, tweede lid, 5°, van het wetsontwerp tot hervorming van de belastingprocedure? In de ene of de andere zin, nu de alternatieve interpretaties duidelijk zijn, mede door de voorliggende studie.

De Belgische regel is zeer eenvoudig en liberaal als men de privaatrechtelijke analyse van de auteur volgt: elke belastingontwijking is in principe geoorloofd, als ze maar geen wetsbepaling schendt. Daartoe wordt alleen gelet op de juridische werkelijkheid. Het al dan niet fiscaal voornemen is irrelevant, de min of meer gekunstelde rechtsvorm is het evenzeer. Zelfs belastingverniëting door rechtsconstructies van fiscal engineering zonder enig ander nut, is in beginsel geoorloofd.

Hiervoor steunt de auteur op klassieke rechtsoverwegingen, die de legalistische toon van zijn betoog aangeven. Het legaliteitsbeginsel staat ingeschreven in onze Grondwet (art. 170, § 1) en wordt ge-

lezen in samenhang met het nog fundamenteeler rechtsbeginsel van de belastingvrijheid van alle personen, zaken en handelingen, waarvan alleen door wet kan worden afgeweken. Voor de rechter betekent het dat hij gehouden is tot een restrictieve interpretatie van de belastingwet, waarvan hij de leemten niet kan of mag invullen, zelfs niet per analogiam of volgens doel en strekking van de wet. Leemten zijn a.h.w. reeds opgevuld door het rechtsbeginsel van belastingvrijdom. Hier is geen plaats meer voor leerstukken als *fraus legis*, belasting naar werkelijkheid (als hiermee een andere dan de civielrechtelijke werkelijkheid wordt beoogd), noch voor analoge interpretatiemethodes waarvan voorgaande leerstukken een toepassing vormen. Zij werden zeer terecht afgewezen door het Hof van Cassatie in de arresten Brepols (1962), Maas International (1987) en Au Vieux Saint-Martin (1990).

Overigens is het Belgisch belastingrecht geen autonoom recht: het wordt beheerst door de beginselen van het gemeene recht. Deze behelzen slechts twee anti-ontwiklingsleerstukken: de veinzing (uitgelegd naar de enige maatstaf van de strikt juridische gevolgen) en de herkwalficatie: de rechter is niet gebonden door de (in het licht van de rechtsgevolgen) verkeerde kwalificatie die de partijen aan hun verrichting verleenden.

Wel aanvaardt de auteur dat de fiscale wetgever, zonder de grondwettelijke legaliteitsregel te schenden, de vrije keuze had kunnen beperken door de officiële invoering van zulke leerstukken. Maar hij oordeelde wijselijk dat het huidige arsenaal van bijzondere anti-maatregelen voldoende werkzaam is gebleken om paal en perk te stellen aan de ergerlijke belastingvernietigende rechtsconstructies van onze financiële instellingen: een amper verholten verwijzing naar de wettelijke betugeling van de gelaakte praktijk van aankoop van FBB-gerechtigde obligaties met coupon en hun verkoop met verlies de dag na inning van coupon.

Inzonderheid past het aan het nieuwe wetsartikel 344, § 1, WIB een zeer beperkte draagwijdte toe te kennen, gelet op de uitdrukkelijke wettelijkheid en wil van de wetgever blijkens de voorbereidende werkzaamheden en de logica. Niet tegenwerpbbaar aan de fiscus is de door de partijen voor doeleinden van belastingontwijking gekozen (en niet door, al dan niet belangrijke, rechtmatige financiële of economische behoeften weerlegde) rechtskwalificatie van de handeling(en), doch niet deze laatste zelf. De fiscale rechter schept overigens geen nieuwe rechtskwalificatie doch valt gewoon terug op een andere, even civielrechtelijke kwalificatie. Om die reden ook kan de fiscaalrechtelijke herkwalficatie op grond van art. 344, § 1, WIB geen aanleiding geven tot strafrechtelijke vervolging en administratieve boete. Het materieel bestanddeel van het misdrijf ontbreekt te enen male.

Aldus gestoeld op de legaliteitsregel en de algemene beginselen van het privaatrecht, wordt het betoog van de auteur gewild zeer legalistisch. «Comment peut-on être trop légaliste dans un système gouverné par la règle fondamentale de la légalité de l'impôt?» Daarmee verdient de anti-misbruikregel (juister: de dekwalficatieregels) van art. 344, § 1, WIB een zeer beperkte toepassing te krijgen: hoe kon de regeling, die sommigen dachten te moeten zoeken in een nauwere aansluiting met de economische werkelijkheid, iets anders opleveren dan een onderzoek van de akte op het zeer beperkte punt van haar rechtskwalificatie? Onze wetgever mocht toch niet op het altaar van een budgettaire compromis rechtsbeginselen sacrifiëren, die zo fundamenteel zijn voor de bescherming van de burger in onze rechtsstaat en waarvan de bouwstenen werden aangebracht over eeuwen, en die oorlogen, revoluties en crisissen hebben getrotseerd!

De auteur citeert graag Pothier over de feodale rechten verschuldigd aan de vorst («celui qui use de son droit ne fait tort à personne») en Cozian voor de verlegging van fout naar het goede-huisvaderbeheer («le fait de se priver d'un avantage fiscal pourrait être une faute de gestion à reprocher à des administrateurs de sociétés»). Hij is zeer bezorgd over de nieuwste pogingen om buiten-juridische normen in het belastingrecht te introduceren ter beperking van de vrije rechtskeuze. Zijn deze pogingen wel zo onschuldig («une imperfection de jeunesse, qui résulte du caractère jeune de cette branche du droit et qui sera corrigée lorsqu'il viendra à se juridiciser»)?

Het is aldus met grote schroom dat de fiscalist-jurist enkele principiële bedenkingen bij deze uitleg van de auteur durft te formuleren.

De discussie gaat zeker niet over de al dan niet aanvaarding, *de lege lata* of *de lege ferenda*, van het rechtsbeginsel van vrije keuze van de minst belaste, doch wettelijke weg. Zeer terecht geeft de auteur

niet toe aan modernistische theorieën, in feite juridische aberraties, die geoorloofde van ongeoorloofde belastingontwijking systematisch en alleen nog willen onderscheiden aan de hand van een economische ontleding en de vrije keuze van de minst belaste weg willen afschaffen.

Abusus non tollit usum. Wel is het zaak ook in *fiscalibus* het goede gebruik van het rechtsbeginsel te onderscheiden van zijn misbruik. Is rechtsmisbruik niet veeleer de negatie van recht? En zijn de burger en zijn rechtsstaat zelf niet veeleer gebaat dan geschaad door een belastingstelsel dat voldoet aan een «rock bottom»-minimumeis van effectiviteit en billijkheid, gestoeld op een fiscaalrechtelijk voorschrift en niet zomaar op morele behoorlijkheid?

Is het, op het vlak van de rechtsmiddelen, realistisch te stellen dat deze doelmatigheid van de belastingwet tegen belastingvernietigende spijstechnologie al voldoende gewaarborgd is door de specifieke anti-maatregelen in het WIB? Moet niet veeleer met prof. Van Gerven worden vastgesteld dat onze wetgever in technisch-complexe en snel-evoluerende domeinen «zijn peil van onbekwaamheid heeft bereikt»?

De behoefte ontstaat aan een fiscaalrechtelijk anti-misbruikleerstuk met algemeen spectrum, dat dan weer niet zo onnodig algemeen is dat het de beperkte bekkennormis over de kennelijke misbruiken zou voorbijschieten. Dus geen correctie alleen al op grond van welke discrepantie ook tussen rechtsvorm en economische werkelijkheid («substance over form»), van frustratie van de geest («doel en strekking») van de belastingwet of van zomaar welke permissieve (analoge) uitlegmethode ook («ubi eadem est ratio, ibi idem est jus»). Wel komen in aanmerking leerstukken als (anti-) wetsontduiking, (anti-) rechtsmisbruik, en (anti-)veinzing waarvan het begrip bewust uitgebreid wordt tot excessieve juridische kunstgrepen. Zij zouden onderworpen zijn aan een marginaal toetsingsrecht van taxatieambtenaar en rechter. Want het is nog vereist dat het zeer grof karakter van het misbruik van de belastingontwijkende keuzevrijheid manifest blijkt uit de extreem-geunstelste vormgeving van de belastingvernietigende rechtsconstructie. Haar (zelfs toegegeven exclusief) fiscaal motief, niet zeer gewoon karakter, of frustreren van doel en strekking van de belastingwet, zijn op zichzelf nog niet voldoende.

De bezorgdheid voor de burcht van legaliteit en rechtszekerheid in *fiscalibus* is reëel. Want de oplossing van de hamvraag van de grensafbakening in elk individueel geval is niet eenvoudig, en de sanctie van misbruik dreigt zwaar te zijn: aan het naamkaartje van onwettigheid zou ook dat van strafvervolging kunnen hangen.

Maar kan het zijn dat de fundamentele rechtsbeginselen van legaliteit en belastingvrijheid vandaag nog dezelfde inhoud genieten als in de tijd van onze eerste Constituanten? Alsof de werkelijkheid, in casu de fiscaalrechtelijke werkelijkheid, sindsdien stilstond? Alsof die Constituanten het belastingrecht en de belastingvrijheid weigerde te zien als levend en evolutief recht doch zag als een zuil van zout? Moet, zelfs in een stelsel dat beheerst wordt door het legaliteitsvereiste, niet veeleer gezocht worden naar een evenwichtige, genuanceerde en realistische opvatting van de fundamentele rechtsbeginselen, die voor hun toepassing nog marginaal een minimumeis stelt in de naam van een billijke en redelijke opvatting van die legaliteit?

Door middel van zijn marginaal toetsingsrecht treedt de fiscale rechter op als grensrechter. De geoorloofde toepassingen van de keuze van de minst belaste weg en hun excessen worden door hem volgens de maatstaf van de kennelijke onredelijkheid onderscheidenlijk aan deze en gene kant van de uiterste grens van geoorloofde en wettigheid geplaatst. Zijn toetsingsbegrenzing moet voorkomen dat zijn beoordeling subjectief wordt. De wanverhouding tussen de rechtsvorm en de onderliggende verrichting moet zo groot zijn dat de rechtsconstructie praktisch door een ieder (a.h.w. objectief) wordt aangevoeld als kennelijk (apert, evident, manifest, *luce clarius*, flagrant, extreem, schromelijk, niet-zinnig, provocerend, aan de buitenkant blijvend, niet door de beugel kunnend, de spuigaten uitlopend) onredelijk. Partijbeslissing en keuzevrijheid worden slechts voor zulke toepassingen beperkt volgens het oude adagium: «si arbitrium ita pravum est ut manifesta iniquitas eius apparuit». En de fiscus, eiser in dezen, heeft de zeer zware bewijslast van deze kennelijke onredelijkheid in het concreet geval.

Al vroeger (*Actuele problemen van fiscaal recht*, XVe postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1988-1989, Kluwer 1989, 279) hebben we ons afgevraagd of zulk een marginale toetsing zelfs niet vandaag

al, misschien niet uitdrukkelijk maar toch de facto, in de belasting-rechtspraak aangetroffen wordt. In ieder geval verwierf ze officieel burgerrecht in vele buitenlandse belastingstelsels. In Nederland bijvoorbeeld hebben de rechters, *motu proprio* en los van het wettelijk voorschrift van richtige heffing, de op analoge interpretatie en doel en strekking van wet steunende «*fraus legis*»-leer ontwikkeld voor gevallen waarin de gehanteerde rechtsconstructie zeer gekunsteld en gewrongen is en geen zakelijke betekenis heeft. De auteur weidt rechtsvergelijkend uit over de Nederlandse, Franse, Duitse regeling van wetsontduiking, rechtsmisbruik en simulatie, doch trekt eruit geen lering naar het Belgisch stelsel toe (hoewel de kabinetsmedewerker van de minister van Financiën betrokken in de genese van art. 344, § 1, WIB de Franse inspiratie ervan bevestigt).

Het marginale toetsingsrecht vond ook ingang in het Belgisch administratief recht. Zelfs in ons burgerlijk recht is aanvaard dat veinzing kan blijken uit de opzettelijke wanverhouding tussen de uitgedrukte en de gewilde werkelijkheid. In zijn arrest van 13 januari 1978 (Anstalt del Sol) besliste het Hof van Cassatie dat voor de erkenning van een vreemde rechtspersoon nog vereist is dat deze «niet wegens wetsontduiking, simulatie of om een andere reden strijdig is met de openbare orde.»

Gemeenrechtelijke of autonoom fiscale beperking? In elk geval hoeft de marginale begrenzing niet verboden te zijn door de fiscale beginselen van legaliteit en belastingvrijdom. Wij vinden ze, latent of patent, in de huidige belastingrechtspraak. De bekende arresten Dangotte en Plumax zouden volgens de auteur de legalistische Brepols-uitleg niet tegenspreken doch alleen de delicate aard onderstrepen van de feitelijke appreciatie van de vereiste oprechtheid van de belastingontwijkende handeling of reeks handelingen. Maar het onderscheid met marginale toetsing wordt hier wel zeer dun. In andere bekende arresten (Renard en Biac) zou het Hof van Cassatie volgens de auteur alleen de verkeerde kwalificatie en niet de rechts-handeling opzij hebben gezet. Maar het onderscheid tussen beide is weer gemakkelijker gemaakt naar rechtsbegrip dan in de rechtspraktijk: de juridische kwalificatie kleefte aan de handeling zoals de schaduw aan het lichaam.

In vele andere gevallen verleent de rechterlijke verwerping uit hoofde van veinzing in feite een zo ruime toepassing aan dat begrip, dat de appreciatie (van het zeer ongepast karakter) van de rechtsvorm op marginale toetsing neerkomt. De auteur doet de INES-arresten, die de continue rechtspersoon opzij zetten bij gebrek aan enige realiteit, van de hand als een slippertje. Doch voor prof. Vanistendael («De werkelijkheid in het belastingrecht», *Liber Amicorum F. Dumon*, Kluwer, 1983, 1070) zou de belastingplichtige ook binnen de Brepols-doctrine aan het kortste eind hebben getrokken, voor zover de te volgen juridische werkelijkheid meer is dan een zuiver formalisme. In de arresten Transworld Commodities wordt een alleen om fiscale reden tussengeschoven Engelse vennootschap genegeerd omdat niet alle gevolgen van haar afgescheiden rechtspersoonlijkheid zouden zijn nageleefd. Wij vroegen ons elders af: wijzen de vaststellingen daartoe niet meer op wetsontduiking dan op veinzing à la Brepols? («De niet erkenning van Delawareachtige vennootschappen ter ontwijking, via het Europees recht, van Belgisch belastingrecht», *T.R.V.*, 1993, 7). Het was nog de gepastheid van de uitgave en van de onderliggende overeenkomst die ter discussie werd gesteld in het cassatiearrest van 10 november 1964 in de zaak Anc. Ets. Auerbach-Bernina: een onderneming creëert artificieel haar financiële behoefte als zij te elfder ure een dividend uitkeert ten einde de interesten op de kasaanvullende lening van een Luxemburgse holding (tevergeefs) af te trekken. Dat fiscaal-geïnspireerde doch civielrechtconforme constructies niet kunnen worden tegengeworpen aan de fiscus omdat zij als geveinsd (à la Brepols?) moeten worden aangemerkt wegens de extreme wanverhouding tussen gevolgde en echt-gewilde handeling wordt al maar vaster rechtspraak. Zie Brussel, 3 november 1993: «dat hij zijn contractuele vrijheid en zijn recht om de minst belaste weg te kiezen heeft misbruikt door de verplichtingen van de vennootschap zo te bepalen dat deze overduidelijk in wanverhouding stonden tot de waarde van het gebruiksrecht dat zij bekam.» Zie nog Brussel, 12 november 1993: «in wanverhouding staan tot haar noden zonder dat hiervoor een redelijke uitleg wordt verschaft». En wat te zeggen van de rechtsoverwegingen van het Hof van Beroep te Antwerpen in zijn arrest van 20 december 1988: «Overwegende dat bijgevolg dient geconcludeerd te worden dat het betalen van de meerprijs een fiscaal maneuver is om winsten van appellanten belastingvrij uit te keren aan de in Luxemburg gevestigde

moedervenootschappen van appellante». En nog: «Overwegende dat uit het verloop van de feiten en de hoger vermelde omstandigheden gebleken is hoe een constructie werd opgezet om op de fiscaal meest voordelige wijze tot reorganisatie van de betrokken vennootschappen over te gaan, welke handelswijze principieel geoorloofd is; overwegende dat de taxatieambtenaar echter omwille van de hierboven geëxpliciteerde rechtsgrond terecht besliste dat het verlies (LH: niet echt bedrijfsnoodwendig) geleden door de verkoop van materieel aan het belastbaar inkomen van appellante moest toegevoegd worden». Prof. Van Crombrugge (*De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, 1984, 481 e.v.) wijst op nog andere arresten van onze hoven, die al zeer vroeg uitleggen en onderliggende overeenkomsten verwierpen als deze buiten elke redelijke verhouding staan tot de gecreëerde winsten, en dit klaarblijkelijk deden op grond van een recht van marginale toetsing (vóór invoering van de wetbepaling van huidig art. 53, 10°, 1992 houdende verwerping van alle kosten die op onredelijke wijze de beroepsbehoeften overtreffen).

Onze bedenking luidt daarom: is de traditionele, legalistische uitleg van Brepols niet een te eng keurslijf of carcan voor het beoordelen van een juridische werkelijkheid die geen kennelijk onredelijk rechtsmisbruik dult, zelfs niet in het door de legaliteitsregel beheerste belastingrecht? Is daarom de exclusief civielrechtelijk-legalistische maatstaf, die nog wel expressis verbis (met «lippendienst») door vele hoven en rechtsgeleerden onder verwijzing naar Brepols en Au Vieux Saint-Martin in stand wordt gehouden, niet in feite al achterhaald door een fiscaalrechtelijke maatstaf, die nog de afwezigheid van kennelijk onredelijk gebruik van de opgevoerde rechtsconstructie vereist en waarvoor de fiscale rechter een marginaal toetsingsrecht heeft?

De auteur, zeer consequent in zijn strikt-juridische analyse, aanvaardt dat niets in de grondwet zich verzet tegen de introductie van zulke leerstukken in ons belastingrecht, als zij maar geschiedt door een wet. Een wel zeer formalistische voorwaarde voor een zeer grondig en beginselmäßig probleem. Zulke wetgeving zou, volgens de auteur, evenwel niet verstandig zijn, gelet op de voormelde fundamentele rechtsbeginselen. De wetgever van 22 juni 1993 zou dit hebben begrepen toen bij art. 344, § 1, WIB een tot de juridische kwalificatie beperkte draagwijdte gaf, blijkens uitdrukkelijke tekst en voorbereidende werkzaamheden.

Een duidelijke wettekst moet/mag natuurlijk niet meer uitgelegd worden. Doch uitleg blijft nodig om in eerste instantie te weten of de wettekst duidelijk is. In ieder geval zijn voor prof. Van Crombrugge wettekst en wil van wetgever hier niet duidelijk: «De juiste draagwijdte van deze tekst is verre van duidelijk. De voorbereidende werkzaamheden staan bol van de tegenstrijdigheden. De wetgever heeft zich met deze tekst dermate op glad ijs begeven, dat hij klaarblijkelijk nauwelijks heeft durven zeggen wat hij er precies mee beoogt. De nieuwe tekst is inderdaad zeer moeilijk in de bestaande en niet-afgeschafte principes van het Belgisch fiscaal recht in te passen» («De invoering...», *l.c.*, 271). De door Afschrift geciteerde concrete voorbeelden zijn allen negatieve gevallen, behoudens drie gevallen van de kwalificatie waarin ons veeleer slechts één juiste rechtskwalificatie lijkt voor te liggen en die daarom voor toepassing van art. 344, § 1, WIB niet in aanmerking komen.

Illustreert dit alles niet de fundamentele moeilijkheid om in rechte de kwalificatie te onderscheiden en los te maken van de handeling, zoals de auteur dat doet?

Kan het zijn dat deze, door de wetgever van 22 juli 1993 als algemene anti-misbruikregel met bolle wangen getrompeteerde, maatregel een slag in het water is en door hem ook zo bedoeld was? Wij wachten af op de keuze die de hoven zullen moeten maken tussen de letterlijke uitleg en die op basis van de gewilde effectiviteit van deze wetgeving. Door deze laatste uitleg (als algemene doch marginaal te toetsen anti-rechtsmisbruikregel) zou art. 344, § 1, WIB ook beter aansluiten bij de rechtmatige financiële of economische behoeften uitdrukkelijk vereist van de verrichting zelf in art. 344, § 2, WIB en in het fusieartikel 211, § 1, 3°, WIB. Over bedoeling en aansluiting wordt waarschijnlijk nog een hartig woordje gezegd bij de verwachte bespreking van art. 127, tweede lid, 5°, van het wetsontwerp tot hervorming van de belastingprocedure. Tenzij onze hoven, buiten elke innoverende wetgeving of uitleg van art. 344, § 1, WIB (of een herschreven versie ervan), de weg (voort?) bewandelen van marginale toetsing van de concrete toepassingen van de rechtskeuzevrijheid op het punt van hun kennelijk geveinsd/abusief karakter.

Men kan al dan niet akkoord gaan met de legalistische, amper beperkte uitleg die de auteur verleent aan de keuze van de minst belaste weg: zelfs de kromme weg van civielrechtelijke constructies die zeer acrobatische kunstgrepen zijn à la Houdini met als enige bedoeling de belasting te vernietigen. Maar wel niemand zal de auteur gebrek aan rechtlijnigheid, m.a.w. krommigheid, in zijn privaatrechtelijk-geduide analyse aanwrijven.

Zelfs zij die oordelen dat de fiscaalrechtelijke werkelijkheid en beginselen niet onbeperkt en ongeclausuleerd ontleend zijn aan de civielrechtelijke werkelijkheid en beginselen, in casu ter zake van de beoordeling van belastingontwijkende constructies, zullen oor hebben voor de waarschuwing van de auteur tegen de klakkeloze aanvaarding van allerlei wetsontduikings- en vooral economische-werkelijkheidstheorieën die de keuze van de minst belaste weg onnodig en met grote risico's van subjectieve appreciatie beperken. Men zal zich hoeden het kind (de keuzevrijheid) met het badwater (de excessen) weg te gooien. Het plaatsen van de fiscaalrechtelijke bakens is geen eenvoudige, doch zeer delicate opgave voor onze taxatieambtenaren en fiscale rechters, zelfs als hun toetsingsrecht marginaal wordt opgevat: wanneer precies zal het bestuur de concrete fiscaalgeïnspireerde rechtsconstructie voldoende (kennelijk) onredelijk vinden om over te gaan tot haar herkwalificatie? Bewust van het delicate en begrensde karakter van de toetsing aan of voorbij de uiterste grens van de legaliteit, zal de rechter de sancties van niet-tegenwerpbaarheid en nog meer van strafbaarheid met mondjesmaat en grootste schroom toepassen en de fiscus terugfluiten als deze niet aan zijn zware bewijslast voldoet.

Alleen al aan het bestaan van zulk een beperkt toetsingsrecht is een gewisse profylactische werking verbonden. Het marginaal karakter moet alle overkill- of onnodige schrik-effecten vermijden die alle vernuftigheid en durf in belastingstrategische rechtsconstructies zouden verlammen door de vrees te worden geduwd in de hoek van besmetting en onwettigheid. Wij vergelijken de anti-misbruikregeling met het verweersysteem van een voldoende hoog geplaatste elektrische-stroomafastering: de belastingplichtige mag vrij onder de schrikdraad kruipen. Als redelijk mens weet hij dat hij door overdrijving, in de gevarezone kan geraken. En als redelijke mens moet hij ook van te voren kunnen weten waar ongeveer de afasterende schrikdraad hangt. Het is m.a.w. niet a posteriori («by trial and error») dat hij verrast moet ervaren dat hij te ver is gekropen en «over de schreef» is gegaan. De rullingprocedure van art. 345, §, 5°, WIB moet hem tegen dit risico eveneens behoeden.

De legalistische uitleg van de fiscale keuzevrijheid volgens Afschrift laat weinig of geen ruimte voor enige zodanige toetsing. Hij erkent geen «schreef» waarvan de krijtlijnen anders zouden zijn dan legalistisch opgevatte veinzing en dekwalficatie. Maar de klare behandeling van deze beginselmattige controverse maakt de lezing van zijn studie dubbel interessant.

Luc Hinnekens

N.E. ALGRA en H.R.W. GOKKEL, **Verwijzend en verklarend juridisch woordenboek**, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1994, 499 pp.

Dit boek is in zekere zin de voortzetting van *Fockema Andreae's Juridisch woordenboek*, waarvan de eerste druk verscheen in 1948. Met een gewijzigde titel is het nu de zevende druk, die «afgestemd (is) op een veel ruimere kring, dan de vorige 'druk'» (p. V). De ommezijde van de titelpagina vermeldt: «1e oplage: januari 1994 – 2e oplage: april 1994».

Het woordenboek is verwijzend: «... iemand die met een juridisch probleem zit (moet) allereerst weten 'waar het staat'. Het kunnen vinden van wetsartikelen is hier het begin van alle wijsheid.» Daar zal de lezer hier te lande misschien minder baat bij hebben, maar hij moge bedenken dat ook de termen uit verdragen, het Europese recht, het zeerecht e.d. aan de beurt komen, dat hij het boek kan raadplegen voordat hij zich aan Latijnse adagia waagt, en dat er nog vele gebruikelijke rechtstermen zijn die niet in de wet voorkomen. Er is ook geprobeerd de gebruiker wegwijst te maken in het sterk woekerend letterwoud van acroniemen.

Wat het verklarend aspect betreft, zal de jurist hier te lande, die het woordenboek met de nodige omzichtigheid consulteert, er ongetwijfeld zijn gading in vinden, ook al was het maar om in zijn geschriften de talloze barbarismen te vermijden die jammer genoeg

nog de Nederlandse tekst van de wet, de jurisprudentie en de doctrine in België teisteren.

Er wordt heel veel verklaard. Maar niet alles kan erin staan. Als een Nederlandse jurist het heeft over «de introductie van ingrijpende strafvorderlijke bevoegdheden in de proactieve fase» (*Ars Aequi*, 1994, 507), zoekt men «proactief» vergeefs in het woordenboek (het staat ook niet in de grote Van Dale, wel in Van Dale Engels-Nederlands; het woord verkeert kennelijk nog in de sfeer van de psychologie). Vreemd is dat «dienende dag» (met de uitdrukking «een zaak 'dient' op de dienende dag») wel, «rechtsdag» niet in het woordenboek voorkomt. Maar recente wetgeving blijkt al meegenomen te zijn: men treft (al is niet iedereen met de uitdrukking gelukkig) «'pluk-ze' wetgeving» aan: «wetten die ontneming van uit misdrijven verkregen voordeel, zowel nationaal als internationaal, mogelijk maken». Die omschrijving doet haast vanzelf het woord «voordeel-ontneming» ontstaan, dat al wel gebruikt wordt, maar nog niet in de buurt van «voordeelstoerekening» te vinden is. «Buiten bezit gesteld» treft men aan bij «gedeposeerde», maar het Belgische «buitenbezitstelling» lijkt onbekend te zijn; ook Moors kent het trouwens niet als vertaling van «dépossession». «Een woordenboek waarin de gebruiker alle denkbare juridische trefwoorden zou kunnen vinden, zou de dikke driedelige Van Dale in omvang overtreffen en daardoor weer zijn doel voorbijschieten», schrijven de auteurs in hun «Ten geleide» (p. VII).

C.C.

MEDEDELING

Ministerie van Justitie

Het Wervingscollege der Magistraten organiseert in de loop van het jaar 1994-1995 examens die toegang verlenen tot de magistratuur en de gerechtelijke stage.

Als deelnemingsvoorwaarden zijn gesteld:

- Belg zijn;
- houder zijn van het diploma van licentiaat in de rechten;
- ten minste één jaar stage bij de balie tellen op 18 november 1994 (deze laatste voorwaarde geldt enkel voor de gerechtelijke stage).

De uiterste inschrijvingsdatum is vastgesteld op 18 november 1994, bij middel van een aangetekende brief gericht aan de Secretaris van het Wervingscollege der Magistraten, op onderstaand adres.

Nadere inlichtingen (examenprogramma, examenreglement en documenten mee te sturen bij de aanvraag tot deelneming) kunnen bekomen worden bij het Secretariaat van het Wervingscollege der Magistraten, Waterloolaan 115 te 1000 Brussel (tel.: 02/542.66.85 - 02/542.66.76 - fax: 02/542.70.22).

U.I.A.: vacantverklaring van een onderzoeksmandaat in het Europees Instituut voor zee- en vervoersrecht

In het Europees Instituut voor zee- en vervoersrecht is een mandaat van korte duur vacant voor een deeltijds navorser.

Voor deze aanstelling komen in aanmerking licentiaten in de rechten met een bijzondere belangstelling voor zee- en vervoersrecht en het Europees recht. De datum van in dienst treding is ten vroegste 1 december 1994.

Om zich kandidaat te stellen dient gebruik te worden gemaakt van de verplichte sollicitatieformulieren; welke aangetekend dienen te worden overgemaakt aan het departement rechten, U.I.A., Universiteitsplein 1 te 2610 Antwerpen en dit vóór 21 november 1994.

Bijkomende informatie kan men bekomen bij de departementsvoorzitter prof. J. Laenens (tel. 03/820.29.32).

Prijs Vlaamse Juristenvereniging

Ter gelegenheid van het 105-jarig bestaan van de Vlaamse Juristenvereniging wordt een prijs uitgeschreven ten belope van 250.000 fr. voor een oorspronkelijke studie over de betekenis van, of voor een bijdrage tot de Nederlandstalige rechtscultuur.

De bijdrage dient te worden ingeleverd uiterlijk op 31 december 1994.

Voor verdere inlichtingen kan U zich wenden tot prof. M. Storme, voorzitter (tel. 09/224.34.99) of prof. F. De Pauw, ondervoorzitter (tel. 02/641.26.38).