

NIEUWE WETGEVING: DE ABSOLUTE UITVOERINGSIMMUNITEIT VAN DE OVERHEID DOORBROKEN

I. Inleiding

1. Volgens de heersende opvatting zijn de goederen van Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen in geen enkel geval vatbaar voor bewarend of uitvoerend beslag.¹ Voor die uitvoeringsimmunititeit worden naast vooral het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst onder meer het domaniaal karakter van de overheidsgoederen (art. 537 B.W.), de begrotingsbeginselen, de scheiding der machten en de onmogelijkheid van insolventie van de overheid aangevoerd.

Reeds geruime tijd staat de absolute toepassing van dit beginsel echter onder felle kritiek van de rechtsleer.² Het wordt niet langer aanvaard dat de overheid die in een rechtsstaat als eerste het nodige respect zou moeten opbrengen voor de beslissingen van de rechterlijke macht, zich kan onttrekken aan de uitvoering van gerechtelijke beslissingen onder de abstracte dekmantel van de uitvoeringsimmunititeit. Volgens deze rechtsleer kan het continuïteitsbeginsel geen absolute uitvoeringsimmunititeit verantwoorden; de rechter dient telkens in concreto na te gaan of de gevraagde uitvoeringsmaatregel de continuïteit van de betrokken overheid al dan niet in gevaar brengt. In principe dient de overheid immers zoals elke debiteur uit te voeren wat de rechtbanken op definitieve wijze hebben beslist.

Ook de lagere rechtspraak heeft herhaaldelijk het beginsel van de absolute uitvoeringsimmunititeit doorbroken en toegelaten dat beslag werd gelegd op goederen van de over-

heid wanneer in concreto de continuïteit van de openbare dienst niet in gevaar kwam.³

Verder dient melding te worden gemaakt van een recent arrest van het Hof van Cassatie van 30 september 1993. Het Hof van Cassatie verwierp daarin een voorziening tegen een beslissing van het Hof van Beroep te Brussel dat machtiging had verleend tot het leggen van beslag inzake namaak bij het Waals Gewest met de aanstelling van een deskundige als bewaarder van de in beslag genomen documenten.⁴ Het Hof overwoog dat het beginsel van de uitvoeringsimmunititeit zich er niet tegen verzet dat een rechter toestaat dat een deskundige bepaalde voorwerpen of documenten beschrijft die in handen zijn van een openbaar persoon, alsook dat het bewaren van een voorwerp of document door een deskundige het beginsel van de uitvoeringsimmunititeit «alleen miskent in zoverre daardoor de continuïteit van de openbare dienst *werkelijk* in het gedrang komt» (cursivering toegevoegd). Het Hof lijkt in dit arrest de door de rechtsleer bepleit relativisering van het principe der uitvoeringsimmunititeit via een inhoudelijke toetsing aan de continuïteit van de openbare dienst te aanvaarden. Niettemin moet gewezen worden op het feit dat er in casu helemaal geen uitvoering was op het vermogen van de overheid, nu het ging om een beschrijvend beslag inzake namaak. Of het Hof dezelfde redenering zou aanhouden wanneer de overheid zelf schuldenaar is van de beslaglegger en haar eigen vermogen in het geding is, blijft onzeker.

Intmiddels is ook op het internationaal vlak op de absolute uitvoeringsimmuniteit kritiek uitgebracht. Verschillende particulieren die zich na een jarenlange en kostbare procedure in de onmogelijkheid bevonden om hun uitvoerbare titel aan te wenden tegen de overheid, dienden klacht in tegen de Belgische Staat wegens schending van artikel 1 van het Eerste Protocol (eerbiediging van het eigendomsrecht) en artikel 13 van het E.V.R.M. (daadwerkelijke rechtshulp).⁵ De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft

¹ Cass., 26 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 1661, *Arr. Cass.*, 1979-80, nr. 686, *Pas.*, 1980, I, 1341, met conclusie adv.-gen. VELU, *R.C.J.B.*, 1983, 173, noot DELPÉRÉE; Cass., 21 april 1966, *R.W.*, 1966-67, 293, *Pas.*, 1966, I, 1060; voor een overzicht van de lagere rechtspraak in die zin: DIRIX, E. en BROECKX, K., *Beslag*, in *A.P.R.*, Story-Scientia, 1992, 80, nr. 131.

² O.m. BAERT, K., «De uitvoeringsimmunititeit van de publiekrechtelijke rechtspersonen», *R.W.*, 1976-77, 2369 e.v.; DE LEVAL, G., *Traité*, 105, nrs. 62 e.v.; DIRIX, E. en BROECKX, K., o.c., 81, nr. 132; LEBRUN, J. en DEOM, D., «L'exécution des créances contre des pouvoirs publics», *J.T.*, 1983, 261 e.v.; LEMMENS, P., «De uitvoeringsimmunititeit van publiekrechtelijke rechtspersonen in strijd met de rechten van de mens?», *T.B.P.*, 1984, 163 e.v.; PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, 1989, 177 e.v.; PEETERS, B., «De immunititeit tegen gedwongen uitvoering en het begrotingsargument», *T.B.H.*, 1990, 644 e.v.; VAN VOLSEM, F. en VAN HEUVEN, D., «Heeft het beginsel van de absolute uitvoeringsimmunititeit van publiekrechtelijke rechtspersonen nog toekomst?», *R.W.*, 1987-88, 209 e.v.; X., «Over enkele knelpunten in het beslag- en executierecht», *R.W.*, 1989-90, 978-979. Vgl. VAN COMPENOLLE, J., «Examen de jurisprudence (1972-1986). Droit judiciaire privé – Saisies conservatoires et voies d'exécution», *R.C.J.B.*, 1987, 416, nr. 15.

³ Gent, 27 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 993, *J.L.M.B.*, 1989, 1325; Voorz. Rb. Brussel, 12 juli 1976, *T.B.P.*, 1978, 164, noot ALEN; Beslagr. Brussel, 5 juni 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 335, *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.262; Beslagr. Brussel, 25 november 1987, *J.T.*, 1987, 719, gewijzigd door Brussel, 1 juni 1989, *t.a.p.*; Beslagr. Hasselt, 7 februari 1989, *R.W.*, 1989-90, 995, *T.B.B.R.*, 1991, 93; Beslagr. Brussel, 6 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 793; Beslagr. Verviers, 28 april 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 796; Beslagr. Brussel, 20 december 1990, *R.W.*, 1991-92, noot VAN VOLSEM en VAN HEUVEN. Overigens werd het beginsel van de immunititeit van tenuitvoerlegging ook meermaals gerelativeerd door de wetgever: zie hierover DIRIX, E. en BROECKX, K., o.c., 82 e.v., nrs. 135, 137 en 138.

⁴ *R.W.*, 1993-94, 954, noot, P. & B., 1994-3, 67, noot VAREMAN, A., *J.L.M.B.*, 1994, 290.

⁵ Beslissing van 14 oktober 1982, Sequaris/België, 9676/82, *D.R.*, vol. 29, 245, verslag, 13 juli 1983, *D.R.*, vol. 32, 242; Beslissing van 11 december 1986, Leemans-Ceurremans/België, 11698/85, onuitg.,

deze klachten ontvankelijk verklaard, doch de betrokken Belgische overheid haastte zich telkens de schuld te voldoen, zodat deze zaken werden afgesloten met een minnelijke schikking.

II. Artikel 1412bis Gerechtelijk Wetboek

2. Om aan bovenvermelde ontwikkelingen tegemoet te komen is door de wet van 30 juni 1994 een nieuw artikel 1412bis ingevoegd in het Gerechtelijk Wetboek.⁶ Deze nieuwe bepaling bevestigt in de eerste plaats dat de goederen van publiekrechtelijke rechtspersonen in principe *niet* vatbaar zijn voor beslag.

Art. 1412bis, § 2, Ger.W. bevat een aantal belangrijke uitzonderingen op deze principiële onvatbaarheid voor beslag. In eerste instantie zal een schuldeiser beslag kunnen leggen op de goederen waarvan de betrokken overheid zelf heeft verklaard dat ze voor beslag vatbaar zijn. Indien geen lijst van beslagbare goederen is opgemaakt of de aangewezen goederen niet volstaan, dan kan beslag worden gelegd op alle goederen die «*kennelijk niet nuttig*» zijn voor de uitoefening van de taak van die overheid of voor de continuïteit van de openbare dienst. In dat geval kan de overheid het beslag van die goederen ontlopen door aan de beslaglegger andere (voor de overheid minder nuttige) goederen aan te bieden ter *vervanging* van de in beslag genomen goederen, op voorwaarde dat de tegeldemaking daarvan volstaat voor de voldoening van de schuldeiser. Betwistingen daarover worden voor de beslagrechter gebracht.

De betrokken publiekrechtelijke rechtspersoon kan in geval van beslag op niet door haar aangewezen goederen ook binnen een maand *verzet* aantekenen bij de beslagrechter, waardoor de uitvoering geschorst wordt. De beslissing van de beslagrechter is niet uitvoerbaar bij voorraad en niet vatbaar voor verzet.

3. Aan de totstandkoming van deze wet ging een lange parlementaire voorbereiding vooraf. Reeds tijdens de parlementaire zitting 1986-87 diende senator Cerexhe een wetsvoorstel in dat toestond beslag te leggen op goederen van het *privaat* domein, indien de rechter oordeelde dat de gevraagde maatregel verenigbaar was met de eisen inzake continuïteit van de openbare dienst.⁷ De senaatscommissie voor de Justitie toonde zich evenwel bijzonder wantrouwig tegenover het feit dat de rechter zou mogen oordelen over de eisen van de continuïteit van de openbare dienst en aldus een beslissende rol zou kunnen spelen in de politiek van de overheidsinstellingen.⁸ Daarom werden, om de schade voor de overheid zoveel mogelijk te beperken, een aantal alternatieven voorgesteld die aan de overheid toestonden zelf over de vatbaarheid voor beslag te beslissen.⁹ Deze werden niet aan-

genomen. Er werd voor de betrokken overheid wel in de mogelijkheid voorzien van verzet met opschorting van de tenuitvoerlegging. In de plenaire vergadering werd het voorstel goedgekeurd, doch werd andermaal gewezen op de (te) grote verantwoordelijkheid van de rechter.¹⁰

De commissie voor de Justitie van de Kamer onderschreef de opheffing van het beginsel van de absolute uitvoeringsimmunititeit, doch meende dat het vaag en moeilijk te hanteren onderscheid tussen het privaat en het openbaar domein achterwege moest worden gelaten. Volgens haar dient de rechter alleen rekening te houden met het functioneel criterium van het *kennelijk nut* (d.i. minder streng dan «onmisbaar») van de in beslag genomen goederen voor de betrokken overheid.¹¹

De senaatscommissie ging akkoord met deze wijziging, doch ging opnieuw op zoek naar middelen om de ruime appreciatiebevoegdheid van de (beslag)rechter aan banden te leggen. Zo kwam het systeem van de lijst tot stand en werd de mogelijkheid van vervanging van in beslag genomen goederen gecreëerd.¹² De commissie voor de Justitie van de Kamer voegde er nog aan toe dat de Koning een uniforme procedure moet invoeren voor de neerlegging van de lijst, bracht een aantal tekstverduidelijkingen aan en regelde de inwerkingtreding van de wet.¹³ Het aldus gewijzigde ontwerp werd ten slotte door de Senaat goedgekeurd op 23 juni 1994.¹⁴

III. Bespreking

A. Wettelijke bevestiging van het principe van de uitvoeringsimmunititeit

4. Hoewel de wet tot invoering van een artikel 1412bis in het Ger.W. precies tot doel heeft een einde te maken aan de absolute uitvoeringsimmunititeit van de overheid, begint zij met het principe van de uitvoeringsimmunititeit te bevestigen. Tot nu toe was de immunititeit van tenuitvoerlegging een doctrinaal beginsel dat werd overgenomen door de rechtspraak. Dat dit beginsel thans uitdrukkelijk wettelijk wordt bekrachtigd, is geen toeval. De wetgever was onder druk van de rechtsleer en de Belgische en internationale rechtspraak weliswaar bereid het beginsel van de uitvoeringsimmunititeit een minder absolute draagwijdte te geven, maar niet zonder eerst dit voorrecht van de overheid in heel zijn omvang te bevestigen.

Zo legde men er in de senaatscommissie de nadruk op «(...) dat het invoeren van de mogelijkheid van beslag op goederen van de overheid niet betekent dat de ganse constructie van de immunititeit van uitvoering van de overheid in vraag wordt gesteld». Ter illustratie wordt aangehaald dat het wettelijk verbod van schuldvergelijking alsook het verbod voor de rechter om een schuldeiser te machtigen om in geval van verzuim van de Staat zelf uit te voeren op kosten van de Staat

verslag, 13 november 1987, *D.R.*, vol. 54, 108; Beslissing van 4 maart 1987, *L/België*, 11230/40; Beslissing van 8 december 1988; Dierckx/*België*, 11966/86, onuitg., verslag, 6 maart 1990, onuitg.

⁶ *B.S.*, 21 juli 1994.

⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1986-87, nr. 450/1; opnieuw ingediend in 1988 (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, wetsvoorstel nr. 213/1).

⁸ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 213/2, 4-6.

⁹ Bv. de oprichting van een bijzonder fonds of een administratieve procedure die in geval van beslag aan de overheid toelaat zelf over de beslagbaarheid te oordelen (verslag Arts, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, 213/2, 6).

¹⁰ Waarbij zelfs de uitdrukking «het spookbeeld van Le gouvernement des juges» in de mond werd genomen (*Hand.*, Senaat, 6 februari 1991, 1169).

¹¹ Verslag DE T'SERCLAES, *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 750/4, 4-5.

¹² Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 23 e.v.

¹³ Verslag BEAUFAYS, *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 750/9.

¹⁴ *Hand.*, Senaat, 1993-94, 23 juni 1994, 2672.

(of een derde hiermee te belasten) ¹⁵ onverminderd blijven gelden. ¹⁶

In de plenaire vergadering wijst rapporteur Arts er opnieuw op dat in het kader van de nieuwe wet het principe van de immuniteit nooit in twijfel werd getrokken en samen met de continuïteit van de openbare dienst en de scheiding der machten bewaard wordt door het wetsvoorstel. ¹⁷⁻¹⁸ Vanzelfsprekend onderstreept ook de minister als vertegenwoordiger van de uitvoerende macht «dat het probleem van de beslagbaarheid van de goederen van de overheid beheerst blijft door het principe van de uitvoeringsimmuniteit», doch hij voegt daar wel aan toe dat dit principe om dwingende redenen gerelativeerd moet worden. ¹⁹

Het poneren van dit beginsel in § 1 van art. 1412bis Ger.W. heeft tot gevolg dat de vatbaarheid voor beslag van overheidsgoederen als de uitzondering wordt beschouwd en art. 1412bis, § 2, dus strikt zal (kunnen) worden geïnterpreteerd.

B. Mogelijkheden van beslag

1° Systeem van de wet

5. In afwijking van art. 1412bis, § 1, kan in de eerste plaats beslag worden gelegd op de goederen die vermeld zijn op een lijst van voor beslag vatbare goederen opgesteld door de overheid. Alleen wanneer een dergelijke lijst van voor beslag vatbare goederen niet bestaat of de daarop vermelde goederen niet volstaan, kan een schuldeiser beslag leggen op alle goederen die «kennelijk niet nuttig» zijn voor de uitoefening van de taak van de betrokken overheid of voor de continuïteit van de door haar vervulde openbare dienst. Wanneer de overheid van mening is dat de aldus in beslag genomen goederen nuttig zijn voor de continuïteit van de openbare dienst, kan zij ofwel andere goederen ter vervanging aanbieden, ofwel binnen een maand op schorsende wijze verzet aantekenen tegen het beslag. Hierna worden deze verschillende opvolgende fasen van het beslag besproken

2° De lijst

a) Inleiding

6. Hierboven werd er reeds op gewezen dat de senaatscommissie zowel als de vertegenwoordiger van de minister zich uitgesproken wantrouwig opstelden tegenover de idee dat de rechterlijke macht zou kunnen oordelen over de continuïteit en dus de eisen van de openbare dienst. ²⁰ Bij de

tweede bespreking in de senaat blijkt opnieuw dat de commissieleden zich niet kunnen verzoenen met de sleutelrol die aan de rechter wordt toebedeeld via het criterium «kennelijk niet nuttig voor de continuïteit van de openbare dienst». ²¹ Zo komt het voorstel aan bod om iedere openbare rechtspersoon te verplichten zelf een lijst op te stellen van zijn goederen die tot het privaat domein behoren en aldus voor beslag vatbaar zijn. ²² Op die manier zouden juridische procedures worden beperkt. Ook zouden provocatieve beslagen en buitensporige schade voor de overheid worden vermeden, terwijl ook de belangen van de schuldeisers beschermd zijn. Hoewel sommige kritische commissieleden eraan twijfelen of veel openbare rechtspersonen een dergelijke lijst zullen opstellen en of hierdoor de betwistingen voor de beslagrechter voorkomen zullen worden, werd dit compromis uiteindelijk aanvaard.

b) Voorwaarden

7. (i) *Opgesteld door het bevoegde orgaan.* De verklaring van de voor beslag vatbare goederen moet volgens art. 1412bis Ger.W. uitgaan van «de bevoegde organen». Volgens de minister levert de identificatie van de bevoegde organen van de publiekrechtelijke rechtspersonen die verantwoordelijk zijn voor het opstellen van de lijst, geen fundamentele problemen op. De bevoegdheid voor het opstellen van de lijst komt toe aan «het orgaan dat over de goederen kan beschikken». ²³ Volgens dat criterium zal bijvoorbeeld de gemeenteraad bevoegd zijn voor (onroerende) gemeentegoederen en is het de provincieraad die de lijst zal moeten opstellen van de voor beslag vatbare goederen van de provincie. ²⁴

8. (ii) *Goederen behorende tot het privaat domein?* Volgens het aanvankelijk amendement tot invoering van «de lijst» konden de publiekrechtelijke overheden slechts goederen van het *privaat* domein op de lijst zetten. In de huidige tekst is dat vereiste bewust weggelaten, omdat men, zoals in art. 1412bis, § 2, Ger. W., ²⁵ elke verwijzing naar het onderscheid *privaat/openbaar* domein in deze materie wenste te vermijden. Niettemin kan men ervan uitgaan dat alleen goederen van het *privaat* domein voor beslag vatbaar verklaard zullen worden. Goederen van het *openbaar* domein zijn immers per definitie onvervreemdbaar. De overheden zullen dus bij de opstelling van de lijst gebonden zijn door hun vroegere beslissingen inzake bestemming van hun goederen. Zo zal een goed dat in concessie is gegeven, niet kunnen voorkomen op de lijst, in tegenstelling tot een goed dat wordt verhuurd. Met betrekking tot gesubsidieerde goederen zullen lagere overheden bovendien rekening moeten houden met een mogelijk

¹⁵ Cass., 26 juni 1980, geciteerd in noot 1.

¹⁶ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 213/2, 7.

¹⁷ *Hand., Senaat*, 1990-91, 6 februari 1991, 1168.

¹⁸ De (wellicht onbewuste) radicalisering van de tekst die de Kamer daarna doorvoerde door in de eerste paragraaf van art. 1412bis als principe te poneren dat de goederen van de overheid enkel onbeslagbaar waren als ze aan bepaalde voorwaarden voldeden, werd dan ook aan de kaak gesteld in de senaatscommissie en ongedaan gemaakt (verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769-2, 10).

¹⁹ Verslag BEAUFAYS, *I.c.*, 2.

²⁰ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 213/2, 4 e.v.: de rechter zou «(...) op deze wijze ernstige schade (...) kunnen veroorzaken aan de gemeenschap. Er zijn bovendien rechters die blijk geven van onverantwoorde vooroordelen tegen de Staat.» Ook wordt

aangevoerd dat deze ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter mogelijk het principe van de scheiding der machten aantast.

²¹ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769-2, 21-22.

²² *Ib.*, 23.

²³ *Ib.*, 32.

²⁴ Art. 93, 5°, Nieuwe Gemeentewet; art. 73 Provinciewet; zie MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1994, 240, nr. 202; VRANCKX, A.W., COREMANS, H. en DUJARDIN, J., *Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen*, Brugge, Die Keure, 1993, nr. 75 en nrs. 61-62.

²⁵ Zie randnummer 13.

verbod van vervreemding dat rust op goederen aangekocht met de steun van een andere overheid.²⁶

9. (iii) *Geen publikatie. Neerlegging volgens art. 42 Ger.W.* Het ligt voor de hand dat het systeem van de lijst staat of valt met de organisatie van een sluitende publiciteitsregeling voor aspirant-beslagleggers. De senaatscommissie oordeelde dat het voldoende is dat de lijst op de zetel van elke overheid voor inzage ter beschikking ligt van de schuldeisers.²⁷ Een bijkomende publikatie van de lijst in bv. het Belgisch Staatsblad wordt niet opgelegd. De plaats van neerlegging wordt gespecificeerd door te verwijzen naar art. 42 Ger.W., dat o.m. voor Staat, provincies, gemeenten en openbare instellingen de plaats van betekening aanduidt. In de senaatscommissie wordt terecht opgemerkt dat artikel 42 Ger.W. niet voor alle in art. 1412bis, § 1, bedoelde rechtspersonen een oplossing biedt, zoals bv. voor Gemeenschappen en Gewesten.²⁸ Voor de niet in art. 42 Ger.W. vermelde overheden zal men dus in de mate van het mogelijke naar analogie dienen te handelen met de in art. 42 geregelde situaties. Tenzij de Koning voor deze overheden een regeling uitwerkt in het uitvoeringsbesluit dat de «wijze van neerlegging» zal bepalen op grond van het laatste lid van art. 1412bis, § 2, 1°, Ger.W.²⁹

Wat is de *sanctie* zo de lijst niet wordt neergelegd op de plaats bedoeld in art. 42 Ger.W.? De senaatscommissie is van mening dat in dat geval de artikelen 861 e.v. Ger.W. van toepassing zijn.³⁰

De nietigheidsregeling van deze artikelen heeft ongetwijfeld zin met betrekking tot de betekenissen bedoeld in art. 42 Ger.W. De suggestie om deze nietigheidsregeling ook toe te passen op de verplichting tot neerlegging van de lijst is echter problematisch, omdat de artikelen 861 e.v. Ger.W. alleen de nietigheid van proceshandelingen regelen en niet van administratieve rechtshandelingen zoals de neerlegging der lijsten. Wellicht bedoelt de senaatscommissie dat, in geval van niet-neerlegging op de vereiste plaats, de lijst niet tegenworpen kan worden aan de beslagleggende schuldeiser, die bijgevolg vrij is om beslag te leggen op alle «kennelijk niet nuttige» goederen.

10. (iv) *Samenstelling, bekrachtiging en bekendmaking.* Gezien het belang van de lijsten achtte de wetgever het gepast dat op uniforme wijze geregeld zou worden op welke wijze de lijsten worden samengesteld, hoe zij eventueel worden bekrachtigd en binnen welke termijn, op welke wijze en waar zij moeten worden bekendgemaakt.³¹

Wat de plaats van bekendmaking (neerlegging) betreft zal de Koning er zich voor hoeden af te wijken van artikel 42 Ger.W., dat toepasselijk wordt verklaard door een formele wet, nl. art. 1412bis Ger.W. Alleen met betrekking tot de in dat artikel niet vermelde openbare rechtspersonen zou de Koning de plaats van bekendmaking naar goeddunken kunnen regelen.

Om te vermijden dat er bij de inwerkingtreding van de wet nog geen uniforme procedure van neerlegging van de lijst

zou bestaan, wordt het aan de Koning overgelaten om de datum van inwerkingtreding te bepalen uiterlijk zes maanden na publikatie. De wet zal dus uiterlijk op 21 januari 1995 van kracht worden.

1c) Wijziging van de lijst. Administratief toezicht. Annulatieberoep

11. Quid indien een goed dat op de lijst van voor beslag vatbare goederen voorkomt, een nieuwe bestemming ontvangt en van het openbaar domein deel gaat uitmaken of minstens kennelijk nuttig wordt voor een publieke rechtspersoon?³² Uit de parlementaire voorbereiding kan worden afgeleid dat een onderscheid gemaakt dient te worden. Wanneer reeds effectief beslag is gelegd op dit goed, kan de betrokken overheid hiertegen geen verzet aantekenen, ook al hoorde het goed niet meer op de lijst te staan wegens de nieuwe bestemming ervan. De schuldeiser mag verwachten dat een goed op de lijst voor beslag vatbaar is en dat de overheid daar na beslag geen verandering in kan brengen. De overheid kan in die gevallen wel nog voorstellen het in beslag genomen goed te vervangen door een ander minder nuttig goed.³³

Als er nog geen beslag is gelegd op een bepaald goed, staat het de publieke rechtspersonen vrij om de nodige wijzigingen aan te brengen in hun lijst.³⁴ Er werd in de Senaat op aangedrongen dat de Koning in een soepele procedure zou voorzien voor de inschrijving en vooral uitschrijving van voor beslag vatbare goederen.³⁵

Het opstellen van de lijst is een administratieve rechtshandeling, onderworpen aan het administratief toezicht. De toezichthoudende overheid zal derhalve kunnen optreden wanneer zij oordeelt dat de beslissing om bepaalde goederen op te nemen op de lijst de wet schendt of het algemeen belang schaadt.³⁶ De niet-opstelling van een lijst zal niet het voorwerp uitmaken van administratief toezicht, aangezien de wet het opstellen van een lijst niet verplicht. Ook het niet op de lijst plaatsen van bepaalde goederen is onaanvechtbaar, aangezien de lijst niet exhaustief is en de overheid dus een minimumlijst kan samenstellen.

De aanwijzing van voor beslag vatbare goederen zou ook het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State. Een beslagleggende schuldeiser die bv. vaststelt dat de lijst alleen goederen zonder marktwaarde bevat, zal echter eerder gebruik maken van het recht om kennelijk niet nuttige goederen in beslag te nemen dan een lange procedure voor de Raad van State te beginnen.

³² Bv. een goed dat voorheen verhuurd werd door een gemeente en op de lijst werd geplaatst, wordt nadien als loods voor de brandweer gebruikt.

³³ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769-2, 44; *Hand., Senaat*, 23 juni 1994, 2670.

³⁴ Verslag BEAUFAYS, *l.c.*, 7.

³⁵ *Hand., Senaat*, 23 juni 1994, 2670.

³⁶ Welke middelen van administratief toezicht ter beschikking staan (bv. advies, machtiging, goedkeuring, schorsing, vernietiging, dwangtoezicht) zal afhangen van de betrokken overheid, van de kwalificatie van de beslissing om bepaalde goederen op te nemen op de lijst (voor het bepalen van het bevoegde orgaan wordt deze beslissing blijkbaar beschouwd als een daad van beschikking... (zie randnummer 13)) en soms van de waarde van de goederen.

²⁶ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769-2, 25.

²⁷ *Ib.*, 33-34.

²⁸ *Ib.*, 34.

²⁹ Zie randnummer 10.

³⁰ *Ib.*, 35.

³¹ *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 750/7, 1.

Misschien heeft een schuldeiser in dat geval zelfs niet eens het vereiste belang als ontvankelijkheidsgrond om een dergelijke lijst aan te vechten. Onenigheid tussen publiekrechtelijke overheden onderling³⁷ over de eigendomsrechten op bepaalde goederen van de lijst of over het niet nuttig karakter ervan kunnen eventueel uitmonden in een annulatieberoep voor de Raad van State. Ook particuliere of collectieve gebruikers van voor beslag vatbaar verklaarde goederen zouden in bepaalde omstandigheden de lijst kunnen aanvechten. Het laat zich echter voorspellen dat in heel wat gevallen de gegriefde partij slechts kennis zal nemen van de lijst (de beslissing tot beslagbaarverklaring) op het ogenblik van het beslag en dat op dat moment de termijn van zestig dagen voor het annulatieberoep vaak al verstreken zal zijn.

3° «Goederen kennelijk niet nuttig voor de uitoefening van hun taak of voor de continuïteit van de openbare dienst»

12. Wanneer geen lijst is opgesteld of wanneer de in de lijst opgenomen goederen niet volstaan voor de betaling van een schuldeiser,³⁸ mag deze beslag leggen op goederen die voor de betrokken openbare rechtspersoon «kennelijk niet nuttig» («manifestement pas utiles») zijn voor de uitoefening van zijn taak of voor de continuïteit van de openbare dienst. Volgens de formulering van art. 1412bis Ger.W. is het dus aan de schuldeiser om te bewijzen dat de goederen in kwestie kennelijk niet nuttig zijn voor de betrokken overheid. Tijdens de parlementaire voorbereiding is herhaaldelijk opgemerkt dat art. 1412bis daardoor de overheid meer in bescherming neemt dan het oorspronkelijke «voorstel Cerehe»,³⁹ dat slechts de voor de overheid *onmisbare* goederen (les biens *indispensables*) aan beslag onttrok.⁴⁰ Of het criterium «niet kennelijk nuttig» daadwerkelijk minder beslagmogelijkheden biedt, zal uiteindelijk afhangen van de invulling van dit begrip door de beslagrechter.

13. Er dient op gewezen te worden dat art. 1412bis Ger.W. inzake beslagvatbaarheid geen onderscheid maakt tussen goederen van het *openbaar domein* en goederen van het *privaat domein*. De beslagrechter dient dus alleen te beoordelen of een goed «kennelijk niet nuttig» is, zonder te onderzoeken of dit goed privaat of openbaar is. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie behoort een goed tot het openbaar domein «doordat het, hetzij door een uitdrukkelijke, hetzij door een impliciete beslissing van de bevoegde

overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid naar de persoon.»⁴¹ Dit klassieke onderscheid werd in de huidige wet bewust verlaten, omdat de onderscheidingscriteria hiervoor gedeeltelijk samenvielen met het functionele criterium «onmisbaar» (later gewijzigd in «kennelijk nuttig»).⁴² Bovendien zou de overheid de tenuitvoerlegging nog steeds kunnen bemoeilijken door via een formele beslissing goederen voor het openbaar domein te bestemmen en zo volledig niet voor beslag vatbaar te maken, indien art. 1412bis, § 2, Ger.W. de mogelijkheid van beslag zou beperken tot goederen van het *privaat domein*.

Het is evenwel niet de bedoeling van de wetgever om de hele doctrinale constructie rond het onderscheid openbaar/privaat domein, die op vele andere gebieden (bv. onverjaarbaarheid, onvervreemdbaarheid) doorwerkt, op de helling te zetten. Het zou ongepast zijn dat een dergelijk belangrijke wijziging van het burgerlijk recht incidenteel in art. 1412bis Ger.W. gerealiseerd zou worden. In alle andere materies dan het beslagrecht blijft het onderscheid dus onverminderd gelden.⁴³ Betekent dit ook dat goederen van het openbaar domein – waarop volgens de klassieke leer geen privaatrechtelijke rechten kunnen worden uitgeoefend – voor beslag vatbaar zijn, indien ze voldoen aan de voorwaarden van art. 1412bis Ger.W.? In de plenaire vergadering van de Senaat werd terecht gewezen op deze «impasse»: op grond van het criterium «kennelijk niet nuttig» zou men via een beslagprocedure ten aanzien van openbare domeinggoederen kunnen bereiken wat men door overeenkomsten tussen partijen nooit kan verkrijgen. De titel die de schuldeiser bij uitvoerend beslag zou hebben op grond van art. 1412bis Ger.W., wijkt in wezen volledig af van het bestaande statuut van de domeinggoederen.⁴⁴ Deze impasse wordt slechts gedeeltelijk doorbroken door de overheid in eerste instantie zelf te laten beslissen over de beslagbaarheid van haar goederen via het systeem van de lijst en de substitutiebevoegdheid. Bij gebrek aan een (toereikende) lijst zal immers het criterium «kennelijk niet nuttig» worden toegepast door de beslagrechter en deze dient volgens de wet geen rekening te houden met het openbaar karakter van de goederen. Een waardevol schilderij in de raadszaal van het stadhuis bijvoorbeeld behoort tot het openbaar domein, doch het is niet uitgesloten dat de rechter dit goed zal beschouwen als «kennelijk niet nuttig» voor de uitoefening van de taak van de (stedelijke) overheid of voor de continuïteit van de openbare dienst. De opvatting in de senaatscommissie dat dit goed (en openbaar kunstbezit in het algemeen) als openbaar domeingood onvervreemdbaar en dus niet voor beslag vatbaar is,⁴⁵ vindt geen steun in de tekst van de wet die het criterium «openbaar/privaat» niet hanteert als criterium voor het voor beslag vatbaar zijn. Dat het cultureel erfgoed van de overheid «als kennelijk nuttig moet worden beschouwd voor de uitoefening van de culturele overheidstaak» – zoals de minister meent – is evenmin

³⁷ Waartussen geen verhouding van administratief toezicht bestaat; bv. de Vlaamse Gemeenschap wenst de beslissing te laten vernietigen van de Regie der Gebouwen waarbij een gebouwt voor beslag vatbaar wordt verklaard dat nuttig gebruikt wordt door de Vlaamse Gemeenschap.

³⁸ Of ook wanneer een aantal goederen van de lijst reeds in beslag genomen zijn door andere schuldeisers, met wie de beslaglegger in samenloop zou komen, waardoor de opbrengst ponds/pondsgewijze verdeeld dient te worden, tenzij een van de schuldeisers van de overheid over een wettelijk recht van voorrang zou beschikken (bv. een verhuurder).

³⁹ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 213/1.

⁴⁰ Zie o.m. Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 47-48; *Hand., Senaat*, 10 februari 1992, 1153, en 23 juni 1994, 2671; ook het eerste door de Kamer geamendeerd ontwerp was strenger door op de overheid de bewijslast te leggen van het kennelijk nuttig karakter (*Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 750/5, 1).

⁴¹ Cass., 3 mei 1968, *Pas.*, 1968, I, 1033, *R.C.J.B.*, 1969, 5-17, noot MAST, A., *R.W.*, 1968-69, 409, noot. Voor een kritiek op dit criterium zie MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 235, nr. 199, en de aldaar geciteerde auteurs.

⁴² Verslag DE T'SERCLAES, *l.c.*, 4 en 9; verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 7-10 en 15-20.

⁴³ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 19 in fine.

⁴⁴ *Hand., Senaat*, 10 februari 1994, 1160.

⁴⁵ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769-2, 20.

vanzelfsprekend.⁴⁶ Men heeft blijkbaar moeilijkheden om te aanvaarden dat de vervanging van het onderscheid «openbaar/privaat» door het criterium «kennelijk niet nuttig» niet alleen in het beslagrecht maar ook daarbuiten gevolgen kan hebben en afbreuk zal doen aan het klassieke stelsel van openbare en private domeingoederen.

Gezien het hierboven vermeld criterium voor «openbaar domein» (bestemd tot het gebruik van allen) dient opgemerkt te worden dat het merendeel van de goederen die tot het openbaar domein behoren ook nuttig en dus niet voor beslag vatbaar zullen zijn in de zin van art. 1412bis, § 2, Ger.W. Doch wanneer bepaalde goederen van het openbaar domein toch «niet kennelijk nuttig» worden bevonden, zullen zij voor beslag vatbaar zijn, ook al kunnen particulieren volgens de traditionele leer geen rechten verwerven op openbare domeingoederen.

4° Substitutiebevoegdheid

14. Wanneer beslag is gelegd op een goed dat niet door de overheid zelf voor beslag vatbaar is verklaard⁴⁷ en dat voor de beslagen overheid een nuttig goed is, dan kan deze overheid het goed vervangen, in plaats van het «kennelijk niet nuttig»-karakter van dit goed te betwisten voor de beslagrechter. Deze eenvoudige oplossing is zowel voor de overheid als voor de beslaglegger verkieslijk, op voorwaarde dat het nieuwe goed aan de schuldeiser dezelfde pecuniaire waarborgen biedt. Zij vermijdt immers in principe tussenkomst van de rechter en als deze dient op te treden, kan hij zich alleen uitspreken over de waarde van het goed en niet meer over het al dan niet «kennelijk nuttig» karakter ervan. Het aanbod is immers bindend, ook voor de rechter, indien het goed in België is gelegen en de tegeldemaking ervan volstaat tot voldoening van de beslaglegger. De openbare rechtspersoon dient blijkbaar niet te bewijzen dat het goed dat hij wenst te vervangen «nuttig» is.

De mogelijkheid voor de betrokken overheid om *na* beslag nog een ander voor beslag vatbaar goed aan te wijzen heeft het nadeel dat ze de druk vermindert op de overheid om vooraf een lijst op te stellen.⁴⁸ Toch lijkt het aan te raden dat het bevoegde orgaan zou beraadslagen over het geheel van de voor beslag vatbare goederen van hun vermogen, liever dan telkens inderhaast een vervangingsgoed te moeten aanwijzen. Bovendien valt nog af te wachten of in de praktijk een publieke overheid waarvan kennelijk nuttige goederen in beslag genomen zijn, bereid zal zijn om andere goederen ter inbeslagneming aan te bieden. Misschien, verkiest zij in die situatie de schuld gewoon te betalen of alleen verzet te doen.

5° Verzet

15. Art. 1412bis Ger.W. biedt de publiekrechtelijke rechtspersonen de mogelijkheid verzet te doen tegen een beslag op goederen die niet op de lijst staan teneinde het «ken-

nelijk niet nuttig» karakter ervan te betwisten. Dit verzet dient steeds bij gerechtsdeurwaardersexploot betekend te worden aan de beslagleggende schuldeiser. Tegelijk dient de beslaglegger gedagvaard te worden om te verschijnen voor de beslagrechter. Een en ander dient, op straffe van verval, te gebeuren binnen één maand te rekenen van de datum van het beslagexploot aan de schuldenaar-overheid. Aanvankelijk was deze termijn bepaald op acht, nadien op vijftien dagen.⁴⁹ De termijn van één maand moet volstaan om verzet aan te tekenen, doch is voor heel wat overheden misschien niet voldoende om een ander goed aan te bieden. Aangezien de termijn voor verzet op straffe van verval is voorgeschreven, zullen deze overheden waarschijnlijk verzet aantekenen en om uitstel van behandeling verzoeken, tot zij de schuldeiser een valabel aanbod kunnen doen.⁵⁰ Indien deze dit aanbod aanvaardt, dient de beslagprocedure ab initio opnieuw toegepast te worden op het nieuwe goed op kosten van de betrokken overheid.⁵¹ Het eerste beslag zal worden opgeheven door de schuldeiser.⁵²

Ter bescherming van de publieke rechtspersonen heeft de wetgever twee bijzondere modaliteiten ingevoerd met betrekking tot de verzetsprocedure. Een eerste procedurele waarborg bestaat erin dat, in afwijking van art. 1498 Ger.W., het verzet de uitvoering schorst. Ten tweede is de beslissing van de beslagrechter, in afwijking van art. 1039 Ger.W.,⁵³ nooit uitvoerbaar bij voorraad. Op deze wijze wil de wetgever voorkomen dat aan de overheid schade wordt berokkend door abusieve en onverantwoorde beslagen. Aanvankelijk legde art. 1412bis Ger.W. ook vrij strikte termijnen op voor de uitspraak van de beslagrechter (vijftien dagen), voor de appeltermijn (vijftien dagen)⁵⁴ en voor de uitspraak in hoger beroep (twee maanden). Uiteindelijk bleef alleen de laatste vermelde termijn, in verzwakte vorm, behouden: de rechter in hoger beroep dient uitspraak te doen met voorrang boven alle andere zaken. Art. 1412bis Ger.W. bepaalt ook dat geen verzet mogelijk is tegen bij verstek gewezen beslissingen.

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat de betrokken overheid ook steeds de mogelijkheid heeft te kantonnieren overeenkomstig de artikelen 1403 e.v. Ger.W..⁵⁵

⁴⁹ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 51: de senaatscommissie oordeelde echter dat deze termijn van vijftien dagen vrij krap is, aangezien openbare instellingen gewoonlijk trager reageren dan privaatrechtelijke personen.

⁵⁰ *Ib.*

⁵¹ *Ib.* Dit is ook zo bij een substitutie buiten het geval van verzet. Het beslagexploot vermeldt immers ook dan de verkeerde goederen.

⁵² Wanneer het eerste beslag een onroerend goed betreft, zal de overheid erop moeten toezien dat het beslag wordt opgeheven en dat de overschrijving van het bevel en van het exploot op het hypotheekkantoor ongedaan wordt gemaakt.

⁵³ Van toepassing verklaard door art. 1395, tweede lid, Ger.W.

⁵⁴ Dit verklaart waarom de termijn voor hoger beroep van een maand expliciet wordt aangeduid, hoewel deze niet afwijkt van het gemene recht.

⁵⁵ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 213/2, 21.

⁴⁶ *Ib.*, 20-21.

⁴⁷ Of dat intussen een andere bestemming heeft gekregen (zie randnummer 11).

⁴⁸ In de senaatscommissie werd zelfs overwogen om meteen de modaliteit van de lijst te laten vallen en alleen de substitutiemogelijkheid te behouden (verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 39-43).

C. Toepassingsgebied

I° Publiekrechtelijke rechtspersonen

16. Het nieuwe artikel 1412bis Ger.W. is toepasselijk op de volgende overheden: de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, de gemeenten en de provincies, de instellingen van openbaar nut, ten slotte alle publiekrechtelijke rechtspersonen. Uit de voorbereidende teksten blijkt zeer duidelijk de bedoeling van de wetgever om het toepassingsgebied zo ruim mogelijk op te vatten, zodat slechts een enuntiatieve opsomming wordt gegeven. Om die reden werd een amendement verworpen dat ertoe strekte de O.C.M.W.'s uitdrukkelijk te vermelden in art. 1412bis, § 1, Ger.W. De formulering van § 1 is immers ruim genoeg om alle publiekrechtelijke rechtspersonen te vatten.⁵⁶ Uit het eerste verslag van de senaatscommissie blijkt dat openbare instellingen of regieën die het statuut van een N.V. aannemen, zoals openbare kredietinstellingen en afvalverwerkingsmaatschappijen, of intercommunales, die de juridische vorm van een C.V. aannemen, eveneens onder de omschrijving van artikel 1412bis, § 1, vallen.⁵⁷⁻⁵⁸

17. Aansluitend bij het voorgaande kan de vraag worden gesteld naar de betekenis van «Onverminderd het bepaalde in artikel 8, tweede lid, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven» in art. 1412bis, § 1, Ger.W. Luidens deze bepaling genieten de autonome overheidsbedrijven (De Post, Belgacom, de N.M.B.S. en de N.M.L.W.) de immuniteit van tenuitvoerlegging «voor de goederen die geheel of gedeeltelijk zijn bestemd voor de uitvoering van hun taken van openbare dienst». De wetgever wenste dus het voorrecht van de uitvoeringsimmuniteit te verlenen aan deze autonome overheidsbedrijven, doch slechts met betrekking tot die goederen die bestemd zijn voor de uitvoering van de taken van openbare dienst, waarmee zij volgens het beheerscontract belast zijn.⁵⁹ Op de andere goederen van deze overheidsbedrijven, die worden aangewend in hun commerciële bedrijvigheid, mag zonder meer beslag worden gelegd, aangezien de continuïteit van de openbare dienst hierdoor geen gevaar

loopt.⁶⁰ Zo zullen bijvoorbeeld de eindapparaten (telefoon- en faxapparaten, mobilofoon- en semafoonterminals, ...) die Belgacom in concurrentie met andere verkopers aanbiedt, voor beslag vatbaar zijn, terwijl de hele infrastructuur om in telecommunicatiediensten te voorzien alsook de publieke telefooncellen uitvoeringsimmuniteit genieten.⁶¹

Deze autonome overheidsbedrijven zouden normaal onder de toepassing vallen van § 1 van art. 1412bis Ger.W.,⁶² zodat de goederen die (gedeeltelijk) bestemd zijn voor de uitoefening van taken van openbare dienst in beslag genomen kunnen worden onder de voorwaarden van art. 1412bis, § 2, Ger.W. In navolging van een voorstel van de minister⁶³ verkoos de senaatscommissie echter deze bedrijven aan het toepassingsgebied van art. 1412bis Ger.W. te onttrekken en de vatbaarheid voor beslag van hun goederen slechts te bepalen overeenkomstig het criterium van artikel 8 van de wet van 21 maart 1991.⁶⁴ Dat deze goederen niet voor beslag vatbaar zijn, volgt dus uit de loutere formele bestemming ervan voor de overheidstaak van het bedrijf in kwestie, zonder dat een inhoudelijke toetsing plaatsvindt van het kennelijk nut ervan. In die zin zijn de domeingoederen van de autonome overheidsbedrijven beter beschermd dan die van de andere publiekrechtelijke rechtspersonen, hoewel dit niet de bedoeling was van de senaatscommissie.⁶⁵ Hopelijk zal dit er niet toe leiden dat deze overheidsbedrijven in hun hoedanigheid van concurrentiële marktdeelnemers hun immuniteit zouden kunnen aanwenden via de techniek van de formele bestemming van goederen voor de openbare dienst die zij vervullen. Dit kan vermeden worden door het criterium «bestemd voor» op functionele wijze te interpreteren en dus naar analogie met art. 1412bis Ger.W. na te gaan of het goed effectief nuttig is voor de openbare dienst vervuld door het overheidsbedrijf.

De autonome overheidsbedrijven worden dus ook niet onderworpen aan het vereiste een lijst van voor beslag vatbare goederen op te stellen. In het advies van de Raad van State betreffende artikel 8 wordt er nochtans op gewezen dat het vaak onmogelijk zal zijn uit te maken of een goed al dan niet bestemd is voor de uitvoering van taken van openbaar nut, te meer daar hetzelfde goed zonder onderscheid gebruikt kan worden zowel voor taken van openbaar nut als voor concur-

⁵⁶ Er wordt zelfs voorgesteld om de hele onvolledige opsomming in § 1 weg te laten om verwarring te vermijden (verslag DE T'SERCLAES, *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 750/4, 7-8). Uiteindelijk behoudt de kamercommissie enkel de belangrijkste overheden (Staat, Gemeenschappen en Gewesten), maar in de senaatscommissie wordt nadien de opsomming opnieuw uitgebreid met provincies, gemeenten en instellingen van openbaar nut en wordt de toepassing op O.C.M.W.'s bevestigd (verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 44).

⁵⁷ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 213/2, 11-12; er worden door art. 1412bis Ger.W. geen wijzigingen aangebracht aan de groep van rechtspersonen die thans uitvoeringsimmuniteit genieten.

⁵⁸ Met betrekking tot de openbare kredietinstellingen (OKI's) bepaalt de wet van 17 juni 1991 tot organisatie van de openbare kredietsector dat alle goederen van deze publiekrechtelijke rechtspersonen vatbaar zijn voor beslag (art. 193, tweede lid). Het heeft dan ook geen zin art. 1412bis Ger.W. toe te passen op deze openbare overheden.

⁵⁹ Respectievelijk bv. telefoon- en telegraafdienst, brievenpost, reizigersvervoer in binnenlands verkeer, controle van het luchtverkeer.

⁶⁰ De bedoeling van dit artikel 8 is de continuïteit te verzekeren van de openbare dienst die deze autonome overheidsbedrijven op zich nemen (*Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1287/1, 16).

⁶¹ De omschrijving in bijlage II van het kamerverslag van de wet van 21 maart 1991 van het onderscheid tussen de taken van openbare dienst en de commerciële bedrijvigheden van de betrokken overheidsbedrijven kan wellicht van dienst zijn om prima facie het statuut van hun goederen te bepalen (Verslag, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1287/10, 397 e.v.; verslag, *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1173/2, 40).

⁶² Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 53.

⁶³ Verslag DE T'SERCLAES, *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 750/4, 3, 10 en 11.

⁶⁴ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 52-54.

⁶⁵ Verslag, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 52-53. Het blijft natuurlijk wel gemakkelijker om de voor beslag vatbare goederen te vinden bij deze bedrijven door het feit dat de middelen voor hun commerciële bedrijvigheden onbepaald in beslag kunnen worden genomen, doch hun «openbare» goederen zijn moeilijker voor beslag vatbaar dan die van andere overheden.

rentiële activiteiten.⁶⁶ Het bekend maken van een gedetailleerde lijst van «commerciële» en dus voor beslag vatbare goederen zou dan ook veel problemen voorkomen.⁶⁷

18. Een andere vraag die in de parlementaire commissies werd gesteld, doch onbeantwoord bleef, is of overheden onderling op elkaars goederen beslag mogen leggen met toepassing van art. 1412bis Ger.W. Te denken valt aan een gemeente die op grond van een uitvoerbare titel beslag legt op een goed van de Regie der Gebouwen. Volgens de traditionele rechtspraak geldt de absolute uitvoeringsimmunitet onverkort, ook wanneer de schuldeiser een overheidsinstelling is.⁶⁸

In de senaatscommissie werd aangevoerd dat de aanwending van de nieuwe mogelijkheden van art. 1412bis Ger.W. door publiekrechtelijke rechtspersonen tegen andere publiekrechtelijke rechtspersonen niet in overeenstemming is met de opzet van het wetsvoorstel, maar de commissie bereikte daarover geen conclusie.⁶⁹

Hoewel het voorstel er inderdaad in de eerste plaats gekomen is om de rechten van de burger te vrijwaren, lijkt niets er zich tegen te verzetten dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen elkaar kunnen dwingen om hun verbintenissen na te komen op straffe van gedwongen uitvoering. Het fundamentele respect voor gerechtelijke beslissingen is ook hier in het geding. Waarom zou de overheid niet steeds verplicht worden haar verbintenissen na te komen? Dit kan alleen bijdragen tot de mentaliteitswijziging die hopelijk zal volgen uit het nieuwe art. 1412bis Ger.W., nl. dat overheden niet langer willekeurig weigeren vrijwillig hun verbintenissen na te komen, alsook dat zij zo besturen dat de nakoming van deze verbintenissen in de regel geen problemen oplevert.

Ook vanuit praktisch oogpunt lijkt het raadzaam aan publiekrechtelijke rechtspersonen dezelfde uitvoeringsmiddelen te geven als aan particulieren. Wanneer particulieren dankzij de huidige nieuwe wet de mogelijkheid krijgen de overheid te dwingen tot betaling, dan kan verwacht worden dat de publiekrechtelijke rechtspersonen, teneinde beslag te vermijden, eerder hun verbintenissen aan particuliere schuldeisers zullen nakomen. Het valt dan ook te vrezen dat, door het wapen van art. 1412bis alleen aan particuliere schuldeisers te verschaffen, de wanbetalingen tegenover andere overheden aanzienlijk zouden toenemen.

2° Uitvoerend/bewarend (derden)beslag

19. Krachtens art. 1412bis, § 2, zijn de goederen van de lijst en de niet kennelijk nuttige goederen vatbaar voor «beslag» (saisie). Aangezien «beslag» niet is gespecificeerd, kan men veronderstellen dat alle vormen van beslag geoorloofd zijn. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt evenwel dat bij de eerste bespreking in de senaatscommissie het woord «uitvoerend» (saisie-exécution) werd toegevoegd.⁷⁰ De se-

naatscommissie had de beperking tot uitvoerend beslag ingevoerd, omdat zij oordeelde dat aan een schuldeiser die niet over een uitvoerbare titel beschikt, niet de gelegenheid mocht worden gegeven om goederen van de overheid te blokkeren. Ook het beslag onder derden ten laste van een publiekrechtelijk persoon wordt niet mogelijk geacht, aangezien dit aanleiding kan geven «tot blokkeren van een openbare functie». ⁷¹ Bij de daaropvolgende bespreking in de Kamer wordt het ontwerp van de Senaat grondig gewijzigd en blijkt in de Franse tekst «saisie-exécution» geruisloos geruild voor «insaisissables» («niet vatbaar voor beslag») ⁷² Bij de latere besprekingen in Kamer en Senaat komt het probleem van de soorten beslag niet meer aan bod. De in het Belgisch Staatsblad gepubliceerde tekst luidt uiteindelijk dus: «(...) zijn evenwel vatbaar voor *beslag*...» zonder meer (in de Franse tekst «peuvent faire l'objet d'une *saisie*...»). Welke soorten beslag zijn hier bedoeld?

Over de mogelijkheid van (uitvoerend) *derdenbeslag* tegen publiekrechtelijke rechtspersonen kan redelijkerwijs geen twijfel bestaan, aangezien beslag onder derden niet expliciet is uitgesloten in de tekst van de wet. Daarenboven werd reeds vóór de totstandkoming van huidige wet aanvaard dat *derdenbeslag* ten laste van publiekrechtelijke rechtspersonen mogelijk is, nu dit geen gedwongen uitvoering is op het vermogen van de derde-beslagene, de overheid. ⁷³ De wet regelt overigens uitdrukkelijk het beslag onder derden ten laste van o.m. de Staat en de provinciën. ⁷⁴ Het lijkt verdedigbaar dat de overheid in deze gevallen niet de waarborgen van verzet en substitutie kan aanwenden, aangezien niet haar vermogen het voorwerp is van (voorlopige) uitvoeringsmaatregelen.

Ook *bewarend beslag* is, ondanks de overwegingen in de voorbereidende teksten, niet uitdrukkelijk uitgesloten in de tekst van de wet. ⁷⁵ Hoewel uit de parlementaire voorbereiding en uit de tekst van de wet zelf blijkt, dat de wet tot doel heeft de gedwongen *uitvoering* tegen de overheid mogelijk te

derden niet toegelaten konden worden ten laste van de overheid. In de tekst verzonden naar de Kamer, blijkt echter alleen in de Franse tekst de aanpassing te zijn uitgevoerd (saisie-exécution), terwijl in de Nederlandse versie nog steeds sprake is van «beslag» zonder meer.

⁷¹ Verslag ARTS, *Gedr.St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 213/2, 22.

⁷² Verslag DE T'SERCLAES, *l.c.*, 11.

⁷³ PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen, o.c.*, 365, nr. 403; DIRIX en BROECKX, *o.c.*, 82, nr. 134.

⁷⁴ Wet 6 februari 1970, thans gecoördineerd bij K.B. 17 juli 1991 tot coördinatie van de wetten op de rijkscomptabiliteit. Zie DIRIX, E. en BROECKX, K., *o.c.*, 349, nr. 679 en 82, nr. 134.

⁷⁵ Aangezien het nieuwe art. 1412bis Ger.W. zich in Hoofdstuk V bevindt van titel I, «Voorafgaande regels», van deel V van het Gerechtelijk Wetboek en als dusdanig toepasselijk is op alle soorten beslagen, was expliciete uitsluiting nodig om het bewarend beslag aan de toepassing van art. 1412bis te onttrekken. Men was zich hiervan terdege bewust in de senaatscommissie (Verslag, *Gedr.St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 213/2, 21).

⁶⁶ *Gedr.St.*, Kamer, 1989-90, nr. 1287/1, 162.

⁶⁷ Zie DÉOM, D., «Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes», *Les entreprises publiques autonomes (La nouvelle loi du 21 mars 1991)*, Brussel, Bruylant, 1992, 145.

⁶⁸ Beslagr. Brussel, 30 juni 1980, 676, *Bull.Bel.*, 1982, 515.

⁶⁹ Verslag ARTS, *Gedr.St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 213/2, 12.

⁷⁰ Verslag ARTS, *Gedr.St.*, Senaat, B.Z. 1988, nr. 213/2, 21-23: de senaatscommissie oordeelde dat bewarend beslag en beslag onder

maken,⁷⁶ moet ook bewarend beslag principieel worden toegelaten op grond van art. 1412bis Ger.W.⁷⁷

Om bewarend beslag te kunnen leggen dient de schuldeiser echter het bewijs aan te brengen van urgentie, d.w.z. dat de solvabiliteit van de debiteur in het gedrang komt zodat de latere uitwinning gevaar loopt. Welnu, de overheid wordt geacht solvabel te zijn,⁷⁸ zodat aan de voorwaarden van bewarend beslag niet voldaan zal zijn.

Een uitzondering dient hier evenwel gemaakt te worden voor *bewarend derdenbeslag* in handen van de overheid. Het is immers in dat geval in de verhouding met de particuliere schuldenaar en niet met de overheid (derde-beslagene), dat urgentie aangetoond dient te worden.

IV. Besluit

20. De wetgever lijkt in het nieuwe art. 1412bis Ger.W. het juiste evenwicht gevonden te hebben dat nodig is in de materie van de uitvoeringsimmunititeit. Enerzijds worden de overheden beschermd voor zover dit werkelijk noodzakelijk is om de bijzondere functie van algemeen belang die zij vervullen ongehinderd uit te oefenen. Anderzijds beschikt de schuldeiser van publiekrechtelijke rechtspersonen eindelijk over wettelijke mogelijkheden om de uitvoering van zijn schuldvordering te bewerkstellingen (zonder daardoor discontinuïteit van de openbare dienst te veroorzaken).

Toch mag niet uit het oog verloren worden dat het de publiekrechtelijke overheden zelf zijn die ervoor zullen moeten zorgen dat deze wettelijke omwenteling geen ongewenste en onverantwoorde gevolgen heeft. Naast de mogelijkheid om de schuld gewoon te betalen, kunnen zij door het opstellen van een lijst alsook door in beslag genomen goederen te vervangen, vermijden dat de voor de openbare dienst noodzakelijke goederen buiten schot blijven. Wanneer dergelijke goederen toch in beslag genomen zouden worden, beschikken zij over een maand om verzet te doen, waardoor de uitvoering wordt geschorst totdat de rechter (eventueel in hoger beroep) beslist dat het betrokken goed «kennelijk niet nuttig» is voor de betrokken overheid. Alleen een overheid die steevast onwillig en traag reageert, zal dus op grond van de nieuwe wet beroofd kunnen worden van voor haar taak noodzakelijke goederen.

Het is niet zeker of het criterium «kennelijk niet nuttig» voldoende streng is om de schuldeisers in staat te stellen voldoende voor beslag vatbaar onderpand te vinden om te gelde te maken.⁷⁹ Aangezien het niet uitgesloten is dat schuldeisers van de overheid bij de inwerkingtreding van art. 1412bis Ger.W. in groten getale zullen gaan uitvoeren, was het mis-

schien verkieslijk om alleen de «onmisbare» goederen aan beslag te onttrekken.⁸⁰

De schuldeisers kunnen bovendien alleen maar hopen dat de openbare rechtspersonen gebruik maken van «de lijst» en van hun substitutierecht. Weliswaar kan ook een onwillige overheid tot betaling worden gedwongen, doch voor een vlotte toepassing van de wet dient, ook in de geest van de wetgever, een procedure voor de beslagrechter zoveel mogelijk vermeden te worden. Dat het uiteindelijk ondanks het wantrouwen van het parlement de beslagrechter is geworden die moet oordelen over de beslagvatbaarheid van de overheids-goederen, zal ongetwijfeld de bescherming van de burger ten goede komen. Het tijdperk dat de overheid zich achter een formele uitvoeringsimmunititeit kon verschuilen, is definitief voorbij. Misbruiken en (opzettelijke) natigheid⁸¹ bij het nakomen van verbintenissen worden voortaan (hopelijk) bestraft.

Het is ten slotte belangrijk erop te wijzen dat deze nieuwe wet een aantal positieve veranderingen zou kunnen teweegbrengen ten aanzien van de bestuurscultuur van de Belgische publiekrechtelijke rechtspersonen. Zo zou de inperking van de uitvoeringsimmunititeit ertoe kunnen leiden dat overheden er voortaan nauwkeuriger op toezien dat zij slechts verbintenissen aangaan die zij kunnen inlossen. Het opstellen van een lijst van voor beslag vatbare goederen zou de overheden ertoe kunnen brengen een inventaris op te stellen van hun vermogen⁸² en de bestemming van al hun goederen duidelijk vast te leggen. De publiciteit van de lijsten geeft de burgers, i.h.b. de schuldeisers, een beter inzicht in het vermogen van een openbare rechtspersoon en laat misschien enige controle toe op de politieke verantwoordelijken.⁸³ Ten slotte kan men ook hopen dat overheden met een grote schuldenlast gaan werk maken van een ernstig schulddelegingsbeleid om te vermijden dat hun vermogen «uitverkocht» wordt.

In het allerbeste geval zal de mentaliteitswijziging bij de publiekrechtelijke overheden met zich meebrengen dat de opstelling van de lijsten, die onvermijdelijk heel wat maanden en vaak jaren op zich zal laten wachten, tegen die tijd niet meer belangrijk is, omdat de overheid niet langer willekeurig beslist haar verbintenissen niet vrijwillig uit te voeren...

Stan BRIJS

Assistent K.U.Leuven

⁷⁶ Art. 1412bis, § 3, eerste lid, Ger.W. heeft het immers over de tegeldemaking van de ter vervanging aangeboden goederen, terwijl § 4 bepaalt: «(...) De eis schorst de tenuitvoerlegging...», wat onmiskenbaar wijst op het uitvoerend karakter van het bedoelde beslag; zie ook verslag BEAUFAYS, l.c., 3.

⁷⁷ De minister verdedigt deze opvatting in de senaatscommissie (verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, 769-2, 44).

⁷⁸ PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen*, l.c., 223, nr. 228.

⁷⁹ Het is evenmin zeker of dit criterium volstaat in het kader van het E.V.R.M.

⁸⁰ Zoals bepaald in het oorspronkelijk wetsvoorstel. De minister en verschillende commissieleden achtten dit criterium te streng. Tot bij de laatste bespreking stelde senator Loones voor het criterium «onmisbaar» te gebruiken teneinde meer druk uit te oefenen op de overheden.

⁸¹ Die mogelijk waren door een absolute interpretatie van de uitvoeringsimmunititeit (zie PEETERS, B., o.c., 555, nr. 642).

⁸² Het K.B. houdende het algemeen reglement op de gemeentelijke comptabiliteit van 2 augustus 1990 (*B.S.*, 3 oktober 1990) verplicht de gemeenten een gedetailleerde balans op te maken van al hun goederen. De toepassing van dit nieuw reglement vanaf 1995 belooft voor heel wat gemeenten de nodige problemen te zullen opleveren. Ook het opstellen van «de lijst» zal ongetwijfeld voor heel wat gemeentelijke en andere overheden moeizaam gebeuren.

⁸³ Verslag ARTS, *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 769/2, 34.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 18 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaten: mrs. Dassel en Simont

Arbeidsongeval – Burgerlijke aansprakelijkheid – Verzekeraar – Indeplaatsstelling – Regresvordering – Omvang – Schade – Vergoedende interest

De regresvordering van de gesubrogeerde arbeidsongevallenverzekeraar, die vergoedende interest vanaf een datum voorafgaande aan de gerechtelijke uitspraak omvat, mag het totaal van de schadeloosstelling die de getroffene voor dezelfde schade volgens het gemene recht had kunnen verkrijgen, vergoedende interest tot de datum van de uitspraak inbegrepen, niet overschrijden.

N.V. T. t/ N.V. R.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 juni 1992 op verwijzing gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Gelet op het arrest van het Hof van 9 mei 1989;

...

Overwegende dat, ingevolge de indeplaatsstelling bepaald bij artikel 47 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, de schuldvordering zelf van de getroffene of diens rechthebbenden tegen de voor het arbeidsongeval aansprakelijke uit hun vermogen naar dat van de verzekeraar overgaat tot beloop van de door de verzekeraar betaalde vergoedingen en van het kapitaal dat de door hem verschuldigde waarde van de jaarlijkse vergoeding of rente vertegenwoordigt;

Dat daaruit volgt, eensdeels, dat de genoemde schuldvordering in handen van de gesubrogeerde verzekeraar dezelfde aard heeft als in handen van de vergoede schuldeiser, anderdeels, dat zij aan de gesubrogeerde verzekeraar toevalt met alle bestanddelen en toebehoren die de vergoede schuldeiser kon doen gelden;

Dat in het onderhavige geval die schuldvordering uit een oneigenlijk misdrijf voortkomt en tot voorwerp heeft de algehele vergoeding van het nadeel dat aan de getroffene of diens rechthebbenden door een onrechtmatige daad is berekend; dat zij derhalve vergoedende interest kan opbrengen tot vergoeding van een bestanddeel van de door de genoemde daad veroorzaakte schade; dat de vergoedende interest op de wegens een aquiliaanse fout verschuldigde schadevergoeding verband houdt met de omvang van de schade en één geheel vormt met de vergoeding;

Overwegende dat, nu krachtens voormeld artikel 47 de indeplaatsstelling onder meer ontstaat door het vestigen van het rentekapitaal, het recht van de gesubrogeerde verzeke-

raar op vergoedende interest op dit kapitaal in voorkomend geval op het ogenblik van de indeplaatsstelling ingaat;

Overwegende dat de regresvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar evenwel het bedrag van de schadeloosstelling dat de getroffene voor dezelfde schade volgens het gemene recht had kunnen verkrijgen niet mag overschrijden;

Overwegende dat, hoewel de vergoedende interest op de door de gesubrogeerde wetsverzekeraar uitbetaalde bedragen en het gevestigde kapitaal op het ogenblik van de betaling of vestiging begint te lopen en de vergoedende interest op de naar het gemene recht berekende schadevergoeding in beginsel loopt vanaf het ogenblik dat de schade zich voordoet en derhalve niet toegekend kan worden voor toekomstige schade, in beide gevallen de vergoedende interest de schadeloosstelling van dezelfde lichamelijke schade van de getroffene betreft;

Dat daaruit volgt dat, wanneer de regresvordering van de wetsverzekeraar vergoedende interest vanaf een datum voorafgaand aan de uitspraak omvat, deze het totaal van de schadeloosstelling dat de getroffene voor dezelfde schade volgens het gemene recht had kunnen verkrijgen, vergoedende interest tot de datum van de uitspraak inbegrepen, niet mag overschrijden;

Overwegende dat de appelrechters door te dezen vergoedende interest toe te kennen op de aan verweerster toegekende bedragen, zonder te onderzoeken of alzo op de datum van de uitspraak de schadeloosstelling van de getroffene naar gemeen recht, vergoedende interest inbegrepen, niet overschreden werd, de artikelen 46 en 47 van de Arbeidsongevallenwet schenden en hun beslissing niet naar recht verantwoorden;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 APRIL 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Verbist en Delahaye

Erfrecht – Nalatenschap – Onroerend goed – Onverdeeld aandeel – Overdracht – Naasting – Vereisten

Een erfgenaam die zijn onverdeeld aandeel in het enige onroerend goed van een nalatenschap – die daarnaast nog roerende goederen en een passief bevat – verkoopt aan een niet-erfgeachtigde, draagt zijn recht op het geheel van de nalatenschap niet over, maar slechts zijn eigendomsrecht in dat onroerend goed en kan niet uit de nalatenschap worden geweerd.

H. t/ H. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 december 1991 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van artikel 841 van het Burgerlijk Wetboek,

...

Overwegende dat, volgens artikel 841 van het Burgerlijk Wetboek, ieder die, ook al is hij bloedverwant van de overledene, niet zijn erfgerechtigde is, en aan wie een medeërfgenaam zijn recht op de nalatenschap heeft overgedragen, uit de verdeling kan worden geweerd, hetzij door alle medeërfgenaamen, hetzij door een enkele, mits de prijs van de overdracht hem wordt terugbetaald;

Overwegende dat, wanneer een medeërfgenaam zijn onverdeeld aandeel in het enige onroerend goed van de nalatenschap overdraagt, de andere medeërfgenaamen of één van hen de verkrijger van het onverdeeld aandeel slechts uit de verdeling kunnen weren wanneer die medeërfgenaam niet alleen zijn onverdeeld aandeel in het onroerend goed maar ook zijn recht op de nalatenschap heeft overgedragen;

Overwegende dat de appelrechters vaststellen: 1. dat eiseres en de verweerster sub 1 na het overlijden van hun vader onverdeelde medeëigenaars geworden zijn van het enige onroerende goed afhangende van diens nalatenschap; 2. dat naast het onroerende goed ook «nog liggende gelden, te ontvangen pensioengelden en klederen, linnen en juwelen in het actief van de nalatenschap aanwezig zijn en een passief»; 3. dat de verweerster sub 1 haar «onverdeelde helft» in het enige onroerende goed van de nalatenschap heeft verkocht aan de verweerders sub 2; 4. dat de verweerders sub 2 door die overdracht niet betrokken zijn noch kunnen worden betrokken bij de vereffening en verdeling van de nalatenschap;

Dat de appelrechters, door op grond hiervan te oordelen dat de verweerster sub 1 niet haar recht op het geheel van de nalatenschap of een deel ervan heeft overgedragen maar enkel haar eigendomsrecht in dat onroerend goed, hun beslissing naar recht verantwoorden;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 5 MEI 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Velu, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en Simont

Overheidsopdrachten – Algemene aannemingsvoorwaarden – Toepasselijkheid op de aannemer

Geen enkele wettelijke bepaling stelt de toepassing van de algemene aannemingsvoorwaarden van overheidsopdrachten (te dezen vastgelegd in het M.B. van 10 augustus 1977) op de wederpartij van de publiekrechtelijke persoon afhankelijk van het vereiste dat hij die voorwaarden heeft aangenomen en dat in de akte tot vaststelling van het akkoord tussen de partijen naar die algemene aannemingsvoorwaarden verwezen wordt. Die voorwaarden zijn in de regel toepasselijk op de publiekrechtelijke persoon en zijn wederpartij wegens het enkele feit dat over een bij de wet van 14 juli 1976 geregelde opdracht een overeenkomst gesloten is.

Stad Charleroi t/ C. en G.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 maart 1993 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

...

Overwegende dat artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten bepaalt dat die opdrachten in naam van de Staat en van elk ander publiekrechtelijk persoon, worden gegund na mededinging en op een forfaitaire grondslag, volgens de wijzen bepaald in deze wet, waarbij de inrichting van deze onderscheiden procedures voor het gunnen van de opdrachten bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit wordt vastgesteld;

Overwegende dat volgens artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, de voorwaarden betreffende de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten nader worden bepaald door inzonderheid de algemene aannemingsvoorwaarden, vastgelegd bij besluit van de Eerste Minister; dat artikel 3 preciseert dat de algemene aannemingsvoorwaarden de algemene contractuele bepalingen bevatten van de opdrachten en dat zij toepasselijk zijn op alle opdrachten met een geraamd bedrag hoger dan 400.000 frank; dat het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten vaststelt;

Overwegende dat geen enkele wettelijke bepaling de toepassing van die algemene aannemingsvoorwaarden op de medecontractant van de publiekrechtelijke persoon afhankelijk stelt van de voorwaarde dat hij die voorwaarden heeft aangenomen en dat in de akte tot vaststelling van het akkoord tussen de partijen naar die algemene aannemingsvoorwaarden wordt verwezen; dat de algemene aannemingsvoorwaarden in de regel toepasselijk zijn op de publiekrechtelijke persoon en zijn medecontractant alleen wegens het feit dat over een bij de wet van 14 juli 1976 geregelde opdracht een overeenkomst is gesloten;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het litigieuze contract een opdracht uitmaakt die, ingevolge artikel 50 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, onder toepassing van dit besluit valt;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat die laatstgenoemde bepalingen «niet ambtshalve van toepassing zijn in de contracten van overheidsopdrachten, dat zij voor de medecontractant van de overheid alleen dwingend zijn als hij ze uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft aanvaard, en dat de opdrachtgever, bij gebreke van verwijzing in het 'instrumentum' dat de rechten en verplichtingen van de partijen in de opdracht vastlegt, de bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden, en inzonderheid het vervalbeding uit artikel 18 van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977, niet kan aanvoeren»;

Dat het arrest, nu het op grond van die overwegingen verklaart dat artikel 18, § 2, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 te dezen niet toepasselijk is, zijn beslissing niet naar recht verantwoorde;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 11 MEI 1994

Voorzitter: de h. Ghislain

Raadsheer-rapporteur: de h. Simonet

Openbaar ministerie: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Thiry en Bosseler

Hof van Assisen – Vragen – 1. Betwistingen – 2. Art. 6 EVRM

1. *Buiten de gevallen bepaald in de artt. 339 Sv. en 10 Wet Bescherming Maatschappij, beslist de voorzitter van het hof van assisen en, in geval van betwisting, het hof zelf op onaantastbare wijze welke vragen uit de debatten volgen, op voorwaarde dat aan de jury geen andere feiten worden onderworpen dan die waarvoor de verwijzing is gelast.*

2. *Uit het enkele feit dat het hof van assisen geweigerd heeft de vragen te stellen in de door de verdediging gewilde bewoordingen kan geen schending van art. 6 E.V.R.M. of van het recht van verdediging worden afgeleid.*

L. t/ B.

Gelet op het op tussengeschild gewezen arrest en gelet op de bestreden veroordelende arresten, op 24 en 25 februari 1994 gewezen door het Hof van Assisen van de provincie Luxemburg;

I. In zoverre de voorzieningen gericht zijn tegen het op tussengeschild gewezen arrest van 24 februari 1994 en het op 25 februari 1994 gewezen veroordelend arrest:

...

Over het eerste middel:

Overwegende dat eiser niet preciseert in welk opzicht het vroegere artikel 9 van de Grondwet en de artikelen 2 en 415 van het strafwetboek geschonden zijn;

Dat, in zoverre, het middel niet ontvankelijk is;

Overwegende voor het overige dat, buiten de gevallen bepaald in de artikelen 339 van het Wetboek van Strafvordering en 10 van de Wet Bescherming Maatschappij, de voorzitter van het hof van assisen en, in geval van betwisting, het hof zelf op onaantastbare wijze beslist welke vragen uit de debatten volgen, op voorwaarde dat aan de jury geen andere feiten worden onderworpen dan die waarvoor de verwijzing is gelast;

Overwegende dat uit het enkele feit dat het hof van assisen geweigerd heeft de vragen te stellen in de door de verdediging gewilde bewoordingen geen schending van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en geen schending van het recht van verdediging kunnen worden afgeleid;

Dat, wat dat betreft, het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT – Vragen aan de jury

1. Het behoort tot de taak van de voorzitter van het hof van assisen de vragen te stellen aan de jury: het is een recht en tevens een verplichting. Deze opdracht heeft niets te maken met zijn discretionaire macht, maar volgt van rechtswege

uit de artikelen 336 en 338 van het Wetboek van Strafvordering (Cass.fr., 1 oktober 1813, *Bull.crim.*, nr. 213; Cass. fr., 30 maart 1815, *Bull.crim.*, nr. 21; C. Delpech, *La procédure et le droit criminel en cour d'assises*, p. 139).

De voorzitter hoeft niet het advies in te winnen van het openbaar ministerie of zijn bijzitters te raadplegen alvorens de vragen te stellen: het is een eigenmachtige beslissing (Cass. fr., 8 december 1881, *Bull.crim.*, nr. 257; Cass.fr., 24 april 1896, *Bull.crim.*, nr. 143).

2. Natuurlijk mogen de partijen tijdens hun betoog suggesties doen in verband met de vragen, maar de voorzitter is niet verplicht erop in te gaan (R. Declercq, *De rechtspleging voor het hof van assisen*, 5e druk, p. 103).

Niet alleen de verdediging en het openbaar ministerie hebben recht van inspraak bij het stellen der vragen, maar ook de burgerlijke partij, de bijzitters en zelfs de gezworenen mogen zich in dit verband tot de voorzitter richten (Cass.fr., 19 juni 1829, *Bull.crim.*, nr. 356; Ch. Nouguié, *La cour d'assises*, IV, nr. 2784).

3. In geval van betwisting of als er dienaangaande is geconcludeerd, ligt de beslissing niet meer bij de voorzitter, maar bij het hof (Cass., 6 januari 1913, *Pas.*, 1913, I, 55; Cass., 22 januari 1962, *Pas.*, 1962, I, 595; Cass., 27 november 1979, *Pas.*, 1980, I, 391).

Mocht het hof zich beperken tot een verwijzing naar het recht van de voorzitter om de vragen te stellen, dan zou zulks aanleiding geven tot nietigheid (Cass.fr., 9 juli 1868, *D.P.*, 1869, 5, 105; Cass.fr., 27 februari 1885, *Bull.crim.*, nr. 68; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e ed., vol. 8, nr. 3722; C. Delpech, *o.c.*, p. 140).

4. De jury maakt zich schuldig aan machtsoverschrijding als ze zelf een vraag opstelt en beantwoordt (Cass.fr., 8 december 1881, *D.P.*, 1882, 1, 189). De beantwoording van een dergelijke vraag is doelloos en kan in geen geval als basis van een veroordeling worden aangevoerd.

Hetzelfde geldt voor het hof dat, buiten elke betwisting, het initiatief zou nemen om zelf een bijkomende vraag te stellen: zelfs als de partijen geen bezwaar hebben gemaakt, blijft dergelijk optreden van het hof onwettig (*anders*: S. Sasserath, *La Cour d'Assises*, nr. 1464).

5. Uiteraard moet het hof de regels van de tegenspraak naleven: de verdediging in haar middelen horen en het advies van het openbaar ministerie inwinnen alvorens een beslissing te nemen betreffende het aanvaarden of verwerpen van de vragen (Cass.fr., 8 februari 1850, *Bull.crim.*, nr. 47; Cass.fr., 8 december 1881, *Bull.crim.*, nr. 213; F. Hélie, *o.c.*, vol. 8, nr. 3722).

6. De beslissing van het hof moet gemotiveerd zijn (Cass. fr., 25 februari 1869, *D.P.*, 1869, 1, 436; F. Hélie, *o.c.*, vol. 8, nr. 3722; F. Chapar, *La Cour d'Assises*, 4e ed., p. 159), maar het is voldoende dat vermeld wordt dat de vraag voortspuit uit de debatten of, bij weigering, dat ze niet voortvloeit uit de debatten (Cass.fr., 29 juni 1854, *D.P.*, 1854, 5, 223; Cass. fr., 8 september 1881, *Bull.crim.*, nr. 213; Ch. Nouguié, *o.c.*, IV, nr. 2787).

7. De beslissing van de voorzitter of van het hof in verband met het stellen van vragen is onaantastbaar op voorwaarde dat aan de jury geen andere feiten worden onderworpen dan die welke vermeld staan in het arrest van verwijzing, op voorwaarde dat de vragen geen aanleiding tot dubbelzinnige antwoorden geven en ten slotte dat het hof zich niet beroept op rechtsbeginselen om een vraag te stellen of te weigeren

(Cass., fr., 29 december 1832, *Bull.crim.*, nr. 523; Cass.fr., 12 september 1835, *Bull.crim.*, nr. 357; R. Garraud, *Traité d'instruction criminelle*, IV, nr. 1361).

8. Mocht het hof weigeren een bijkomende vraag te stellen onder voorwendsel dat de kamer van inbeschuldigingstelling een bepaalde verzwarende omstandigheid had uitgesloten of geweigerd had een bepaald misdrijf subsidiair te aanvaarden, dan is deze weigering gegrond op een verkeerde interpretatie van de wet en bijgevolg niet met redenen omkleed (Cass., 26 december 1823, *J.P.*, XVIII, 289, *Bull. crim.*, nr. 263; F. Hélie, *o.c.*, vol. 8, nr. 3636; A. Morin, *Répertoire du droit criminel*, p. 604, nr. 16).

9. De voorzitter mag eigenmachtig een fout herstellen in de opstelling van de vragen (Cass.fr., 29 juli 1852, *Bull.crim.*, nr. 258). Als zou blijken dat een vergissing is geslopen in de formulering van de vragen, mag hij zelfs het beraad van de jury onderbreken ten einde de nodige verbeteringen aan te brengen (Cass.fr., 4 januari 1836, *Bull.crim.*, nr. 2; Cass.fr., 26 december 1856, *Bull.crim.*, nr. 406; F. Hélie, *o.c.*, vol. 8, nr. 3719; anders: R. Cubain, *Traité de la procédure devant les cours d'assises*, p. 386, nr. 609; R. Declercq, *o.c.*, p. 103).

In een dergelijk geval zullen de debatten op verzoek van de partijen worden heropend zodat ze de gelegenheid krijgen hun bezwaren dienaangaande naar voren te brengen (Cass.fr., 11 januari 1840, *Bull.crim.*, nr. 4; F. Hélie, *o.c.*, vol. 8, nr. 3719): de verbeteringen en wijzigingen van de vragen vergen steeds de tegenwoordigheid van de beschuldigde.

Onnodig te preciseren dat geen nieuwe vragen meer kunnen worden gesteld na het verdict (Cass.fr., 15 september 1831, *D.P.*, 1831, 1, 314).

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 MEI 1994

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Geinger en Van Ommeslaghe

Faillissement – Voorlopig beroepsverbod – Gezag van gewijsde – Vordering op grond van art. 63ter Vennootschap-penwet

De rechter bij wie op grond van art. 63ter Vennootschappenwet een vordering aanhangig is tegen een bestuurder van een failliete vennootschap, is niet noodzakelijk gebonden door het gezag van gewijsde van een vonnis waarbij aan die bestuurder een voorlopig verbod een beroep uit te oefenen opgelegd is.

Faillissement F. t/ P. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 februari 1993 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het eerste middel:

Wat de eerste twee onderdelen betreft:

Over de door de verweerders opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid: die onderdelen hebben geen belang:

Overwegende dat het middel het hof van beroep, waarbij een vordering aanhangig is die gegrond is op artikel 63ter van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, verwijt het gezag van gewijsde te hebben geschonden van de arresten van 16 februari 1982 van hetzelfde hof van beroep die, met toepassing van artikel 3bis, § 3, van het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934, aan de verweerders voorlopig het verbod hebben opgelegd bepaalde beroepen uit te oefenen;

Overwegende dat het bestreden arrest zegt: «dat het zinloos is, zonder enig onderzoek een strikte toepassing te willen maken van de motieven van de arresten, die zijn uitgesproken na een inquisitoire en, met betrekking tot de termijnen, snelle procedure zonder rekening te houden met het geheim gebleven strafonderzoek, welke procedure aldus op onvolledige en soms verkeerde of onjuiste gegevens is gegrond en die alleen een voorlopig verbod zonder werkelijke draagwijdte oplegt, ten aanzien van oude en geruïneerde mensen, op een vordering tot veroordeling tot betaling van een provisionele vergoeding ten belope van 300 miljoen, die geenszins voorlopig zou zijn; dat niet kan worden aangenomen dat een curator, die later 300 miljoen zou willen Vorderen om een passief aan te zuiveren, eerst langs een omweg een beslissing van voorlopig verbod uitlokt, waarvan de uitwerking zoals te dezen schier niet bestaande is, door aan de rechtbank eenzijdige nota's over te leggen, die gedeeltelijke en verkeerde gegevens bevatten inzonderheid van een geheim gebleven strafonderzoek, waarbij hij dan verder niet langer het bewijs hoeft te leveren van de aangevoerde kennelijk grove fouten die hebben bijgedragen tot de faillissementen waarvan het passief zou moeten worden aangezuiverd»;

Dat het bestreden arrest oordeelt «dat het strijdig zou zijn met de voorrang van het recht van de (verweerders) op een eerlijke behandeling van hun zaak, als vermeld in artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, als geen rekening kan worden gehouden met 'de gegevens uit het strafonderzoek, inzonderheid het deskundigenonderzoek, die tijdens de inquisitoire en snelle procedure van het opleggen van het verbod een beroep uit te oefenen, geheim zijn gebleven; dat aldus het sporadisch aanwenden van gedeeltelijke gegevens van het strafonderzoek in de loop van de procedure van verbod, vooraleer die aan de (verweerders) zijn meegedeeld, tot beoordelingsfouten moet leiden»;

Dat die in het middel niet bekritiseerde overwegingen de beslissing van het hof van beroep naar recht verantwoorden, waarbij een vordering op grond van artikel 63ter van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen aanhangig is, om afwijzend te beschikken op het middel afgeleid uit het gezag van gewijsde van de arresten van 16 februari 1982, die aan de verweerders een voorlopig verbod opleggen om een beroep uit te oefenen;

Dat die onderdelen, ook al waren zij gegrond, niet tot nietiging kunnen leiden;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid dient te worden aangenomen;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 26 JUNI 1992

Voorzitter: de h. Vandeplass

Raadsheren: de hh. Luyckx (rapporteur) en Michielsens

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaat: mr. De Wael

Weerspannigheid – Wapens – Bierglas

Weerspannigheid met de verzwarende omstandigheid dat hij voorzien was van een wapen, pleegt hij die aan een politieagent opzettelijk een slag toebringt en vervolgens met een glas gooit naar het hoofd van de verbalisant.

Een bierglas is een kneuzend voorwerp in de zin van art. 135 Sw. als de dader het ter hand heeft genomen om te verwonden of te slaan, zodat het dan ook als wapen moet worden bestempeld.

J.

Overwegende dat bij nieuw onderzoek voor het Hof de schuld van beklaagde aan de feiten omschreven in de telastleggingen A, zoals heromschreven, B, C zoals heromschreven en D bewezen is gebleven;

Overwegende immers dat uit het relaas van de verbalisanten, bevestigd door getuigen, blijkt dat beklaagde weigerde zijn foutief geparkeerde auto te verplaatsen en zijn identiteitskaart te vertonen;

dat uit het feitenrelaas eveneens blijkt dat beklaagde met zijn elleboog opzettelijk een slag toebracht in het gelaat van agent Jan C. en dat hij vervolgens met een glas gooide naar het hoofd van de verbalisanten;

dat een der aanwezige verbruikers beklaagde behulpzaam was door agent C. langs achter vast te grijpen en zijn armen te omstrengelen waarna deze ten val kwam; dat beklaagde hiervan gebruik maakte om de agent meerdere stampen toe te brengen;

Overwegende dat een bierglas een kneuzend voorwerp is in de betekenis hieraan gegeven door artikel 135 van het Strafwetboek en dat beklaagde dit voorwerp klaarblijkelijk ter hand heeft genomen om te verwonden of te slaan zodat het dan ook als een «wapen» bestempeld moet worden;

Overwegende dat verder blijkt dat beklaagde zich publiek tegenover de agenten C. en V. smalend en minachtend heeft uitgelaten over hun maandsalaris («Wat denkt gij wel met uw preeke van achtentwintigduizend frank»);

dat beklaagde de agenten alzo vernederde door dit in verband te brengen met hun functie; dat de verbalisanten zich door deze uitlatingen terecht gesmaad hebben gevoeld;

Overwegende dat de feiten omschreven in de telastlegging A, zoals heromschreven, en B uitgaan van één en hetzelfde misdadig opzet zodat zij met toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek met één straf betuigd moeten worden, namelijk de zwaarste;

...

NOOT – Weerspannigheid met wapens

1. Het begrip «wapen» komt in de bepalingen betreffende weerspannigheid herhaaldelijk voor. In drie gevallen houdt

het daarbij verband met een verzwarende omstandigheid. In artikel 271 Sw. wordt het onderscheid gemaakt tussen de eenvoudige weerspannigheid door een enkel persoon (tweede lid) en het geval waarin de weerspannige persoon «voorzien is van wapens» (eerste lid). Artikel 272, eerste lid, Sw., dat handelt over de weerspannigheid gepleegd door verscheidene personen ten gevolge van een voorafgaande afspraak, stelt onderscheiden straffen, alnaargelang de weerspannigen al dan niet «wapens dragen». Artikel 272, tweede lid, Sw., dat betrekking heeft op de weerspannigheid gepleegd door verscheidene personen doch niet ten gevolge van een voorafgaande afspraak, stelt een zwaardere straf voor de «gewapende» schuldigen.

2. Hoewel telkens verschillende uitdrukkingen worden gebruikt – namelijk «voorzien zijn van wapens», «wapens dragen» en «gewapend zijn» – hebben ze alle dezelfde betekenis (Rigaux, M. en Trousse, P.E., *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, 440; Grondel, P., «Rébellion», in *Les Nouvelles*, Droit pénal, III, nr. 5200; Hutsebaut, F., «Weerspannigheid, smaad en geweld tegen openbare gezagsdragers»; in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, 108, nr. 46). In deze drie gevallen – dus ook wanneer de weerspannigheid wordt gepleegd door verscheidene personen – betreft het een persoonlijke verzwarende omstandigheid, die slechts effect sorteert voor de gewapende persoon (Nypels, J.S.G., *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire du code pénal belge*, art. 272, nr. 2, en Nypels, J.S.G. en Servais, J., *Le Code pénal belge interprété*, art. 271-272, 207, nr. 6, en 208, nr. 7). Voor de niet-gewapende deelnemers vormt de straf die is bepaald voor het basismisdrijf, dus het uitgangspunt.

3. Wat is dan die gemeenschappelijke betekenis die aan het begrip «wapens» moet worden toegekend? Men aanvaardt in het algemeen dat het in de artikelen 271 en 272 Sw. gehanteerde begrip begrepen moet worden volgens de omschrijving die artikel 135 Sw. van het woord wapens geeft (Brussel, 6 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 10; Antwerpen, 6 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 69; Nypels, J.S.G., *Législation criminelle*, II, art. 271-272, 706, nr. 3; Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, 419, nr. 1, en art. 271-272, 206, nr. 2, en de unanieme recentere rechtsleer). Ook het Hof van Beroep te Antwerpen refereert in het geannoteerd arrest expliciet aan dit artikel.

4. Artikel 135 Sw. luidt als volgt: «Onder het woord wapens worden begrepen alle toestellen, werktuigen, gereedschappen of andere snijdende, stekende of kneuzende voorwerpen die men heeft ter hand genomen om te doden, te wonden of te slaan, zelfs indien men geen gebruik ervan maakt heeft.»

Deze begripsomschrijving is zeer ruim geformuleerd en stelt slechts twee essentiële voorwaarden – een objectieve en een subjectieve – opdat het voorwerp dat door de weerspannige ter hand is genomen, bestempeld kan worden als een wapen.

5. De objectieve voorwaarde houdt verband met de aard van het voorwerp. Alleen snijdende, stekende of kneuzende voorwerpen komen in aanmerking, wat bijvoorbeeld niet het geval is voor giftige, bedwelmende of bijtende vloeistoffen of gassen. Niets belet nochtans dat aan de adjectieven «snijdend, stekend of kneuzend» een ruime betekenis wordt gegeven, zodat bijvoorbeeld een zweep als een kneuzend voorwerp kan worden beschouwd (De Buck, D., *Wapens*, A.P.R.,

nr. 13). Voor het overige gelden ten aanzien van het voorwerp geen beperkingen.

6. In de eerste plaats gaat het uiteraard om de wapens in de eigenlijke zin, namelijk voorwerpen die door de mens specifiek zijn ontworpen om ermee te doden, te wonden of te slaan, zoals een jachtmes, een pistool, een geweer, een granaat, een gummiknuppel. Hoewel spuitbussen met traangas wapens in de eigenlijke zin zijn, vallen ze toch niet onder het begrip wapen van de artikelen 135, 271 en 272 Sw., omdat ze niet bestempeld kunnen worden als snijdend, stekend of kneuzend.

7. Daarnaast betreft het evenzeer gebruiksvoorwerpen die niet als wapen zijn vervaardigd maar die kunnen worden beschouwd als «snijdend» (een broodmes, een scheermes,...), «stekend» (een schaar, een schroevendraaier,...) of «kneuzend» (een steen, een zware stok,...).

Niettemin staande er sprake is van «wapens» in het meerzinnig, volstaat bovendien de aanwezigheid van één enkel wapen (Marchal, A. en Jaspar, J.P., *Droit criminel. Traité théorique. Les infractions du Code pénal*, II, artt. 269-274, nr. 1472).

8. De subjectieve voorwaarde houdt verband met de intentie van de dader; vereist is dat de weerspannige het voorwerp ter hand neemt om te doden, te wonden of te slaan (Corr. Leuven, 2 juni 1902, *Pas.*, 1902, III, 314). Wanneer het voorwerp door de weerspannige ter hand is genomen met een andere intentie, betreft het geen wapen in de zin van de artikelen 135, 271 en 272 Sw. (De Buck, D., *o.c.*, nr. 35). Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn met de betogener die een deksel van een vuilnisbak ter hand neemt met de uitsluitende intentie om eventuele slagen van de ordehandhavers af te weren. Bovendien impliceert dit dat de dader zelf naar redelijkheid kan geloven dat het voorwerp geschikt is om ermee te doden, te wonden of te slaan, wat bijvoorbeeld niet het geval is wanneer een weerspannige een speelgoedrevolver ter hand heeft genomen (voor een toepassing buiten de context van weerspannigheid: Corr. Tongeren, 4 december 1962, *Jur.Liège*, 1962-63, 156).

9. De bijzondere intentie is in alle gevallen noodzakelijk, zowel wanneer het gaat om wapens in de eigenlijke zin als om andere voorwerpen (Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, 421, nr. 2). Op het vlak van de bewijsvoering bestaat er tussen de wapens in de eigenlijke zin en de andere voorwerpen toch een belangrijk onderscheid, dat precies verband houdt met de intentie van de persoon die het voorwerp ter hand heeft genomen (zie o.m. Nypels, J.S.G., *Législation criminelle*, II, art. 135, 32, nr. 25, en Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, 420, nr. 2). Wanneer het voorwerp een wapen is in de eigenlijke betekenis van het woord, zal de dader vermoed worden gewapend te zijn, doch het staat hem vrij dit vermoeden te weerleggen door aan te tonen dat hij dit voorwerp niet ter hand heeft genomen om te doden, te wonden of te slaan. Is het voorwerp daarentegen geen wapen in de eigenlijke zin, dan zal het openbaar ministerie niet alleen moeten bewijzen dat het een snijdend, stekend of kneuzend voorwerp betreft, maar ook op positieve wijze moeten aantonen dat de dader dit voorwerp ter hand heeft genomen om te doden, te wonden of te slaan.

10. Maar ook de subjectieve voorwaarde laat ruimte voor een groot arsenaal potentiële wapens in de zin van de artikelen 135, 271 en 272 Sw. Determinerend voor de wettelijke kwalificatie als «wapen» is immers de naakte intentie van de dader op zich, ook wanneer die intentie uiteindelijk hele-

maal niet gerealiseerd wordt (Gilissen, J., Cassiers, P. en Debroux, F., in *Les Nouvelles*, Droit pénal, II, nr. 55). Het is immers zonder belang of het voorwerp daadwerkelijk werd gebruikt (zie de tekst van art. 135 Sw.; Corr. Leuven, 2 juni 1902, *Pas.*, 1902, III, 314; Corr. Tongeren, 4 december 1962, *Jur.Liège*, 1962-63, 156; Nypels, J.S.G., *Législation criminelle*, II, art. 135, 67, nr. 19). Indien de weerspannige het voorwerp wel effectief heeft gebruikt zal de bewijslevering betreffende de intentie voor de vervolgende partij uiteraard veel eenvoudiger zijn. Er is zelfs niet vereist dat de dader het voorwerp heeft vertoond (Nypels, J.S.G., *Législation criminelle*, II, artt. 271-272, 541, nr. 5, en Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, artt. 271-272, 207, nr. 6). Het is bovendien niet vereist dat de dader het voorwerp naar de plaats van de weerspannigheid heeft meegebracht, dan wel dat hij het ter plaatse heeft gevonden, zoals een toevallig aangetroffen steen of een afgerukte tak (zie o.m. Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, 420, nr. 2, en artt. 271-272, 206, nr. 2, en 208, nr. 6). De intentie veronderstelt dus geen voorbedacht (Nypels, J.S.G., *Législation criminelle*, II, art. 135, 40, nr. 13).

11. De vraag of een bepaald voorwerp een wapen uitmaakt in de zin van art. 135 Sw. – namelijk of aan de objectieve én de subjectieve voorwaarde is voldaan – is een feitenkwestie waarop een antwoord moet worden gezocht volgens de aard van het voorliggend misdrijf en de concrete omstandigheden waarin het voorwerp is aangewend (Brussel, 6 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 10; Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, 419, nr. 1; Hutsebaut, F., *l.c.*, 108, nr. 48).

12. Ingevolge de ruime definitie werden door de rechtpraak reeds als wapen in de zin van de artt. 271 en 272 beschouwd:

- een fles (Corr. Dinant, 20 december 1844, *B.J.*, 1845, 776);
- een wandelstok (Corr. Leuven, 2 juni 1902, *Pas.*, 1902, III, 314);
- een stok, wanneer hij gebruikt wordt om te slaan bij het verzet tegen de ordediensten, ook als hij in de zin van art. 2bis van de wet van 29 juli 1934 slechts zou kunnen worden beschouwd als een voorwerp dat gevaarlijk is voor de openbare veiligheid waarvan het bezit tijdens of ter gelegenheid van een betoging door dit artikel strafbaar wordt gesteld (Antwerpen, 6 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 69);
- een steen (Antwerpen, 6 juni 1975, aangehaald door Marchal, A. en Jaspar, J.P., *o.c.*, nr. 1473);
- een ijzeren voorwerp in V-vorm (Antwerpen, 6 juni 1975, aangehaald door Marchal, A. en Jaspar, J.P., *o.c.*, nr. 1473);
- een wagen, waarmee men een politieambtenaar dwingt opzij te springen (Luik, 12 januari 1950, *Pas.*, 1950, II, 66; Mil.Ger., 20 juni 1968, aangehaald in «Chronique annuelle de droit pénal militaire, 1968», *R.D.P.*, 1969-70, 507, nr. 21; Brussel, 25 maart 1971, aangehaald door Marchal, A. en Jaspar, J.P., *o.c.*, nr. 1473; Brussel, 6 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 10, en Corr. Aarlen, 18 oktober 1976, *Jur.Liège*, 1976-77, 195; zie ook Corr. Luik, 8 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 713).

13. Het geannoteerde arrest bevestigt eens te meer dat het begrip wapens in de artikelen 135, 271 en 272 Sw. ruim moet worden opgevat waar het vaststelt dat een bierglas een kneuzend voorwerp is in de betekenis daaraan gegeven door artikel 135 Sw. en dat dit bierglas, nu het door de beklaagde klaarblijkelijk ter hand werd genomen om te verwonden of te slaan, als een «wapen» bestempeld moet worden.

Op zich is deze stelling niet nieuw; reeds een eeuw geleden las men bij Nypels en Servais: «... un verre dont on se sera saisi pour frapper pourra, devra même être considéré comme arme en cas de rébellion» (Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, 419, nr. 1). Nypels had trouwens reeds in 1867 gesteld dat een glas, net als een fles of een bord, naar de omstandigheden, een kneuzend of snijdend voorwerp is dat kan dienen om te verwonden of om te slaan (Nypels, J.S.G., *o.c.*, art. 135, 321, nr. 2).

De vaststelling dat een bierglas een wapen vormt in de zin van artikel 135 Sw. is anno 1994 echter des te relevanter voor de praktijk; bij tussenkomsten in drankgelegenheden worden politieambtenaren immers geregeld geconfronteerd met weerspannige personen die met behulp van een glas, vaak het eerste voorwerp binnen hun handbereik, de wetsdienaren belagen. Een glas is trouwens niet alleen een kneuzend voorwerp, zoals in het geval dat berecht moest worden door het Hof te Antwerpen, maar ook – vooral nadat men het stukgeslagen heeft – een snijdend of stekend voorwerp. Vele organisatoren van «risico-activiteiten», zoals popconcerten, fuiven of voetbalwedstrijden, nemen overigens – vaak op verzoek van een lokale politiedienst – een radicaal «ontwapenende» maatregel en schenken nog alleen maar drank in plastieken bekertjes.

14. Marchal en Jaspar wijzen op het gevaar voor een te extensieve interpretatie van dit begrip en voor toepassingen die tegen het gezond verstand ingaan en die het begrip uithollen; zij vragen zich, bij het aanschouwen van de bestaande rechtspraak, af welk voorwerp dan nog van dien aard is dat het geen wapen kan worden (Marchal, A. en Jaspar, J.P., *o.c.*, nr. 1473).

15. De wetgever formuleerde dit begrip evenwel precies zo ruim teneinde geen enkel geval over het hoofd te zien; het komt de rechters toe de draagwijdte van dit begrip in te vullen, binnen de grenzen die door het gezond verstand worden aangegeven (Nypels, J.S.G. en Servais, J., *o.c.*, art. 135, nr. 1; Brussel, 6 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 10; Corr. Tongeren, 4 december 1962, *Jur.Liège*, 1962-63, 156; Corr. Aarlen, 18 oktober 1976, *Jur.Liège*, 1976-77, 195). De rechter zal onderzoeken of aan de hiervoor genoemde objectieve en subjectieve voorwaarde is voldaan. Op grond van dit onderzoek kwam het Hof te Antwerpen tot het terechte besluit dat een bierglas een wapen is. Een bierviltje daarentegen zou niet kunnen worden bestempeld als een wapen in de zin van de artikelen 135, 271 en 272 Sw. omdat het, naar redelijkheid, niet kan worden beschouwd als een snijdend, stekend of kneuzend voorwerp (objectieve voorwaarde niet voldaan) en omdat een weldenkend persoon het niet ter hand zou nemen om te doden, te wonden of te slaan (subjectieve voorwaarde niet voldaan). De weerspannige die een bierviltje naar het hoofd van een verbalisant werpt, zal dus niet onder de verzwarende omstandigheid vallen, maar hij kan zich door een dergelijk gebaar, bij wijze van meerdaadse samenloop, wel schuldig maken aan smaad.

16. Het cassatieberoep van de beklaagde, dat het procedurele aspect van de rekwalficatie betrof, werd verworpen door Cass., 8 februari 1994.

Dirk Dewandeleer
Assistent Strafrecht K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 14 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Van Orshoven

Raadsheren: de h. Schöller en Vanderwegen

Openbaar ministerie: de h. Deryncke

Advocaten: mrs. Vanden Boer en Dewil

Burgerlijke stand – Akte van overlijden – Vermisten – Gerechtelijk verklaring van overlijden

Wanneer moet worden aangenomen ten genoegen van recht dat het overlijden van een verdwenen persoon zeker is ondanks het feit dat dit overlijden niet materieel is vastgesteld, kan dit overlijden gerechtelijk vastgesteld worden. Het vonnis vervangt de akte van overlijden en het dispositief ervan wordt overgeschreven in de registers van de akten van overlijden van de burgerlijke stand.

De R. e.a. t/ V. e.a.

Gehoord het Openbaar Ministerie in het advies dat hij ter zitting van 26 mei 1993 mondeling heeft gegeven;

Gezien het tussenarrest van 2 maart 1993 waarbij de heropening der debatten werd bevolen;

I. Over de gevoerde procedure

...

II. Over de ingestelde vordering

Overwegende dat wegens de omstandigheden waarin H.V. op 6 januari 1982 op zee is verdwenen, de naar hem uitgevoerde zoekacties, het feit dat sedertdien niets meer van hem werd vernomen terwijl hij voordien regelmatig contact had met zijn familieleden, aangenomen moet worden ten genoegen van recht dat het thans zeker is, ondanks het feit dat het overlijden van deze persoon niet materieel werd vastgesteld, dat hij overleden is zoals hierna in het beschikkend gedeelte wordt omschreven;

Om die redenen,

Het Hof,

Rechtdoende op tegenspraak;

...

op het gedeeltelijk eensluidend advies van het openbaar ministerie; Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond als volgt:

Doet het vonnis a quo teniet en opnieuw beslissende:

Zegt voor recht:

– dat V. (...) varende aan boord van het Belgisch schip m/s «Dart Continental» overleden is op 6 januari 1982 door verdrinken in zee ter hoogte van Bishops Rock aan de Scilly eilanden voor de Zuid-West Engelse kusten gelegen;

– dat het uitgesproken vonnis de akte van overlijden vervangt;

...

NOOT – Enkele opmerkingen over afwezigen en vermisten en over de gerechtelijke verklaring van overlijden

1. Het feitelijk verdwijnen van een persoon brengt een rechtsstelsel dat op alle gebieden rechtszekerheid nastreeft, in grote moeilijkheden.

Bovenstaande beslissing van het Hof van Beroep te Brussel en hierna die van de Rechtbank te Tongeren (zie infra p. 647 e.v.) zijn treffende illustraties van deze problematiek. Beide betreffen verdwijningen op zee waardoor het overlijden door verdrinking meer dan waarschijnlijk was geworden. Enkele jaren na de verdwijning, vermoedelijk om de vereffening-verdeling van de nalatenschap mogelijk te maken, wordt aan de rechter gevraagd om het ontbreken van de overlijdensakte te verhelpen door zelf het overlijden vast te stellen en door zijn beslissing in de registers van de burgerlijke stand te laten overschrijven. De vordering wordt in beide zaken gegrond verklaard gelet op het bewijsmateriaal m.b.t. de omstandigheden van de verdwijning. Het overlijden van de vermiste personen wordt aldus vastgesteld, wat aanleiding geeft tot een overeenkomstige aanpassing van het register van de akten van overlijden.

Hieronder volgen enkele bedenkingen i.v.m. de juridische regeling van de vermissing door het huidige Belgische recht, en over de oplossing die de rechtspraak eraan geeft terwijl er geen sluitende wettelijke regeling is. Een met de vermissing verwante situatie, de afwezigheid, wordt kort besproken vooraleer een recent wetsvoorstel wordt behandeld, dat, in navolging van de Franse wetgever, een zekere eenvormigheid tussen beide begrippen afwezige en vermiste nastreeft.

2. Uit artikel 77 van het Burgerlijk Wetboek leidt de rechtsleer af dat elk overlijden aangegeven moet worden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, die zich persoonlijk van dit feit dient te vergewissen (Baeteman, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1992, nr. 365, p. 216; De Page/Masson, *Traité élémentaire de droit civil*, I, *Les personnes*, 4e druk, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 324, p. 315; Senaeve, *Compendium van het familierecht*, 2e druk, Leuven, Acco, 1991, II, nr. 164, p. 79). In de praktijk kan de persoonlijke vaststelling door de ambtenaar van de burgerlijke stand vervangen worden door de verklaring van twee getuigen (art. 78 B.W.) en het voorleggen van een medisch attest waaruit het overlijden blijkt (zie Raveschot, «De aangifte van overlijden en de behandelende geneesheer», *R.W.*, 1955-56, 575-579). De overlijdensakte wordt daarna dadelijk opgemaakt.

De aangifte moet binnen een korte termijn na het overlijden gebeuren (Gent, 6 januari 1898, *Pas.*, 1899, II, 135). Als de aangifte niet tijdig is gebeurd, kan geen akte van overlijden meer opgemaakt worden door de ambtenaar van de burgerlijke stand (Rb. Gent, 30 oktober 1907, *Belg.Jud.*, 1809, 1359; Rb. Brussel, 14 april 1920, *Belg.Jud.*, 1920, 468; De Page/Masson, *o.c.*, nr. 328, p. 317; Senaeve, *o.c.*, nr. 166, p. 80; U.C.L., Centre de droit de la famille, *Traité de l'état civil*, deel 1, Brussel, Larcier, 1978, nr. 950, p. 348; vgl. in Frankrijk: art. 87, eerste lid, C.civ.). Niet alleen de niet tijdige aangifte, die de vaststelling van het overlijden kan bemoeilijken, maar ook de volstreckte onmogelijkheid om het overlijden materieel vast te stellen, kan het opmaken van de overlijdensakte in de weg staan. In geval van vermissing bevindt men zich in deze laatste hypothese.

Volgens de klassieke definitie is de vermiste een persoon over wiens overlijden zekerheid bestaat, maar van wie het lijf niet is teruggevonden (Senaeve, *o.c.*, nr. 169, p. 80). De weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand om een overlijdensakte op te maken, hetzij op grond van een niet tijdige aangifte, hetzij op grond van de onmogelijkheid van een materiële vaststelling, noopt de belanghebbenden tot het instellen van een gerechtelijke procedure. Er wordt immers aanvaard dat, wanneer voldoende zekerheid bestaat over het overlijden van een persoon, dat feit vastgesteld kan worden via de gerechtelijke procedure van verklaring van overlijden (zie hieronder, nr. 3). De burgerlijke rechtbank is daartoe bevoegd in het kader van de procedure van verbetering van de akten van de burgerlijke stand (artt. 1383-1385 Ger.W.; De Page/Masson, *o.c.*, nrs. 342 e.v., pp. 327 e.v.; Senaeve, *o.c.*, nr. 170, p. 80; U.C.L., Centre de droit de la famille, *o.c.*, nrs. 274-327, pp. 126-144).

Men hoede er zich echter voor de gerechtelijke verklaring van overlijden als een vordering tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand *sensu stricto* te beschouwen, zoals bijvoorbeeld de vordering tot verbetering van de naam, of de vordering tot aanpassing van de overlijdensakte van een onbekende persoon waarvan de identiteit later bekend wordt (Gent, 24 november 1894, *Pas.*, 1895, II, 101). In geval van vermissing bestaat er per definitie geen overlijdensakte, aangezien geen overlijden materieel vastgesteld kon worden. Het gaat derhalve veeleer om een vordering van staat die noodzakelijkerwijze een aanpassing van de registers van de burgerlijke stand vereist (vordering tot verbetering *sensu lato*; over het onderscheid: De Page/Masson, *o.c.*, nr. 343, pp. 328-329). Nadat het overlijden in rechte wordt vastgesteld, verandert de staat van de vermiste en moeten de registers van de burgerlijke stand bijgevolg in overeenstemming met die nieuwe staat worden gebracht. Het dispositief van het vonnis wordt overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand om als overlijdensakte te gelden (art. 781, lid 1, Ger.W.), en wordt op de kant van de geboorteakte vermeld (U.C.L., Centre de droit de la famille, *o.c.*, nr. 284, p. 131).

3. Bovenvermelde jurisprudentiële praktijk mist echter een wettelijke grondslag met algemene draagwijdte.

Alleen wanneer de vermissing in bijzondere omstandigheden plaatsvond, voorzien uitzonderingswetten en -besluiten in een dergelijke procedure (K.B. van 28 april 1884 betreffende de mijnen; wetten van 28 juni 1921 en 18 juli 1923 betreffende het overlijden van militairen tijdens de eerste W.O.; K.B. van 2 april 1935 betreffende ongevallen in ondergrondse steengroeven; wet van 27 juni 1937 betreffende het verdwijnen tijdens een luchtreis; Reg.B. van 14 februari 1946 en wet van 20 augustus 1948 betreffende het overlijden tijdens de tweede W.O.; wet van 30 juni 1953 houdende goedkeuring van het internationale verdrag van Lake Success (6 april 1950 – niet meer in werking; De Page/Masson, *o.c.*, nr. 330, p. 318, noot 2); zie tevens Marinower, «Over de wet van 20 augustus 1948 betreffende de gerechtelijke verklaring van overlijden», *R.W.*, 1949-50, (1046), 1041-1048; Renard, «Déclarations d'absence et de décès», *Rev.Int.Dr. Comp.*, 1950, bijz. nr. 31-41; Nisot, «La convention du 6 avril 1950 concernant la preuve du décès des personnes déportées au cours des années de guerre», *Rev.Int.Dr.Comp.*, 1950, 97-105).

Maar ook in alle gevallen waar een dergelijke grondslag ontbrak, hebben de rechtbanken niet gearzeld om een standpunt in te nemen bij gevallen van vermissing, en in rui-

me mate verklaringen van overlijden van vermiste personen uit te spreken (Rb. Antwerpen, 28 januari 1893, *J.T.*, 1893, 286; Rb. Gent, 30 oktober 1907, gecit.; Rb. Brussel, 14 april 1920, gecit.; Rb. Brussel, 19 december 1921, *Belg.Jud.*, 1928, 607; Rb. Antwerpen, 2 maart 1951, *J.T.*, 1951, 323, met noot; Rb. Luik, 27 juni 1985, *Rev.Not.B.*, 1986, 361, *Jur.Liège*, 1986, 112; Rb. Leuven, 11 juni 1990, *T.B.B.R.*, 1991, 279; afgewezen vordering: Rb. Antwerpen, 20 november 1958, *R.W.*, 1958-59, 960).

De rechtsleer keurt doorgaans deze jurisprudentiële gewoonte *praeter legem* goed (Baeteman, *o.c.*, nr. 91, p. 58; Bax, «Personen- en familierecht (1977-79)», *R.W.*, 1979-80, 1683; De Page/Masson, *o.c.*, nr. 330, p. 318, en nr. 365, p. 350; Kohl, *L'absence*, in *Répertoire Notarial*, deel I, boek 1, Brussel, Laricier, 1988, nr. 167, p. 100; Renard/Vieujean, «Examen de jurisprudence. Les personnes (1956-1960)», *R.C.J.B.*, 1961, nr. 9, pp. 472-473; vgl. Vandeplas, «Overlijdensakten van vermisten», *R.W.*, 1978-79, 1316-1318). De voornaamste reden voor die gunstige houding tegenover een dergelijke procedure, waarvan het voorwerp nochtans een belangrijke aan gelegenheid is, bestaat o.i. in de voorwaarden die eraan worden gesteld. De rechter moet immers zekerheid over het overlijden hebben en dat criterium remt lichtzinnige procedures af.

Fundamenteel is de vraag of er zekerheid over het overlijden van een vermiste persoon kan bestaan. Logischerwijze zou deze vraag ontkennend moeten worden beantwoord, althans in de relatief korte termijnen waarbinnen gerechtelijke vaststellingen van overlijden worden uitgesproken (vgl. De Page/Masson, *o.c.*, nr. 330, p. 318: «une certitude morale absolue»). O.i. moet in deze materie het begrip zekerheid met een zekere voorzichtigheid worden gehanteerd. Het bewijs van het overlijden zal eerder de vorm moeten aannemen van een feitelijk vermoeden afgeleid uit de omstandigheden waarin de vermissing plaatsvond (Veaux, «Absents et disparus», *D.*, 1947, Chr., 170, nr. 4). Bovenstaande beslissingen steunen terecht op de bijzondere omstandigheden van de vermissing en leiden er het overlijden uit af. De formulering van de Rechtbank te Tongeren lijkt ons meer terughoudend m.b.t. de zekerheid van het overlijden en verdient daarom de voorkeur ten opzichte van die van het Hof van Beroep te Brussel. Terwijl de rechtbank het bewijs van het overlijden voldoende acht gelet op de omstandigheden en het aangebrachte materiaal, kwalificeert het hof ongenueanceerd het overlijden als zeker (in die zin ook: Rb. Luik, 27 juni 1985, *Rev.Not.B.*, 1986, 361). Dat lijkt ons overbodig, gevaarlijk en ook moeilijk te verzoenen met de algemeen erkende mogelijkheid om het vonnis of arrest nietig te laten verklaren indien de vermiste terugkeert (zie Marinower, *o.c.*, 1046).

4. In tegenstelling tot de vermissing wordt de afwezigheid, een andere situatie van feitelijke verdwijning van een persoon, wettelijk uitvoerig geregeld.

Titel IV van boek I van het Burgerlijk Wetboek (artt. 114-142) dankt zijn volledigheid aan de bijzondere zorg van de wetgever van 1804 om een oplossing te vinden voor de massale verdwijningen van soldaten n.a.v. de Napoleontische oorlogen. Anders dan bij de vermissing weet men niet zeker dat de persoon overleden is. Er kan evenmin met zekerheid worden gesteld dat hij nog leeft, aangezien de persoon «opgehouden heeft te verschijnen daar waar hij zijn woonplaats of zijn verblijfplaats heeft» (art. 115 B.W.). In dergelijke omstandigheden kan geen definitieve regeling worden getroffen

fen en mag de rechter zich in geen geval uitspreken over het overlijden.

De rechtsleer betreurt echter het verouderd karakter van die instelling en haar wettelijke regeling, waarop schaars een beroep wordt gedaan (Baeteman, *o.c.*, nr. 91, p. 57; De Page/Masson, *o.c.*, nr. 365, p. 350-351; voor een statistiek: Kohl, *o.c.*, nr. 2, p. 24), mede wegens het alternatief dat de gerechtelijke verklaring van overlijden biedt, wanneer de voorwaarden daartoe vervuld zijn. Het bestaan van talrijke juridische hulptechnieken waarop de notariële praktijk een beroep doet wanneer bijvoorbeeld afwezigen tot een nalatenschap worden geroepen, geeft blijk van het archaische karakter van de regeling. De instellingen van de voorlopige bewindvoerder (Demblon, «De la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un gérant judiciaire», *Rev.Not.B.*, 1983, 510), de zaakwaarneming (De Page/Masson, *o.c.*, nr. 367, p. 352) en de sterkmaking (Kohl, *o.c.*, nr. 5.3, p. 28) kunnen geblokkeerde situaties oplossen (meer daarover: De Vroe, «De afwezige erfgenaam in de notariële praktijk», *T.Not.*, 1984, 33). Zodoende ontsnapt men aan de toepassing van artikel 136 B.W., krachtens hetwelk het erfdeel van de afwezige persoon vervalt ofwel aan zijn medeërfgenamen, ofwel aan degenen die bij gebreke van hem de nalatenschap zouden hebben verkregen (meer daarover: Kohl, *o.c.*, nrs. 103-104, pp. 74-76).

Om binnen het bestek van deze noot te blijven, beperken wij ons tot enkele algemene bedenkingen over het huidige regime van de afwezigheid. Een eerste kenmerk is de lange duur van de vereffeningprocedure m.b.t. de goederen van de afwezige. De definitieve inbezittingstelling van de erfgenamen van de afwezige kan pas dertig jaar na de voorlopige inbezittingstelling of honderd jaar na de geboorte van de afwezige worden verkregen (art. 129 B.W.; Bergen, 7 februari 1991, *J.T.*, 1991, 681). Een tweede kenmerk is dat de nadruk al te veel op de mogelijke terugkeer van de afwezige gelegd wordt. Op die manier wordt een te uitgesproken voorkeur gegeven aan het vermoeden van leven. Hoogstens kan een vonnis van verklaring van afwezigheid worden uitgelokt, maar nooit spreekt de rechter zich uit over het overlijden (vgl. art. 16, § 1, *in fine* Pensioenwet Werknemers, krachtens hetwelk de verklaring van afwezigheid als bewijs van overlijden geldt en het recht op een overlevingspensioen opent; daarover: Gosseries, «La pension de survie des travailleurs salariés en cas d'absence du travailleur pensionné», noot onder Arbh. Luik, 21 mei 1990, *J.T.T.*, 1991, 232). Daarom zijn de (beperkte) juridische gevolgen van de afwezigheid in de mate van het mogelijke omkeerbaar. Maar de voornaamste kritiek die o.i. tegen de bestaande regeling van de afwezigheid kan worden uitgebracht, slaat op een begrip inherent aan de instelling, nl. de onzekerheid (cf. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Parijs, Defrénois, 1979, p. 158: «où sont-ils? sont-ils rois dans quelque île? nous ont-ils délaissés pour un bord plus fertile?»). Omdat zowel het leven als het overlijden van de afwezige onzeker zijn, komt men niet zelden tot patsituaties, zowel op het persoonsrechtelijk vlak als in vermogensrechtelijke aangelegenheden. Aldus kan de echtgenoot van de afwezige geen tweede huwelijk aangaan (art. 139 B.W.) en valt de voogdij niet open (arg. art. 390 B.W.). Het niet openvallen van de nalatenschap van de afwezige (arg. art. 130 B.W.) en ook de verplichte teruggave van de reeds verdeelde goederen bij zijn terugkeer (artt. 131-132 B.W.) kunnen ernstige bezwaren oproepen (voor een overzicht van de gevol-

gen van de dubbele onzekerheid: De Page/Masson, *o.c.*, nr. 369, p. 355-362).

5. Een recent wetsvoorstel beoogt de begrippen afwezige en vermiste in een zelfde wetgevend geheel te behandelen. Niet alleen verhelpt dat het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de praktijk van de gerechtelijke verklaring van overlijden, maar het biedt tevens een passend antwoord op de voornaamste bezwaren die tegen de regeling van de afwezigheid zijn gerezen (voorstel van wet betreffende de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden, ingediend door senator E. Cerexhe op 5 maart 1992, *Gedr.St., Senaat*, 1991-92, nr. 230/1).

Het voorstel slaat hoofdzakelijk op de hervorming van het afwezigheidsrecht, in navolging van de Franse hervorming door de wet van 28 december 1977 (naast de algemene handboeken, zie Bernard de Saint Afrique, *La réforme de l'absence*, Parijs, Defrénois, 1979; Teyssie, *L'absence*, Parijs, Litec, 1979; Breton, «L'absence selon la loi du 28 décembre 1977, variations sur le thème de l'incertitude», *D.*, 1978, chr., 241, Vivant, «Le régime juridique de la non présence», *R.T.D.C.*, 1982, 1 e.v.). Een uitvoerige bespreking van het voorstel gaat het bestek van deze noot te buiten (zie Leleu, Y. en Y.H., «Réflexions sur une proposition de loi relative à l'absence et à la déclaration judiciaire de décès», *Rev.Not.B.*, 1993, 486). Wij beperken ons hier tot een toelichting enerzijds van de wijze waarop het voorstel de verschillende periodes herschikt, en anderzijds van zijn principiële opvattingen over het bestaan dan wel het overlijden van de verdwenen persoon.

Enerzijds worden de termijnen in de regeling van de afwezigheid ingekort. Het onderscheid tussen voorlopige en definitieve inbezitstelling vervalt en wordt vervangen door twee periodes die beide krachtens een gerechtelijke beslissing ingaan. Een eerste vonnis voert een vermoeden van afwezigheid in «wanneer een persoon niet meer verschijnt in zijn woon- of verblijfplaats en men van hem geen tijding heeft ontvangen» (art. 112 voorstel). Tien jaar na dit vonnis, of twintig jaar na het verdwijnen van de afwezige, kan een vonnis van verklaring van afwezigheid worden uitgelokt (art. 118 voorstel). Ondertussen kunnen reeds nuttige maatregelen m.b.t. de goederen van de afwezige worden getroffen, waarvan de belangrijkste de aanstelling is van een voorlopig bewindvoerder, met ruime bevoegdheden, bij voorkeur aangewezen binnen de familiekring (art. 113 voorstel; zie Leleu, Y. en Y.H., *o.c.*, nrs. 12 e.v., pp. 490 e.v.).

Anderzijds spreekt het voorstel zich uitdrukkelijk uit over de kansen op de terugkeer van de afwezige. Overeenkomstig de Franse regeling geldt een vermoeden van leven gedurende de periode van vermoedelijke afwezigheid, en een vermoeden van overlijden gedurende de periode van verklaarde afwezigheid (Carbonnier heeft het over «une succession de deux quasi-certitudes antagonistes» (*o.c.*, p. 161); zie ook Bernard de Saint Afrique, *o.c.*, nr. 12, p. 27, en nr. 72, p. 84; Teyssie, *o.c.*, nr. 8, p. 7). Zolang de afwezigheid niet gerechtelijk is verklaard, maar slechts wordt vermoed, staan de belangen van de afwezige centraal. Daar zijn terugkeer waarschijnlijker is dan zijn overlijden (*vermoeden van leven*), worden de belangrijkste vermogensrechtelijke aangelegenheden via vertegenwoordigingstechnieken geregeld. Het vonnis van verklaring van afwezigheid, dat de tweede periode doet ingaan, brengt daarentegen dezelfde gevolgen als een overlijden met zich mee zonder evenwel dit feit als dusdanig

vast te stellen (art. 122 voorstel). Net als een vonnis van gerechtelijke verklaring van overlijden (zie boven) wordt het dispositief van het vonnis houdende verklaring van afwezigheid in de registers van de burgerlijke stand overgeschreven (art. 121 voorstel). Vanaf dat ogenblik zullen de belangen van de naastbestaanden van de afwezige voorgaan (*vermoeden van overlijden*). De goederen van de afwezige worden aan zijn erfgenamen toebedeeld (art. 124 voorstel), terwijl zijn huwelijk ontbonden wordt (art. 123 voorstel) en blijft, zelfs in geval van latere terugkeer van de afwezige (art. 127 voorstel). Het voorstel heeft evenwel nagelaten uitdrukkelijk te bepalen dat de vermoedelijke afwezige kan erven (vgl. art. 725, derde lid, Frans C.civ.: «Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article 112.»). Dit is nochtans de logische oplossing tijdens de eerste periode gelet op het vermoeden van leven. Uit artikel 116 van het voorstel krachtens hetwelk de vermoedelijke afwezige betrokken bij een verdeling of een erfenis vertegenwoordigd wordt door een voorlopig bewindvoerder, kan echter afgeleid worden dat de vermoedelijke afwezige de bestaansvoorwaarde om te erven vervult (art. 725 B.W.).

Het tweede deel van het voorstel slaat op de gerechtelijke verklaringen van overlijden en geeft er eindelijk een wettelijke grondslag aan. Zeer terecht maakt deze regeling deel uit van een algehele hervorming van de afwezigheid. Luidens het voorstel is een vermiste een afwezige ten aanzien van wie het vermoeden van overlijden zo sterk speelt dat het de rechter kan overtuigen zich in die richting uit te spreken. Krachtens artikel 129 van het voorstel kan het overlijden gerechtelijk worden vastgesteld wanneer «een persoon naar alle waarschijnlijkheid is overleden in omstandigheden die gevaar voor zijn leven inhielden, doch zijn lijk niet is gevonden» (vgl. art. 88 Franse C.civ.; zie artt. 130 e.v. voorstel; Leleu, Y. en Y.H., *o.c.*, nrs. 33 e.v., pp. 500 e.v.). Indien de vordering gegrond wordt geacht, wordt de beslissing overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand, omdat ze uitdrukkelijk met een overlijdensakte wordt gelijkgesteld (art. 136, eerste lid, voorstel).

6. Naast de wettelijke bekrachtiging van de jurisprudentiële praktijk van de gerechtelijke overlijdensverklaringen, stellen wij uit de zo net besproken regeling *de lege ferenda* een toenadering vast tussen beide instellingen afwezigheid en vermissing.

Er zou nog slechts een graadverschil tussen beide begrippen blijven bestaan. O.i. blijkt deze toenadering vooral uit het verlaten van het zekerheidscriterium. Terecht berust de hele regeling op de onzekerheid en de waarschijnlijkheid die per definitie elke verdwijning omringt. De Franse rechtsleer heeft lang gepleit voor het versoepelen van het onderscheid tussen afwezigen en vermisten. Vóór de hervorming van 1977 betreunde ze enerzijds dat de regeling inzake afwezigheid geen uitgesproken keuze voor het leven of voor de dood maakte, en wees ze er anderzijds op dat de voorwaarden voor de vermissing een te groot belang hechtten aan de zekerheid (Veaux, *o.c.*, pp. 170-172). De Franse wetgever heeft dat verholpen (art. 88 Franse C.civ.) en het besproken Belgische wetsvoorstel wil hieraan ook tegemoetkomen. Luidens het voorstel begeeft men zich naarmate het vermoeden van overlijden zwaarder begint te wegen ten opzichte van dat van leven, van de eerste naar de tweede periode van de afwezigheidsregeling, nl. de verklaring van afwezigheid (in Frankrijk: Cornu, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*,

4e druk, Parijs, Montchrestien, 1990, nr. 726, p. 246). Er is echter meer. Zodra het overlijden door het verloop van tijd naar alle waarschijnlijkheid een feit geworden is, verglijdt het begrip afwezige naar dat van vermiste, daar het vonnis van verklaring van afwezigheid dezelfde gevolgen heeft als een vonnis van gerechtelijke verklaring van overlijden (art. 122 voorstel; vgl. de Duitse regeling van de *Verschollenheit* en de *Todeserklärung*: Verschollenheitsgesetz van 15 januari 1951, § 2). Niets belet echter dat, wanneer men van meet af aan te maken heeft met een verdwijning die een overlijden sterk laat vermoeden, een gerechtelijke verklaring van overlijden onmiddellijk verkregen kan worden, zonder dat de verdwenen persoon eerst vermoedelijk afwezig moet worden verklaard (art. 129 voorstel).

7. Zekerheid bereikt men nooit in deze materie. Het wetsvoorstel vertaalt o.i. deze evidentie met grote interne coherentie. Naarmate de waarschijnlijkheid van het overlijden groter wordt, krijgen de juridische gevolgen van de feitelijke verdwijning van een persoon een meer onomkeerbaar karakter. Logischerwijze kan dat echter niet leiden tot definitieve toestanden. Zeer terecht bepaalt het voorstel dat de gerechtelijke beslissing over het overlijden vernietigd kan worden indien de verdwenen persoon terugkeert (art. 138 voorstel; vgl. art. 92 Franse C.civ.).

Yves-Henri Leleu

Aspirant N.F.W.O. (K.U.Leuven)

Instituut voor Familiaal Vermogensrecht

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER – 3 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. Thybergin en De Cooman

Advocaten: mrs. De Wolf, Van Coillie en Rasschaert

Architect – Conceptie van bouwwerk – Controle op stevigheid en aangepaste fundering – Funderingswijze en stabiliteitsstudie overlaten aan een ingenieur, aan te stellen door de aannemer.

Een architect heeft als wezenlijke taak erop toe te zien dat het door hem geconcepieerde bouwwerk voldoende stevig is en op een aan de ondergrond aangepaste wijze wordt gefundeerd.

In dit onderdeel van de conceptie van het bouwwerk kan hij zich, als de bodemgesteldheid bijzondere problemen stelt, laten bijstaan door een of meer specialisten, maar het is onaanvaardbaar dat hij de opdrachtgever een bouwdoossier ter hand stelt, waarin de plannen en een beschrijvende meetstaat vervat zijn, en daarbij een louter voorbehoud formuleert voor de funderingswijze en de stabiliteitsstudie overlaat aan een ingenieur, aan te stellen door de aannemer.

N.V. C. t/ B.V.B.A. Van M. en V.

1. Eind augustus 1988 sluit eerste geïntimeerde – verder te noemen de aannemer – met de rechtsvoorganger van appellante – verder te noemen de opdrachtgever – een aannemingsovereenkomst met betrekking tot een winkelpand met garages en appartementen te O. «volgens prijsofferte van 30

juli aan de hand van vaste eenheidsprijzen te verrekenen met de uitgevoerde hoeveelheden. Huidige raming: 4.450.000 fr. ex BTW. *Geen rekening werd genomen met funderingsstelsels nog te bepalen* door architect en de heer C., leidend ingenieur» (gecursiveerd door het Hof).

In afwachting van de resultaten van de stabiliteitsstudie, op te maken door ir. C., begint de aannemer met de afbraak, zet zij het werk op «pas», begint zij sleuven te trekken.

Ir. C. bezorgt de betrokken partijen de resultaten van zijn stabiliteitsstudie, waarop de aannemer, op 28 september 1988, de opdrachtgever een aanvullende prijsofferte stuurt, die deze laatste, die daartoe steunt op een nieuwe en volledige prijsofferte van een andere aannemer, als veel te duur verwierpt.

Er ontspint zich eerst tussen partijen en, vrij kort nadien, tussen de opdrachtgever en de raadsman van de aannemer, een uitvoerige briefwisseling waarin eerstgenoemde aandringt op een gevoelige prijsvermindering en laatstgenoemde op de uitvoering van het werk op basis van enerzijds de overeenkomst van eind augustus en de aanvullende prijsofferte.

Wanneer de aannemer voorstelt dat een ander aannemer de fundering zou uitvoeren en zij dan het overeengekomen werk zou uitvoeren, botst zij op een weigering van de opdrachtgever, die haar weigering motiveert met het genuanceerde advies van haar architect en het formeel negatief advies van ir. C., ontwerper van de funderingen.

Op 14 december 1988 betaalt de opdrachtgever de aannemer voor haar prestaties en tussenkomsten een bedrag van 65.000 fr. en protesteert op 18 januari 1989 de factuur van de aannemer van 31 december, waarin hetzelfde werk wordt verrekend voor een bedrag van 172.440 fr.

2. Bij dagvaardingsexploot betekend op 2 februari 1989 vordert de aannemer van de opdrachtgever een provisionele schadevergoeding van 1.200.000 fr. en, subsidiair, de aanstelling van een deskundige die de rechtbank van advies zou moeten dienen nopens de mogelijkheid de funderings- van de andere bouwwerken te splitsen; de waarde van alle door haar geleverde prestaties; de door haar geleden schade.

Reeds op 14 maart 1989 laat de opdrachtgever, die het bestaan van en de geldigheid van de aannemingsovereenkomst wegens dwaling betwist, overgaan tot dagvaarding van de architect tot tussenkomst en vrijwaring.

In een vonnis van 5 september 1989, waartegen geen hoger beroep werd ingesteld, oordeelt de eerste rechter dat er wel degelijk een aannemingsovereenkomst werd gesloten en alvorens te oordelen over de geldigheid van deze overeenkomst stelt hij ir. L. aan als deskundige met als opdracht o.m.: (...)

In een uitvoerig gemotiveerd verslag, dat hij ter griffie neerlegt op 17 december 1991, komt de deskundige tot het besluit dat:

- de architect de opdrachtgever een deels verkeerd geconcepieerd bouwdoossier heeft ter hand gesteld waardoor deze laatste, handelend op eigen houtje, voorbarig een aannemingsovereenkomst kon sluiten;

- de aannemer voor 151.840 fr. werken heeft uitgevoerd;
- de winstderving op de totaliteit 1.158.789 fr. bedraagt.

De eerste rechter, uitdrukkelijk verwijzend naar de besluiten van de deskundige, stelt in zijn bestreden vonnis van 8 september 1992 dat er tussen de opdrachtgever en de aannemer een rechtsgeldige overeenkomst bestond waaraan de

opdrachtgever op een onrechtmatige wijze een einde heeft gemaakt, reden waarom hij deze laatste veroordeelt tot betaling van een schadevergoeding van 825.000 fr. met de gerechtelijke rente en alle gerechtskosten.

Omdat de opdrachtgever zowel in alle onderhandelingen met de aannemer als bij het sluiten van de litigieuze overeenkomst eigenmachtig is opgetreden, wordt haar vordering tot vrijwaring tegen de architect afgewezen als ongegrond.

3. Zoals voor de eerste rechter blijft appellante stellen dat de aannemingsovereenkomst nietig is wegens dwaling.

Het Hof is van oordeel dat van enige verschoonbare dwaling van de opdrachtgever uiteraard geen sprake kan zijn aangezien, voor zover er van enige dwaling sprake zou kunnen zijn, deze uiteindelijk in hooforde aan haar eigen voortvarendheid te wijten is.

Zij is het immers die, zonder daarbij in de minste mate een beroep te doen op haar architect, wiens wezenlijke taak het nochtans is alle prijsoffertes na te zien, op een bijzonder voorbarige wijze want aan de hand van een onvolledig bouw-dossier, een aannemingsovereenkomst sluit op een ogenblik dat zij niet eens weet welk funderingsstelsel het nieuw op te richten gebouw zal dragen.

4. De aannemer kan te dezen, in de omstandigheden eigen aan deze zaak, niet verweten worden dat de beëindiging van de aannemingsovereenkomst aan haar te wijten zou zijn.

Zij heeft in de overeenkomst immers de opdrachtgever op duidelijke en expliciete wijze gewezen op het feit dat haar eindprijs geen rekening hield met de uiteindelijke kostprijs van de funderingen, waarvan de wijze van uitvoering nog moest worden bepaald, en uit het deskundigenverslag blijkt dat zij bij haar aanvullende prijsofferte geen misbruik heeft gemaakt van de monopoliepositie waarin zij zich met de medewerking en het akkoord van de opdrachtgever had weten te manoeuvreren.

Dat zij de oorspronkelijk overeengekomen werken zelfs niet mocht uitvoeren is haar uiteindelijk evenmin toe te schrijven, maar is de beslissing van de opdrachtgever.

4. De opdrachtgever kan, aldus artikel 1794 B.W., de aanneming tegen vaste prijs door zijn enkele wil verbreken, ook al is het werk reeds begonnen, mits hij de aannemer schade-loos stelt voor al zijn uitgaven, al zijn arbeid, en alles wat hij bij die aanneming had kunnen winnen.

Aannemer en opdrachtgever hebben tot op heden steeds geconcludeerd alsof de andere partij te dezen een contractuele fout had begaan en het hoort deze partijen, met het oog op de respectieve rechten van verdediging, de gelegenheid te bieden nader te concluderen omtrent de mogelijke toepassing van deze van voornoemd wetsartikel.

5. Rijst de vraag naar de aansprakelijkheid van de architect jegens wie de opdrachtgever vrijwaring vordert.

Het hoeft weinig betoog, zoals trouwens blijkt uit het deskundigenverslag, dat de architect zijn cliënte een weinig betrouwbaar bouw-dossier ter beschikking heeft gesteld en haar evenmin op een behoorlijke manier heeft voorgelicht.

De architect heeft als wezenlijke taak erop toe te zien dat het door hem geconcepieerde bouwwerk voldoende stevig is, op een aan de ondergrond aangepaste wijze wordt gefundeerd.

In dit onderdeel van de conceptie kan hij zich, ingeval de bodemgesteldheid bijzondere problemen stelt, laten bijstaan door een of meer specialisten, maar in geen geval kan hij dat onderdeel zoals te dezen overlaten aan derden, aan de

aannemer bv. en een door deze laatste aan te stellen ingenieur.

Zo is het onaanvaardbaar dat de architect de opdrachtgever een bouw-dossier, waarin plans en beschrijvende meetstaat, ter hand stelt waarbij louter voorbehoud wordt geformuleerd voor de funderingswijze en de stabiliteitsstudie wordt overgelaten aan een ingenieur, aan te stellen door de aannemer.

Zo is het eveneens onaanvaardbaar dat de architect de opdrachtgever niet duidelijk waarschuwt geen enkele aannemingsovereenkomst te onderschrijven waarvan hij vooraf, op zijn minst, de voorgestelde funderingswijze niet kan controleren, verre van er een aan te gaan waarin daarvan zelfs geen sprake is.

Niettegenstaande de architect in zijn taak t.o.v. de opdrachtgever duidelijk is tekortgeschoten, toch bestaat er geen oorzakelijk verband tussen de fout(en) van de architect en het springen van de contractuele relatie tussen de aannemer en de opdrachtgever.

Uit de overgelegde stukken blijkt immers dat de opdrachtgever, eenmaal in het bezit van het bouw-dossier, haar architect bij het tot stand komen, het sluiten van de overeenkomst en de daaropvolgende moeilijkheden volledig links heeft gelaten.

De opdrachtgever heeft hem enkel en alleen om advies gevraagd omtrent de mogelijkheid de werken te splitsen en met de deskundige stelt het Hof vast dat zijn desbetreffend advies, in tegenstelling met dat van ir. C. verantwoord was.

Nu de opdrachtgever, eenmaal in het bezit van haar bouw-dossier, uiteindelijk alles zelf beslist heeft en in moeilijkheden haar architect in zijn gepast advies niet eens gevolgd is, hetgeen het onderhavige geding vermeden zou hebben, dient zij zelf in te staan voor de nadelige gevolgen van haar eigengereid optreden.

HOF VAN BEROEP TE GENT

15e KAMER – 21 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Castermans

Openbaar ministerie: de h. Maes

Advocaten: mrs. De Poorter en Van Overloop

Jeugdbescherming – Bestuur over persoon en goederen van de kinderen – Hoger beroep – Termijn – Aanvang

Krachtens art. 58 van de wet van 8 april 1965 moet hoger beroep tegen de beslissingen van de jeugdrechtbank gewezen in zaken bepaald in titel II, hoofdstuk II, van de wet, ingesteld worden binnen een maand na de uitspraak. Noch de datum van betekening van het vonnis, noch die van de kennisgeving door de griffier zijn ter zake dienend.

Van O. t/ De R.

De appellant heeft, bij een op 7 januari 1994 ter griffie van dit Hof neergelegd verzoekschrift, hoger beroep ingesteld tegen het vonnis door de Jeugdrechtbank te Gent uitgesproken op 24 november 1993.

De partijen werden in hun middelen gehoord, o.m. betreffende het door het Hof ambtshalve ingeroepen middel van

niet-toelaatbaarheid van het hoger beroep wegens laattijdigheid.

De betwisting betreft het bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen Mieke en Leen Van O., geboren uit het door echtscheiding ontbonden huwelijk van partijen.

De bevoegdheid van de jeugdrechtbank om kennis te nemen van voormelde betwisting is vastgelegd bij artikel 16 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, tot wijziging van artikel 302 B.W. Dit artikel 16 komt voor in titel II, hoofdstuk II, van de wet.

Luidens de bepalingen van artikel 58 van de wet van 8 april 1965 moet het hoger beroep tegen de beslissingen van de jeugdrechtbank, gewezen in zaken bepaald in Titel II, hoofdstuk II van die wet, ingesteld worden binnen één maand na de uitspraak. Noch de datum van betekening van het vonnis, noch die van de kennisgeving door de griffier – waarnaar de geïntimeerde verwijst – zijn ter zake dienend.

Het hoger beroep werd in de onderhavige zaak méér dan één maand na de uitspraak van het bestreden vonnis ingesteld. Het is derhalve laattijdig en niet ontvankelijk.

De geïntimeerde heeft, bij op 25 januari 1994 ter griffie neergelegde conclusie, een tussenvordering gesteld die ertoe strekt een schadevergoeding te verkrijgen wegens tergend en roekeloos hoger beroep. Uit niets blijkt dat dit hoger beroep, ook al is het laattijdig, alleen werd ingesteld om een einduitspraak van de rechtbank te zien verdagen of dat door de appelland rechtsmisbruik werd gepleegd om een persoonlijke vete tegen zijn gewezen echtgenote uit te vechten. De tussenvordering is derhalve ongegrond.

De appelland dient wel veroordeeld te worden in de kosten van de aanleg in hoger beroep.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

3e KAMER – 23 OKTOBER 1992

Rechter: de h. Broeckx

Advocaten: mrs. Van Gestel en De Ridder loco Cooreman

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – 1. Overmacht – Windsnelheid van 122 km per uur – Erkenning als natuurramp – Aansprakelijkheidsbeoordeling – 2. Gebrekkige zaken – Afgebroken canadaboom – Bewijs van het gebrek

1. De erkenning van een hevige stormwind als natuurramp, met toepassing van de Natuurrampenwet van 12 juli 1976, sluit de toepassing van de artt. 1382-1386bis B.W. niet uit.

Stormen en hevige windvlagen kunnen slechts als vreemde oorzaak in aanmerking worden genomen als ze in onze streken uitzonderlijk en dus onvoorzienbaar zijn, wat niet het geval is met windsnelheden van ongeveer 122 km per uur.

2. Als een gezonde canadaboom, die deel uitmaakt van een rij volwassen canadabomen, door een storm gedeeltelijk afbreekt, terwijl alle andere canadabomen in de rij overeind zijn gebleven, moet worden aangenomen dat die boom een gebrek vertoonde in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W., daar het bewijs van het gebrek mag worden geleverd door aan te tonen dat alle andere oorzaken van de schade, met uitzondering van het gebrek van de zaak, uit te sluiten zijn.

B. t/ P.

Op 25 oktober 1990 omstreekt 16 uur 15 had aanlegger zijn taxivoertuig geparkeerd op het parkeerterrein van de bar E. te W. Ten gevolge van het afwaaien van een spil van een canadaboom, eigendom van verweerder, werd zijn voertuig beschadigd. De canadaboom in kwestie maakt deel uit van een rij volwassen bomen van dezelfde houtsoort, waarvan alle overige bomen onbeschadigd overeind bleven.

Aanlegger acht de eigenaar van de boom, verweerder, op grond van artikel 1384 B.W. aansprakelijk en vordert dat verweerder veroordeeld wordt tot betaling aan hem, als schadevergoeding, van de som van 179.966 frank, zijnde de kosten van expertise, herstellingskosten, stilligschade en herstelduur (...)

Verweerder betwist die vordering, zich beroepende op overmacht, omdat op die dag stormweder was ontstaan, waardoor zelfs een deel van het dak was afgevlogen. Hij stelt tevens dat hem geen enkel punt ten laste kan worden gelegd, aangezien de boom gezond was, niet is uitgewaaid, maar door de storm gedeeltelijk is afgebroken, te meer daar in de omgeving honderden woningen werden beschadigd en bomen werden uitgewaaid.

De rechtbank kan die stelling evenwel niet bijvallen.

Als eigenaar van de boom is verweerder aansprakelijk voor het afbreken van de spil van zijn canadaboom, dit in zijn hoedanigheid van bewaarder van zaken die hij onder zijn bewaring heeft.

Inderdaad woedde er een hevige wind over het hele land, die de overheid ertoe aanzette deze te erkennen als ramp.

Deze erkenning sluit, overeenkomstig de wet van 12 juli 1976 (art. 1 en art. 10, § 1, 5°) evenwel de toepassing van de artt. 1382 tot en met art. 1386bis B.W. niet uit, zoals aanlegger terecht opmerkt.

Wat de omgeving van W. betreft, werden er blijkens een attest van het K.M.I. windsnelheden gemeten van 34 m/sec, d.i. ongeveer 122 km/uur.

Algemeen wordt aangenomen dat windsnelheden van 150-155 km/uur als vreemde oorzaak kunnen worden aangenomen (cf. L. Cornelis, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982, p. 193).

De te W. gemeten maximum windsnelheid ligt beduidend onder die grens, terwijl storm en hevige windvlagen in onze regionen geen uitzonderlijk karakter vertonen en dus niet onvoorzienbaar zijn (cf. H. Vandenberge en M. Van Quickenborne, in «Overzicht van de rechtspraak», *T.P.R.*, 1987, 1359, met verwijzing naar rechtspraak).

Ook uit de vaststellingen der verbalisanten, opgenomen in het geseponeerde strafdossier, blijkt dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan indien de canadaboom niet door een gebrek was aangetast, («In de onmiddellijke omgeving hebben wij geen andere schade opgemerkt aan bomen die dergelijke schade veroorzaakt zouden kunnen hebben»), terwijl uit dezelfde vaststellingen blijkt dat de boom in kwestie deel uitmaakte van een rij volwassen canadabomen.

Van overmacht kan voor verweerder derhalve geen sprake zijn.

De vordering van aanlegger komt dan ook gegrond voor, te meer daar het bewijs van het gebrek van de zaak kan geschieden door aan te tonen dat alle andere oorzaken met uitzondering van het gebrek van de zaak, uit te sluiten zijn.

(Cass., 1 juli 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 957, en cf. Rb. Mechelen, 12 januari 1982, *R. W.*, 1983-84, 714, met noot), wat in casu is geschied.

NOOT – Zie betreffende punt 1 in dezelfde zin: Rb. Hasselt, 23 november 1990, *R. W.*, 1993-94, 440; Vred. Haacht, 12 december 1990, *R. W.*, 1993-94, 441.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TONGEREN

2e KAMER – 17 MAART 1993

Voorzitter: de h. Timmermans

Advocaat: mr. Jageneau

Burgerlijke stand – Akte van overlijden – Vermisten – Gerechtelijke verklaring van overlijden

Wanneer uit de omstandigheden waarin een persoon opgehouden heeft te verschijnen ten genoegen van recht bewezen is dat die persoon overleden is, past het dit overlijden gerechtelijk vast te stellen, het vonnis gelijk te stellen met een akte van overlijden, en het dispositief aldus te laten overschrijven in de registers van de burgerlijke stand.

P. e. a.

Gezien het voorafgaande verzoekschrift, neergelegd ter griffie dezer rechtbank op 31 augustus 1992, samen met de erbij gevoegde stukken, strekkende tot gerechtelijke vaststelling van overlijden van mevrouw V. sedert 30 juli 1988 spoorloos verdwenen toen ze met vakantie was te Oranjestad, Aruba, op de Nederlandse Antillen;

Gezien het tussenvonnis dezer rechtbank van 3 februari 1993, waarbij vertogers uitgenodigd werden een voor eensluidend afschrift van de geboorteakte van dame V. bij te brengen, en waarbij de zaak in afwachting naar de bijzondere rol der verzoekschriften verwezen werd;

Overwegende dat betreffende geboorteakte inmiddels is bijgebracht;

Overwegende dat uit de in het voorafgaand verzoekschrift vermelde elementen, ten genoegen van recht bewezen is dat de moeder van verzoekers overleden is door verdrinking zoals hierna vermeld;

Dat het past dit overlijden gerechtelijk vast te stellen;

Dat betreffend verzoek dan ook gegrond voorkomt;

...

NOOT – Zie elders in dit nummer het arrest van Hof Brussel, 14 september 1993, en de noot Yves-Henri Leleu, p. 640 e.v.

VREDEGERECHT TE OOSTENDE

1e KANTON – 23 NOVEMBER 1993

Rechter: mevr. Laleman

Advocaten: mrs. Seys loco Boedts en Dewulf

Vereniging – V.Z.W. – 1. Winstoogmerk – Handelsactiviteit – V.O.F. – Vennoten – Aansprakelijkheid – 2. Oprichtersaansprakelijkheid – Grondslag

1. De oprichters-leden van een V.Z.W. die met winstoogmerk op openlijke en duurzame wijze voor gemeenschappelijke rekening uitsluitend of in hoofdzaak een handelsactiviteit uitoefenen, worden beschouwd als vennoten van een onregelmatige vennootschap onder firma. Als zodanig zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap.

2. De oprichtersaansprakelijkheid in een V.Z.W. zonder activa wordt niet beheerst door art. 123, 7° Vennootschappenwet, maar door art. 1382 B.W.

N.V. P. t/ D. e. a.

Eiseres vraagt betaling van 49.782 fr. plus vergoedende interesten, gerechtelijke interesten en kosten. Dit bedrag is samengesteld als volgt:

- totaal facturen	30.223
- interesten tot 14 februari 1991	1.418
- schadevergoeding volgens factuurvoorwaarden	4.533
- gerechtskosten zoals begroot in het vonnis van de vrederechter van Poperinge	9.448
- expeditie vonnis vrederechter van Poperinge	120
- betekeningkosten vonnis vrederechter Poperinge	4.040

Verweerders zijn de medeoprichters en leden van de V.Z.W. E. Deze V.Z.W. liet advertenties plaatsen in Echo te Oostende. De facturen bleven onbetaald.

De vrederechter over het kanton Poperinge veroordeelde de V.Z.W. E. bij verstek om de openstaande facturen te betalen. Toen tot uitvoering moest worden overgegaan, bleek dat de V.Z.W. geen enkel actief had.

Eiseres baseert haar huidige vordering op twee gronden:

1. De V.Z.W., die tegen betaling aan huwelijksbemiddeling doet, is in feite een onregelmatige vennootschap onder firma, waarvan de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn.

2. Minstens zijn verweerders aansprakelijk uit onrechtmatige daad omdat zij bij het aangaan van de verbintenissen niet onwetend konden zijn van het feit dat de rechtspersoon geen enkel vermogen had en geen concreet vooruitzicht had om die contractuele verbintenissen te kunnen nakomen.

Beoordeling

De V.Z.W. in kwestie had zeker een winstoogmerk; de gedagiden die een beroep op het huwelijksbureau deden, dienden voor de diensten van dit bureau te betalen. In dit geval kan de rechtbank de V.Z.W. herkwalficeren en aanmerken als een handelsvennootschap (Rb. Dendermonde, 12 mei 1966, *Rev.prat.soc.*, 1970, 254; zie ook *Associations sans but lucratif*, door J. 't Kint, p. 36).

Verweerders dreven op een openlijke en duurzame wijze hun huwelijksbureau onder de benaming V.Z.W. E.

Wanneer twee personen op openlijke en duurzame wijze een handelsbedrijf uitoefenen voor gemeenschappelijke rekening, hebben zij bewust en uitdrukkelijk een samenwerkingsovereenkomst aangegaan die beantwoordt aan de omschrijving van de vennootschap (artt. 1832 en 1842 B.W.).

Aangezien de vennootschap in casu daden van koophandel tot doel heeft, is zij een handelsvennootschap. Voor de verbintenissen die zij voor de vennootschap aangaan, zijn de vennoten niet alleen onbeperkt maar ook hoofdelijk aansprakelijk (Cass., 3 april 1952, *Pas.*, 1952, I, 498; Cass., 5 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 277, met noot J. Herbots; Cass., 26 januari 1979, *Pas.*, 1979, I, 594).

De vennootschap waarvan de vennoten hoofdelijk aansprakelijk zijn, beantwoordt aan de omschrijving vennootschap onder firma (artt. 15, 17 en 20 Vennootschappenwet) naar de vorm onregelmatig opgericht.

Vennoten in een vennootschap onder firma kunnen persoonlijk worden veroordeeld op grond van verbintenissen van de vennootschap wanneer de vennootschap zelf is veroordeeld.

In casu werd de vennootschap voor haar verbintenissen ten opzichte van eiseres veroordeeld door de heer vrederechter van Poperinge.

Eiseres kan dus op grond van de eerste door haar aangevoerde rechtsgrond veroordeling vragen van verweerders, die dienen in te staan voor de schulden van de onregelmatige vennootschap onder firma.

Wat de tweede aangevoerde rechtsgrond van eiseres betreft:

Verweerders zouden bovendien aansprakelijk zijn uit onrechtmatige daad.

De rechtbank heeft weinig feitelijke gegevens.

De oprichtingsakte van de V.Z.W. is verschenen in de bijlage van het Belgisch Staatsblad van 21 juni 1990.

Uit een schrijven van gerechtsdeurwaarder L. blijkt dat reeds op 23 april 1991 op de zetel van de vennootschap geen actief was aan te treffen.

Na tien maanden had de vennootschap dus geen enkel actief, wel een ons onbekend passief.

Eiseres verwijst in haar pleidooi naar het faillissementsrecht.

Wij veronderstellen dat eiseres het heeft over art. 123, 7°, van de Vennootschappenwet. Dit artikel is ons inziens hier niet van toepassing.

Verweerders hebben hun plannen verkeerd ingeschat; blijkbaar hadden zij andere verwachtingen van hun onderneming, die kennelijk niet uitkwamen. Een individueel bewijs van de foutieve appreciatie van verweerders wordt echter niet gegeven, zodat wij niet tot een onrechtmatige daad aan hun kant kunnen besluiten.

Op grond van onrechtmatige daad kan de vordering derhalve niet worden ingewilligd, doch de eerder in aanmerking genomen hoofdelijke aansprakelijkheid krachtens art. 17 van de Vennootschappenwet leidt tot hoofdelijke veroordeling van verweerders.

Verweerders dienen veroordeeld te worden tot de gevorderde hoofdsom, die trouwens niet wordt betwist, met de moratoire interesten en de gerechtelijke interesten 14 januari 1993.

NOOT – De herkwalficatie tot V.O.F. van een huwelijksbureau dat in de rechtsvorm van een V.Z.W. met winstoogmerk handel drijft

1. De V.Z.W. E. verleende tegen betaling diensten van huwelijksbemiddeling. Ter promotie van haar diensten liet ze advertenties plaatsen in «Echo» te Oostende. Toen de beta-

ling van de facturen uitbleef, werd de V.Z.W. voor de vrederechter te Poperinge gedaagd en bij verstek tot betaling van de openstaande facturen veroordeeld. Bij de uitvoering van het vonnis bleek evenwel dat de V.Z.W. geen enkel actief vermogensbestanddeel bezat.

2. Eiseres stelde een nieuwe vordering in, nu tegen de drie oprichters-leden van de V.Z.W. Deze vordering steunde op twee gronden. Enerzijds stelde eiseres dat de V.Z.W. moest worden beschouwd als een *onregelmatige vennootschap onder firma (V.O.F.)*, omdat ze tegen betaling aan huwelijksbemiddeling deed. Zulks zou tot gevolg hebben dat de verweerders moesten worden beschouwd als de vennoten van een V.O.F., waardoor zij persoonlijk onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn voor de schulden van de rechtspersoon (cf. Art. 17 Venn.W.). Anderzijds was de eis gebaseerd op een *precontractuele fout*: de verweerders zouden onrechtmatig hebben gehandeld door de verbintenissen aan te gaan, terwijl zij niet onwetend konden zijn van het feit dat de rechtspersoon geen vermogen had en dus ook geen concreet vooruitzicht had om de verbintenissen te kunnen nakomen.

3. De vrederechter te Oostende volgt eiseres in haar eerste redenering (het vonnis werd ook gepubliceerd in *T.R.V.*, 1994, 361). Volgens de rechter had de V.Z.W. zeker een winstoogmerk. De diensten van huwelijksbemiddeling werden verricht tegen betaling. Hieruit leidt de rechter af dat de rechtspersoon moet worden geherkwalificeerd: hij moet worden aangemerkt als een handelsvennootschap. Overeenkomstig de gangbare opinie, doch via een ietwat vreemde redenering, besluit de rechter dat twee of meer personen die voor gemeenschappelijke rekening openlijk en duurzaam een handelsbedrijf (hewelijksbureau) uitoefenen, beantwoorden aan de wettelijke omschrijving van een V.O.F., zij het naar de vorm onregelmatig opgericht. Zoals men weet, zijn de vennoten van een V.O.F. persoonlijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Zij kunnen echter pas persoonlijk worden veroordeeld op grond van de verbintenissen van de vennootschap, nadat deze laatste zelf is veroordeeld (art. 189 Venn.W.; zie hierover recent Van Bruystegem, B., «Enkele aspecten van de vennootschap onder firma», in *Miskende vennootschapsvormen*, Kon.Fed.Belg.Not en Van Bael, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 8). De rechter oordeelde dat de vennootschap voor haar verbintenissen jegens eiseres was veroordeeld door de vrederechter te Poperinge, zodat nu de vennoten persoonlijk konden worden veroordeeld.

4. Ondanks de alternatieve formulering («of») van de begripsomschrijving van de V.Z.W. in art. 1, tweede lid, V.Z.W.-Wet, wordt meestal gesteld dat de V.Z.W. *cumulatief* aan twee voorwaarden dient te voldoen: zij mag noch een winstoogmerk hebben, noch nijverheids- of handelszaken drijven (Demeur, P., noot onder Cass., 30 december 1946, *R.C.J.B.*, 1948, 45; Lindemans, J., *Verenigingen zonder winstoogmerk*, A.P.R., 1958, 43-44, nr. 44; Van Ryn/Heenen, *Principes*, I, 2e druk, Brussel, Bruylant, 1976, nr. 44, p. 67, voetnoot 2; 't Kint, J., «Associations sans but lucratif», *Répertoire Notarial*, tome XIV, livre IX, Brussel, Larcier, 1987, 50, nr. 64; Ballon, G.L. «Over de commerciële activiteiten en het ontbreken van winstoogmerk in de V.Z.W.», *Z.W.*, 1991/3, 57; Geens, K., «De grensafbakening tussen vereniging, vennootschap en andere vormen van samenwerking», in *De samenwerking tussen ondernemingen*, B.V.B.J. (red.), Brussel, Bruylant, en Antwerpen, Kluwer, 1993, (467), 469, voetnoot 3. Vgl. de op-

lossingen voorgesteld door Coipel, M., «Le rôle économique des A.S.B.L. au regard du droit des sociétés et de la commercialité», in *Les A.S.B.L. – Evaluation critique d'un succès*, C.D.V.A., Gent, Story, 1985, 145, nr. 126, en 147, nr. 132).

5. De vrederechter oordeelt dat de V.Z.W.E. «zeker» een *winstoogmerk* had. Wat onder het begrip «winstoogmerk» moet worden verstaan, vermeldt het vonnis niet. Evenmin geeft het vonnis weer hoe de vrederechter tot dit besluit is gekomen, tenzij men de verklaring zou moeten vinden in het feit dat «de gegadigden die een beroep op het huwelijksbureau deden voor de diensten van dit bureau (dienden) te betalen». Het zou echter onjuist zijn uit dit gegeven af te leiden dat de V.Z.W. in feite een *winstoogmerk* had. Immers, onder het voor de V.Z.W. verboden *winstoogmerk* wordt verstaan: de verdeling van winst onder de leden (Geens, K. en Laga, H., «Overzicht van rechtspraak (1986-1991). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1993, 966, nr. 33; Van Ommeslaghe, P. en Dieux, X., «Examen de jurisprudence (1979-1990). Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1992, 578, nr. 1). Alleen de rechtstreekse verrijking van de leden, ten gevolge van de winstverdeling, acht men verboden (Coipel, M., *o.c.*, 113-114, nr. 43; 't Kint, J., *o.c.*, *Rép.Not.*, 51, nr. 67; Lindemans, *o.c.*, 61, nr. 81; Verheyden, R., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 490). Het verstrekken van diensten aan de leden, het verschaffen van onrechtstreekse, zelfs vermogensvoordelen, wordt toelaatbaar geacht op grond van een cassatiearrest van 9 december 1940 (Cass., 9 december 1940, *Pas.*, 1940, I, 316; *R.P.S.*, 1947, 49, met noot Goedseels, J.; in die zin: Goedseels, J., «Le nouveau statut légal des associations sans but lucratif en Belgique», *R.P.S.*, 1922, nr. 2465, p. 273, nr. 8; Van Ryn/Heenen, *o.c.*, I, 2e druk., 1976, 68, nr. 44; Lindemans, *o.c.*, 61-62, nr. 81; Coipel, M., *o.c.*, 114, nrs. 45 e.v.; Geens, K., *o.c.*, in *De samenwerking tussen ondernemingen*, 1993, 491-492).

6. Welke *sanctie* staat op het niet respecteren van het verbod van «winstoogmerk» in de V.Z.W.? Doorgaans wordt gemakkelijk aangenomen dat de V.Z.W. nietig kan worden verklaard, wegens schending van de wettelijke specialiteit. Het samenwerkingsverband kan dan worden geherkwalificeerd tot een vennootschap, hetzij een maatschap, hetzij een V.O.F., naargelang het statutair doel burgerlijk of commercieel van aard is.

Een uitgebreide analyse van deze problematiek door M. Coipel (*o.c.*, nrs. 171 e.v., pp. 164 e.v.) toont aan dat de juridisch correcte redenering veel tussenstappen en nuances vergt.

Een eerste mogelijkheid is dat de rechtspersoon ten onrechte als V.Z.W. werd gekwalificeerd («les A.S.B.L. fausement qualifiées»). M. Coipel erkent het bestaan van een vermoeden dat de door de oprichters gekozen kwalificatie overeenstemt met hun officiële bedoeling, zoals die in het statutair doel tot uiting komt (en te onderscheiden van persoonlijke beweegredenen die niet in de statuten tot uiting komen: Coipel, *o.c.*, nr. 180, p. 167). Dit vermoeden kan echter worden weerlegd, wanneer de statuten vaag of dubbelzinnig zijn (Coipel, *o.c.*, nrs. 189 e.v., pp. 170 e.v.). Het vermoeden wordt omgekeerd, wanneer uit de statutaire omschrijving duidelijk blijkt dat de kwalificatie «V.Z.W.» onjuist is (Coipel, *o.c.*, nrs. 208 e.v., pp. 179 e.v.).

Art. 3 van de statuten van de V.Z.W.E. bepaalt: «De vereniging heeft tot doel het samenbrengen van mensen. Zij mag eveneens alle activiteiten ondernemen om dit doel te bevorderen en kan ook handelsdaden stellen, enkel voor zo-

ver de opbrengst hiervan uitsluitend wordt besteed aan het doel waarvoor zij werd opgericht.»

Op het eerste gezicht heeft de V.Z.W. dus een altruïstisch doel of: «un but supérieur parfait» (cf. Coipel, *o.c.*, nrs. 136-138, pp. 148-150), nl. het samenbrengen van mensen. Deze omschrijving is echter niet veelzeggend. Onder dit doel kan even goed een activiteit schuil gaan die de verrijking van de leden beoogt als een activiteit die het algemeen belang behartigt. Die vaagheid of ambivalentie maakt het mogelijk, volgens de redenering van Coipel, het vermoeden van conformiteit te weerleggen. De rechter kan dan rekening houden met de reële gang van zaken om de statuten te interpreteren (Coipel, *o.c.*, nr. 179, p. 167; nr. 202, p. 176). Tot het bestaan van een vennootschap kan hij dan concluderen, zo hij vaststelt dat in werkelijkheid winsten worden uitgekeerd aan de leden of dat de reële activiteit van lucratieve aard is (Coipel, M., *o.c.*, nr. 204, p. 177. Onder «activité lucrative» verstaat de auteur een activiteit waarmee wordt beoogd een overschot van inkomsten op uitgaven (winst) te realiseren: *o.c.*, nr. 8, p. 100).

Uit de in het vonnis weergegeven feiten blijkt niet dat in de V.Z.W.E. winsten werden uitgekeerd aan de leden. De activiteit, bestaande in het houden van een huwelijksbureau, lijkt wel degelijk van lucratieve aard te zijn. Behoudens tegenbewijs waaruit met zekerheid zou blijken dat ieder *winstoogmerk* ontbreekt, zou kunnen worden besloten tot de aanwezigheid van een *winstoogmerk*, waardoor de groepering nietig is als V.Z.W. en moet worden geherkwalificeerd tot een vennootschap (bv. Rb. Dendermonde, 12 mei 1966, *R.P.S.*, 1970, 254).

Een tweede mogelijkheid houdt in dat de kwalificatie als V.Z.W. terecht is, doch dat van de gekozen rechtsvorm misbruik wordt gemaakt («les A.S.B.L. fausement utilisées»: Coipel, M., *o.c.*, nr. 235, p. 192, en nr. 239, p. 195). Op grond van art. 18 V.Z.W.-Wet kan de rechter de ontbinding van de V.Z.W. of de nietigheid van winstuitkeringen of overmatige reserveringen uitspreken (hetzij wegens schending van de wet of de statuten, hetzij wegens aanwending van het vermogen van de V.Z.W. of de inkomsten van dit vermogen tot andere doeleinden dan die waarvoor de V.Z.W. is opgericht: Lindemans, J., *o.c.*, nrs. 550-551, pp. 236-237; 't Kint, J., *o.c.*, *Rép.Not.*, nr. 73, p. 53, en nrs. 249 e.v., p. 108; Coipel, M., *o.c.*, nrs. 243-246, pp. 197-198). Wegens het constitutief karakter van de ontbinding is herkwalificatie tot een V.O.F. uitgesloten – wat ook logisch is, aangezien de hypothese van de vals gebruikte V.Z.W. ervan uitgaat dat de V.Z.W. juist is gekwalificeerd.

Een andere mogelijkheid bestaat erin aan te tonen dat in werkelijkheid achter de fictieve V.Z.W. een vennootschap schuilgaat (*simulatie*) (cf. *infra*, nr. 8).

Ten slotte zou men kunnen opwerpen dat wegens doeloverschrijding de activiteit niet aan de V.Z.W. kan worden toegerekend, maar slechts aan de persoon of personen die deze activiteit effectief hebben uitgeoefend (Coipel, M., *o.c.*, nr. 249, p. 199). Wordt de activiteit uitgeoefend door verscheidene personen gezamenlijk, dan zouden zij een vennootschap vormen (een burgerlijke of een handelsvennootschap, afhankelijk van de aard van de activiteit).

7. In het besproken vonnis stelt de vrederechter vast dat in naam van de V.Z.W. *handel werd gedreven*. De vermelding in het vonnis dat de rechtspersoon daden van koophandel «tot doel» had, is onterecht, gelet op de andersluidende sta-

tutaire doelbepaling (cf. supra, nr. 6). De rechter zou dus slechts kunnen vaststellen dat in werkelijkheid uitsluitend of in hoofdzaak een commerciële activiteit werd uitgeoefend. Was zulks het geval? De bedrijvigheid van de V.Z.W. bestond klaarblijkelijk uitsluitend of in hoofdzaak uit het houden van een huwelijksbureau, het verrichten van huwelijksbemiddeling tegen betaling. Het begrip «hewelijksbureau» wordt niet in de wet omschreven. Blijkbaar is bedoeld iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die aan huwelijksbemiddeling doet (cf. art. 2, wet 9 maart 1993, *B.S.*, 24 april 1993). «Huwelijksbemiddeling» wordt omschreven als «elke activiteit waarbij tegen vergoeding ontmoetingen tussen personen worden geregeld die rechtstreeks of onrechtstreeks tot een huwelijk of tot een vaste relatie moeten leiden» (art. 1, wet 9 maart 1993).

Op goede gronden kan worden aangenomen dat de huwelijksbemiddeling (zoals wettelijk bepaald, dus tegen vergoeding) beantwoordt aan een van de categorieën van objectieve daden van koophandel. Volgens de Franse opvatting valt de huwelijksbemiddeling onder het begrip «opération de courtage» (art. 632, 7, C. Comm.) (Lyon-Caen, Ch. en Renault, L., *Traité de droit commercial*, I, 4e druk, Parijs, L.G.D.J., 1906, 163, nr. 146; Cass. com. (fr.), 11 oktober 1982, *Dall.*, 1982, I.R., 536; *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1983, 57, met noot Derrupe; Cass. com. (fr.), 3 april 1984, *Bull. civ.*, 1984, IV, nr. 122; *Gaz. Pal.*, 1984, 2, 708, met noot Dupichot, J.; *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1985, 83; Limoges, 10 juni 1980, *Dall.*, 1981, 573, met noot Jauffret; Versailles, 24 maart 1988, *R.D.C.*, 1988, 611; een belangrijk deel van de Franse rechtsleer beaamt deze opvatting; Segal, L., *Juris-Classeur Commercial*, Fasc. 35, v° «Compétence des tribunaux de commerce. Détermination des actes de commerce. Actes de commerce subjectifs», Parijs, Ed. Techniques, 1993, p. 28, nr. 132; Dekeuwer-Defosse, F., *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 2e druk, Parijs, Montchrestien, 1992, 49, nr. 25; Ripert, G. en Roblot, R., *Traité de droit commercial*, Parijs, L.G.D.J., 1991, 126, nr. 174; Jauffret, A. en Mestre, J., *Manuel droit commercial*, 20e druk, Parijs, L.G.D.J., 1991, 36, nr. 35; Guyon, Y., *Droit des affaires*, I, *Droit commercial en général et Sociétés*, 4e druk, Parijs, Economica, 1986, 50, nr. 53; Viandier, A., *Actes de commerce, commerçants, activité commerciale*, Parijs, P.U.F., 1986, 71, nr. 68; Guyenot, J., *Cours de droit commercial*, Parijs, Licet, 1968, 101, nr. 44) dat overeenstemt met het begrip «makelaarsverrichting» in art. 2, zevende lid, W.Kh.

De makelaar is een tussenpersoon die, tegen vergoeding, partijen met elkaar in contact brengt met het oog op het sluiten van een contract, echter zonder permanente band met een principaal, zonder op te treden als vertegenwoordiger en zonder zelf partij te worden (cf. Stuyck, J., «Handelstussenpersonen», in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en Economisch Recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, vol B., 3e druk, Brussel, Story-Scientia, 1989, 445, nr. 416; Van Ryn/Heenen, o.c., I, 2e druk, 1976, 361, nr. 384; Fredericq, L. en S., *Handboek Belgisch Handelsrecht*, I, 2e druk, Brussel, Bruylant, 1976, 143, nr. 119; de Theux, A., *Le droit de la représentation commerciale*, I, Brussel, C.I.D.C., 1975, 266, nr. 192; *R.P.D.B.*, Compl. IV, 1972, v° «Courtier» door Stryckmans, J.J., 55, nrs. 1 en 3; Cousi, P. en Marion, G., *Les intermédiaires du commerce*, Parijs, L.G.D.J., 1963, 116-117, nr. 123; Fredericq, L., *Traité*, I, Gent, Rombaut-Fecheyr, 1946, 106, nr. 50).

De kritiek tegen de in Frankrijk heersende opvatting luidt dat handelingen die betrekking hebben op familie- of persoonlijke verhoudingen buiten het handelsrecht zouden vallen door het ontbreken van een interventie in enige uitwisseling van economische goederen of diensten (Hamel, J. en Lagarde, G., *Traité de droit commercial*, I, Parijs, Dalloz, 1954, nr. 156, p. 184, voetr. 1); Jauffret, A., *Répertoire Dalloz de droit commercial*, I, v° «Actes de commerce», Parijs, Dalloz, 1972, p. 25, nr. 331; Hamel, J., Lagarde, G. en Jauffret, A., *Droit commercial*, 2e druk, I/1, Parijs, Dalloz, 1980, 246, nr. 156, voetr. 95; in dezelfde zin: Vz. Kh. Brussel, 28 februari 1989, *Handelspraktijken*, 1989, 317, met noot Andersen, R., «Agences matrimoniales et courtage matrimonial»).

Naar Belgisch recht bestaat minder eensgezindheid over het statuut van de huwelijksbureaus. Soms wordt, o.i. terecht, de Franse opvatting gevolgd (*R.P.D.B.*, III, v° «Courtier», 352, nr. 29; cf. de Franse terminologie van de Belgische wet: «courtage matrimonial»). Dan weer worden huwelijksbureaus gerangschikt onder de categorie «agentschappen en zakenkantoren» (art. 2, zesde lid, W. Kh.) (Daubresse, E., «Des commerçants», in *Les Nouvelles. Droit commercial*, I, Brussel, Picard, 1931, 84, nr. 207; Van Ryn/Heenen, o.c., I, 359, nr. 380; Ballon, G.L., «Commentaar op art. 2 W.Kh.», in *Handels-, Economisch en Financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Swennen, H., Verougstraete, I. en Wymeersch, E. (red.), Deurne, Kluwer, losbl., nr. 29, p. 17; Vred. Antwerpen, 19 februari 1986, *T.Not.*, 1986, (248), 253). Bij deze categorie horen thuis alle ondernemingen die, tegen vergoeding, andermans belangen waarnemen, zonder daartoe enige opdracht te hebben gekregen van de overheid of een rechtbank (Stuyck, J., o.c., 439, nr. 406; Fredericq, L. en S., *Handboek*, I, 136; Van Ryn/Heenen, o.c., I, 358, nr. 380).

Hoe dan ook, de huwelijksbemiddeling tegen betaling behoort tot de objectieve daden van koophandel (dit resultaat werd niet in twijfel getrokken bij enkele stakingsvorderingen ingesteld door en tegen huwelijksbureaus, in het kader van de (oude) wet op de handelspraktijken van 14 juni 1971; zie Vz.Kh. Bergen, 19 juni 1987, *Handelspraktijken*, 1987/2, 247; Vz.Kh. Brussel, 28 februari 1989, *Handelspraktijken*, 1989, 317). Aangenomen wordt dat de ondernemingen van agentschappen of zakenkantoren steeds daden van koophandel zijn, zelfs wanneer de belangenbehartiging uit burgerlijke verrichtingen bestaat (Daubresse, E., o.c., in *Les Nouvelles. Droit commercial*, I, 84, nr. 207; Fredericq, L. en S., o.c., I, 136, nr. 113; vgl. Van Ryn/Heenen, o.c., I, 359, nr. 380). Zo ook wordt aangenomen dat makelaarsverrichtingen steeds daden van koophandel zijn, ongeacht of ze burgerlijke dan wel commerciële verrichtingen als voorwerp hebben (in die zin voor België: *R.P.D.B.*, v° «Courtier», p. 351, nr. 24; Fredericq, L., *Traité*, I, 1946, 106, nr. 50; Van Ryn/Heenen, o.c., I, 1976, 361, nr. 384; Fredericq, L. en S., o.c., I, 2e druk, 1976, 143, nr. 119; Brussel, 7 november 1951, *Pas.*, 1952, II, 38 (makelaars in onroerende goederen). In dezelfde zin voor Frankrijk: Lyon-Caen/Renault, *Traité*, I, 162-163, nr. 146; Hamel/Lagarde, *Traité*, I, 184, nr. 156; Guyenot, *Cours*, 100-101, nr. 44; Jauffret, o.c., *Répertoire Dalloz. Droit Commercial*, 25, nr. 330; Hamel/Lagarde/Jauffret, *Droit commercial*, I/1, 246, nr. 156; Ripert/Roblot, *Traité*, I, 126, nr. 174; Segal, o.c., *Juris-classeur Commercial*, p. 28, nrs. 128 e.v., vooral nr. 131. *Contra*: Daubresse, o.c., nr. 243; Vred. Antwerpen, 15 februari 1986, *T.Not.*, 1986, (248), 253).

8. Is eenmaal vastgesteld dat door een V.Z.W. of in het kader van een V.Z.W. uitsluitend of in hoofdzaak een handelsactiviteit wordt uitgeoefend, welke gevolgen zijn dan daaraan te verbinden?

Art. 1 van de V.Z.W.-Wet lijkt zulks te verbieden, doch reeds tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 1921 werd duidelijk gesteld dat deze voorwaarde niet al te letterlijk mocht worden geïnterpreteerd.

Onder meer op basis van de parlementaire voorbereiding (verslag, namens de middenafdeeling, uitgebracht door Tibbaut, *Parl. St., Kamer*, 1920-21, nr. 198, p. 468) wordt overwegend aangenomen dat een V.Z.W. slechts nijverheids- en/of handelsactiviteiten mag verrichten in de mate waarin deze een «ondergeschikt» of «bijkomstig» karakter hebben (vgl. de uiteenlopende standpunten over deze begrippen: Demeur, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1948, nr. 17, p. 46; De Page, H. en Masson, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II/1, 4e druk, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 417, p. 439; Fredericq, L., *Traité*, I, nrs. 30 en 34; Lindemans, *o.c.*, 58-59, nr. 78; 't Kint, J., *o.c.*, *Rép. Not.*, 53 e.v., nrs. 74 e.v.; *idem*, «Les activités lucratives exercées par les A.S.B.L.», *R.P.S.*, 1958, nr. 4755, p. 162; Van Ommeslaghe/Dieux, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1992, nr. 1bis, p. 584; Wolfcarius, M., «Les activités commerciales des associations sans but lucratif», *R.P.S.*, 1979, 217-218).

Op basis van een zeer grondige analyse van de parlementaire voorbereiding komt M. Coipel tot het besluit dat twee oplossingen verenigbaar zijn met de bedoeling van de wetgever. Volgens de eerste oplossing is de V.Z.W. te definiëren als «(l'association) qui ne se livre pas, à titre principal, à des activités industrielles ou de type commercial lucratives et qui ne cherche pas à enrichir directement ses membres» (Coipel, *o.c.*, p. 145, nr. 126). De tweede mogelijke begripsbepaling zou luiden: «(l'association) qui, poursuivant un but supérieur, ne cherche pas (ni) son propre enrichissement ou (ni) l'enrichissement direct de ses membres» (Coipel, *o.c.*, p. 147, nr. 132). De auteur zelf heeft een voorkeur voor de tweede oplossing, die volgens hem beter overeenstemt met de werkelijke ratio legis (Coipel, *o.c.*, p. 161, nr. 165). Deze opvatting wordt evenwel bestreden, omdat ze te veel ruimte laat voor misbruiken (Van Ommeslaghe/Dieux, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1992, 582-583, nr. 1bis).

Aangezien de handelsactiviteit de enige of minstens de belangrijkste activiteit van de V.Z.W. E. vormt, kan ze niet worden aangemerkt als «ondergeschikt» of «bijkomstig». Om die reden heeft die handelsactiviteit een doeloverschrijdend karakter, zodat zij de V.Z.W. niet kan verbinden. Een herkwalficatie tot V.O.F. is echter niet mogelijk, aangezien reeds werd vastgesteld dat – althans op dit vlak (vgl. supra i.v.m. het winsttoogmerk) – de kwalificatie als V.Z.W. correct is. Wel is een grond aanwezig om, wegens schending van de wet en de statuten, de ontbinding van de V.Z.W. te vorderen (art. 18, eerste lid, V.Z.W.-Wet, volgens Brussel, 10 februari 1988, *R.P.S.*, 1988, nr. 6481, p. 151 zou de ontbinding de enige mogelijke sanctie zijn, met uitsluiting van de herkwalficatie tot V.O.F.), de handelsdaden nietig te doen verklaren (art. 18, tweede lid, V.Z.W.-Wet) en de beheerders aansprakelijk te stellen (art. 1382 B.W.) (cf. Matray, D., «Responsabilité des membres et des administrateurs», in *Les A.S.B.L. – Évaluation critique d'un succès*, 1985, nr. 45, p. 412). Overigens bezit het vonnis tot ontbinding van de V.Z.W. constitutieve werking, zodat het onmogelijk is retroactief tot herkwalficatie over te gaan (Ronse, J., «Kan een V.Z.W. failliet verklaard

worden?», in *Liber amicorum Dumon*, I, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 243; Geens/Laga, *o.c.*, *T.P.R.*, 1993, nr. 34, p. 967).

Ook een beroep op simulatie (veinzing) wordt mogelijk geacht (Coipel, M., *o.c.*, nrs. 240-242, pp. 195-196); Van Ommeslaghe/Dieux, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1992, nr. 3, pp. 587-588; vgl. Cornelis, L. en Maertens, A.-S., «Aspecten van onregelmatigheid, schijn en beheerdersaansprakelijkheid in de vereniging zonder winsttoogmerk», Syllabus studieavond CBR/UIA, Antwerpen, 7 maart 1994, nr. 24, p. 15; ook gepubliceerd in *T.B.B.R.*, 1994, pp. 184-185).

Een efficiëntere oplossing bestaat in de toerekening van de doeloverschrijdende handelsdaden aan de onregelmatige V.O.F. die is ontstaan tussen de personen die daadwerkelijk en openlijk de handelsactiviteiten voerden: volgens sommigen dient hiertoe eerst de V.Z.W. te worden ontbonden (Ronse, J., *o.c.*, *Liber amicorum Dumon*, 219; Billiet, J., noot onder Kh. Brussel, 21 februari 1990, *D.A.O.R.*, nr. 13, maart 1990, 86); volgens anderen kan de toerekening aan de onregelmatige V.O.F. onmiddellijk geschieden, omdat de handelingen onmogelijk voor rekening van de V.Z.W. konden worden verricht en in feite voor rekening van de (onregelmatige) V.O.F. werden verricht (Laga, H., noot onder Art. rb. Gent, 14 april 1986, *T.B.H.*, 1988, nr. 6, p. 578; Laga, H., «Kanttekening bij de faillietverklaring van een directeur en afgevaardigd-bestuurder van een V.Z.W.» (noot onder Kh. Brussel, 21 februari 1990), *T.R.V.*, 1990, nrs. 2 en 3, p. 133; Geens/Laga, *o.c.*, *T.P.R.*, 1993, nr. 35, p. 968; zie ook de daar geciteerde rechtspraak).

Ten slotte wordt gesteld dat wie in de rechtsvorm van een V.Z.W. uitsluitend of hoofdzakelijk een handelsactiviteit uitoefent, misbruik maakt van de rechtspersoonlijkheid van de V.Z.W. De sanctie zou bestaan in een *doorbraak* van de aansprakelijkheidsbeperking (Van Ommeslaghe/Dieux, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1992, nr. 3, p. 588; Cornelis/Maertens, *o.c.*, Syllabus, 7 maart 1994, nrs. 31-33, pp. 19-21, *T.B.B.R.*, 1994, pp. 188-189).

9. Uit het voorafgaande blijkt dat de vrederechter terecht besluit de rechtspersoon te *herkwalficeren* tot een (onregelmatige) V.O.F., hoewel ook andere oplossingen mogelijk waren. Wegens de zeer algemene en vage formulering van het statutair doel («het samenbrengen van mensen»), gecombineerd met de lucratieve aard van de reëel gevoerde activiteit (huwelijksbemiddeling tegen betaling) is aannemelijk dat de rechtspersoon een winsttoogmerk had, waardoor hij nietig was als V.Z.W. en moest worden geherkwalficeerd tot een vennootschap. Daarenboven ging het om een handelsvennootschap, daar de uitsluitende of belangrijkste activiteit van de rechtspersoon een handelsactiviteit was.

10. De tweede *rechtsgrond* wordt door de vrederechter niet aangenomen. De rechter stelt vast dat de V.Z.W. tien maanden na de publikatie van haar oprichtingsakte in het Staatsblad geen activa bezat, doch wel een passief, waarvan de omvang niet bekend is. Overigens is volgens de statuten van de V.Z.W. E. door de leden geen bijdrage verschuldigd.

Op basis van de pleidooien beoordeelde de rechter de eis in het licht van art. 123, 7° *Venn.W.* Deze bepaling verklaart de oprichters van een B.V.B.A. hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de vennootschap, in geval van faillissement uitgesproken binnen drie jaar na de oprichting, indien het kapitaal bij de oprichting kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen be-

drijvigheid over ten minste twee jaar. De rechter oordeelde dat deze bepaling niet van toepassing was.

Daarop valt niets aan te merken: aangezien het stelsel door de wetgever ingevoerd in art. 123, 7° (en 35, 6°) Venn. W. een *lex specialis* is, kan de toepassing ervan niet zomaar worden uitgebreid naar andere vennootschapstypes (cf. de rechtspraak m.b.t. de coöperatieve vennootschap: Kh. Brussel, 27 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, 220, met noot Lievens, J.; cf. de invoering van art. 147ter, 4°, Venn. W. voor de C.V.B.A. bij de wet van 20 juli 1991), laat staan naar de V.Z.W., welke rechtspersoon niet eens een «kapitaal» bezit en bovendien «als zodanig» niet failliet kan worden verklaard (zie voor dit laatste aspect Coipel, M., «Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales», *Rép.Not.*, t. XII, 1, II, Brussel, Larcier, 1982, p. 102, nr. 99-2; De Greef, D., «Faillissement van een V.Z.W.», *Jura Falc.*, 1982-83, 7 e.v., vnl. nr. 18, p. 19, en nr. 31, pp. 26-27; Ronse, J., o.c., in *Liber amicorum Dumon*, 225; Prosman, J., «Les A.S.B.L. peuvent-elles exercer des activités de nature économique ou commerciale?», *T.B.H.*, 1984, 170-172, nrs. 21-25; 't Kint, J., «Les associations sans but lucratif et la faillite», *R.P.S.*, 1985, p. 347, nr. 34bis; De Greef, D., «V.Z.W.'s en faillissementswetgeving», *Z.W.*, 1989, 97 e.v.; Geinger, H., Colle, Ph. en Van Buggenhout, C., «Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord», *T.P.R.*, 1991, nrs. 7-9, pp. 418-420; Coppens, P. en 't Kint, F., «Examen de jurisprudence (1984-1990). Les faillites, les concordats et les privilèges», *R.C.J.B.*, 1991, nr. 7, pp. 306-307; Van Ommeslaghe/Dieux, o.c., *R.C.J.B.*, 1992, p. 586, nr. 3, Geens/Laga, o.c., *T.P.R.*, 1993, 966, 33; Van Gerven, D., «Kroniek: Verenigingen, 1992», *T.R.V.*, 1993, nr. 11, p. 457; zie ook de recente rechtspraak: Gent, 30 maart 1990, *D.A.O.R.*, nr. 15, juli 1990, 78-79; *T.G.R.*, 1990, 62; Brussel, 10 februari 1988, *R.P.S.*, 1989, 151; Kh. Brussel, 21 februari 1990, *T.R.V.*, 1990, 129 – *Contra* o.m.: Wolfcarius, M., «Les activités commerciales des A.S.B.L.», *R.P.S.*, 1979, 204 e.v.), terwijl de vordering wegens kennelijk ontoereikend kapitaal ontstaat uit het faillissement (cf. Cass., 7 maart 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, 948, *Pas.*, 1986, I, 862, *R.W.*, 1985-86, 2706, met concl. Dujardin, J., *J.T.*, 1987, 43, *T.B.H.*, 1986, 364, met noot).

Voor de V.Z.W. dient men dus op het *gemene aansprakelijkheidsrecht* (artt. 1382-1383 B.W.) terug te vallen. In casu vermeldt het vonnis dat het bewijs van een fout niet werd geleverd. Het enkele feit dat de verwachtingen van de oprichters niet werden ingelost, volstaat daartoe niet.

Philippe Ernst
Assistent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Jan Wouters

Hof van Justitie, 5 mei 1994 en 14 juli 1994

*Gelijke behandeling mannen en vrouwen – Nachtarbeid –
Vervanging van een werkneemster met zwangerschapsver-*

lof – Ontslag

Het Hof van Justitie heeft in het verleden een aantal zaken behandeld waarin de zwangerschap van een werkneemster centraal stond. In de zaak C-421/92 betrof het een nog niet behandelde variatie op dit thema.

Mevrouw Habermann-Beltermann werd met ingang van 1 april 1992 in dienst genomen als nachtzuster in een bejaardentehuis met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij had voor deze tewerkstellingsvorm geopteerd omdat ze wegens gezinsomstandigheden niet overdag kon werken. Aan het einde van haar eerste werkmaand werd ze ziek. Uit een doktersverklaring van 29 mei bleek dat ze reeds zwanger was voor ze haar arbeidsovereenkomst had ondertekend. Ze was hiervan echter op dat moment niet op de hoogte.

De Duitse werkgever ontsloeg de werkneemster op grond van een artikel uit het Mutterschutzgesetz dat nachtarbeid door zwangere vrouwen verbiedt. Hij verantwoordde zijn ontslag voorts door zich zowel op de nietigheid van de overeenkomst (§ 134 BGB) als op de dwaling (§ 119, lid 2, BGB) te beroepen. Aan het Hof werd gevraagd beide desbetreffende passages uit het Bürgerliches Gesetzbuch te toetsen aan de bepalingen van richtlijn 76/207/EEG (*Pb.*, 1976, L39, 40). Ingevolge artikel 2, lid 3, van de richtlijn mogen de Lid-Staten beschermende bepalingen m.b.t. zwangerschap in het nationale recht inschrijven. Rekening houdende met het feit dat het verbod op nachtarbeid voor zwangere vrouwen slechts voor een beperkte periode geldt in een carrière, zou de bescherming haar nuttige werking verliezen wanneer dit als gevolg zou hebben dat de arbeidsovereenkomst wegens de zwangerschap kan worden beëindigd. Het Hof kwam dan ook tot de slotsom dat de Duitse rechtspraak in dezen strijdig was met artikel 2, lid 1, gelezen in samenhang met de artikelen 3, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207.

De Belgische wetgeving is conform deze uitspraak van het Europese Hof. Een zwangere werkneemster uit de particuliere sector die normaliter nachtarbeid verricht, kan ingevolge artikel 10 C.A.O. nr. 46 (*B.S.*, 13 juni 1990) vragen om over te schakelen naar een andere arbeidsregeling. Wanneer dit niet mogelijk is, kan de arbeidsgeneesheer eventueel de werkneemster verbieden om nog langer 's nachts te werken. Haar arbeidsovereenkomst wordt dan geschorst. Onder geen beding kan zij evenwel wegens haar zwangerschap worden ontslagen tenzij de werkgever bereid is om naast de opzeggingsvergoeding een extra vergoeding gelijk aan drie maanden loon te betalen.

Vanaf oktober 1994 moeten de Lid-Staten de bepalingen van richtlijn 92/85/EEG van 19 oktober 1992 (*Pb.*, 1992, L 348, 1) hebben omgezet zodat het principe van de overplaatsing naar werk overdag of het recht op een vrijstelling van arbeid of verlenging van het zwangerschapsverlof wanneer de overplaatsing niet mogelijk is (artikel 7) zonder dat dit tot ontslag kan leiden (artikel 10) in de nationale wetgeving geïncorporeerd moet worden. De discussie die door het Hof i.c. werd behandeld, wordt dan wettelijk geregeld. Volgens Jacquemain (J. Jacquemain, «Indemnisation du préjudice: innover ou persister?», *Soc.Kron.*, 1994, 26) zou de combinatie van het Marshall-II arrest (arrest van 2 augustus 1993, zaak 271/91, Marshall, *Jur.*, 1993, I-4367) en de voormelde richtlijn ertoe kunnen leiden dat de Belgische wetgever de forfaitaire schadevergoeding in geval van discriminatie wegens zwangerschap moet vervangen door de vergoeding van de

werkelijk geleden schade. Artikel 40 Arbeidswet moet dan enigszins worden aangepast.

Een maand na de zaak Habermann heeft het Hof een tweede arrest gewezen met een meer omstreden karakter.

De Engelse firma EMO had in 1987 zestien personen in dienst. Een van de vier werknemers die op de afdeling import werkten, mevrouw Stewart, bleek zwanger. Om de continuïteit van de dienst te verzekeren werd een vervangster, mevrouw Webb, in dienst genomen die gedurende zes maanden werd opgeleid door de werkneemster die ze zou vervangen. De arbeidsovereenkomst werd voor onbepaalde tijd gesloten zodat de vervangster, na de terugkeer van haar collega, in dienst zou blijven. Drie weken na haar indienstneming meldde mevrouw Webb dat ook zij zwanger was en dat haar bevalling vermoedelijk een maand na die van mevrouw Stewart zou plaatshebben. Mevrouw Webb werd prompt ontslagen. De zaak werd op grond van vermeende discriminatie door de ontslagene aanhangig gemaakt bij het Industrial Tribunal. Dit meende evenwel dat het ontslag terecht was omdat niet zozeer de zwangerschap de grond voor het ontslag was, maar wel het feit dat mevrouw Webb de taak niet zou kunnen vervullen waarvoor ze o.a. in dienst was genomen. Na beroep bij het Employment Appeal Tribunal en vervolgens bij de Court of Appeal (zie A. Arnall, «When is pregnancy like an arthritic hip?», *Eur.L.Rev.*, 1992, 265-273) belandde de zaak bij het House of Lords dat een prejudiciële vraag dienaangaande stelde aan het Hof. In de geest van het artikel 10 richtlijn 92/85 besloot het Hof dat de artikelen 2, lid 1, en 5, lid 1, van richtlijn 76/207 zich verzetten tegen het ontslag van mevrouw Webb. Dit was discriminatoir.

Rekening houdende met de bepalingen van de Arbeidswet zou een Belgische rechter – zelfs vóór de uitspraak van het Hof – dezelfde conclusie hebben getrokken.

Lord Slynn of Hadley (Slynn of Hadley, «Sanctions in community law: overview», in *Access to equality between men and women in the European community*, Verwilghen, M. (red.), Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 1993, 131) die in deze zaak zitting had in the House of Lords merkt terecht op dat de werkgever in een dergelijk geval toch wel met zware problemen wordt geconfronteerd. Wanneer hij wil vermijden dat de situatie uit de zaak Webb zich bij hem voordoet, is hij genooddaakt om een man als vervanger in dienst te nemen (wat dan weer een discriminatie is).

(Eerste arrest: Zesde kamer – Zaak C-421/92, Habermann-Beltermann – Tweede arrest: Vijfde kamer – Zaak C-32/93, Webb)

P. Humblet

Hof van Justitie, 18 mei 1994

Ontvankelijkheid – Beroep tot nietigverklaring – Individuele geraaktheid van natuurlijke of rechtspersonen

Een van de neteligste kwesties in het procedurerecht van de Europese Gemeenschap betreft het recht van particulieren (d.w.z. van natuurlijke of rechtspersonen) om een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen handelingen van gemeenschapsinstellingen voor de gemeenschapsrechter. Artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag (een letterlijke over-

name van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag) bepaalt dat een particulier niet alleen de nietigverklaring mag eisen van beschikkingen die tot hem gericht zijn, maar ook van verordeningen en van tot andere personen gerichte beschikkingen, althans indien deze hem rechtstreeks en individueel raken. Het element «individuele geraaktheid» vormt hierbij het hete hangijzer bij uitstek.

Codorníu, een Spaanse producent van schuimwijn, verzocht om de nietigverklaring van een bepaling die de Raad in de vorm van een verordening had vastgesteld en die tot gevolg had dat Codorníu de benaming waarmee zij sinds 1924 haar schuimwijn aanduidde («Gran Cremant») niet meer mocht gebruiken. Codorníu was niet de enige, maar wel de belangrijkste producent die door de verordening getroffen werd. De Raad wierp desondanks een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, op grond van zijn overtuiging dat Codorníu niet individueel geraakt was door de verordening.

Tot voor enkele jaren zou de Raad wellicht het gelijk aan zijn kant hebben gekregen, onder meer op grond van het «gesloten groep»-criterium dat stevast door het Hof gehanteerd werd. De betekenis en draagwijdte van dit criterium kan goed geïllustreerd worden met de zaak Spijker Kwasten (arrest van 14 juli 1983, zaak 231/82, *Jur.*, 1983, 2559), waarin het Hof oordeelde dat de onderneming in kwestie, ofschoon die op het ogenblik van het geding als enige kwasten uit China invoerde, niet individueel geraakt was door een maatregel m.b.t. kwasten uit China, omdat er in de toekomst nog importeurs van kwasten uit China konden bijkomen en er dus geen volkomen «gesloten groep» was.

Nadien versoepelde het Hof deze houding in het domein van anti-dumping. Vooral in de zaak Extramet (arrest van 16 mei 1991, zaak C-358/89, *Jur.*, 1991, 2501) beklemdoende het Hof dat een handeling met algemene strekking een onderneming individueel kan raken op grond van haar bijzondere marktpositie of op grond van de ernstige gevolgen die de handeling voor die onderneming veroorzaakt. In tegenstelling tot het «gesloten groep»-criterium, dat vooral dienstig was om de werklust van het Hof te drukken, spreekt men hier van het «impactcriterium» (zie onder meer punt 51 van de conclusie van advocaat-generaal Lenz in Codorníu), dat zeker tot meer billijke resultaten leidt.

In zijn conclusie erkende advocaat-generaal Lenz dat Codorníu niet aan de klassieke vereisten voldeed om als individueel geraakt te worden aangemerkt (zie onder meer de punten 20 en 39-41). Hij wees er echter ook op dat de omstandigheden van de zaak opvallend parallel liepen met die in Extramet (belangrijkste onderneming, ernstige geraaktheid) en pleitte er daarom voor om de soepelere anti-dumpingrechtspraak analoog toe te passen. In de rechtsoverwegingen 18 tot 22 van zijn arrest, die wel enkele intellectuele sprongen vertonen, heeft het Hof het pleidooi van de advocaat-generaal gevolgd. Codorníu werd dus op grond van haar bijzondere marktpositie en ernstige geraaktheid in staat geacht om het beroep tot nietigverklaring (dat verder in het arrest zelfs gegrond zou worden bevonden) in te stellen. Hiermee heeft het Hof het «impactcriterium» uitgebreid naar het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Er moet nu afgewacht worden of het Gerecht van eerste aanleg, dat sinds kort bij uitsluiting bevoegd is voor beroepen tot nietigverklaring ingesteld door particulieren, deze trend zal voortzetten.

(Voltallig Hof - Zaak C-309/89, Codorníu/Raad)

J. Vanhamme

Hof van Justitie, 29 juni 1994

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Vaststelling van toepasselijk wetgeving – Lacune in de verordening

Het Hof van Justitie krijgt in deze zaak een boeiend probleem voorgelegd, niet in het minst omdat het Hof wordt geconfronteerd met een situatie waarvoor geen regeling voorkomt in verordening nr.1408/71/EEG.

Aldewereld is een Nederlands onderdaan die woont in Nederland, maar in dienst is van een in Duitsland gevestigde onderneming die hem bij zijn indienstneming onmiddellijk detacheerde naar Thailand. Uit hoofde van zijn werkzaamheden is Aldewereld sociale-zekerheidspremies verschuldigd in Duitsland. Maar ook de Nederlandse fiscus vorderde van Aldewereld als ingezetene premies krachtens de Nederlandse sociale-zekerheidswetgeving. Staat het Europees Gemeenschapsrecht echter toe dat Aldewereld in twee lidstaten sociale-zekerheidsbijdragen dient te betalen?

Het Hof merkt onmiddellijk op dat een oplossing dient te worden gezocht in verordening 1408/71/EEG. Daar Aldewereld een onderdaan is van de Europese Unie en onderworpen is aan de wetgeving van een lidstaat, valt hij immers onder de personele werkingssfeer van deze verordening. Dit betekent dat overeenkomstig artikel 13, lid 1, in beginsel slechts de wetgeving van één lidstaat van toepassing is.

Maar welke wetgeving is dat? Geen enkele bepaling van de verordening regelt immers de situatie van Aldewereld die werkzaam is buiten het grondgebied van de Europese Gemeenschap.

Volgens de Nederlandse regering is het ontbreken van zulk een bepaling in de verordening geen lacune maar vloeit dit voort uit het feit dat dergelijke situatie niet onder de artikelen 48 en 51 van het EG-Verdrag valt. Deze bepalingen beogen immers enkel de totstandkoming van het vrij verkeer binnen de Gemeenschap. Het behoort dan ook tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale lidstaten vast te stellen of iemand onder hun sociale-zekerheidsstelsel valt of niet, en het gemeenschapsrecht staat er dus niet aan in de weg dat betrokkene in casu voor een zelfde periode in twee lidstaten premies verschuldigd is. Deze stelling kan echter niet worden aanvaard. Het Hof heeft immers reeds in vroegere rechtspraak beslist dat het feit dat iemand zijn werkzaamheden gedeeltelijk of uitsluitend buiten het grondgebied van de Gemeenschap verricht, niet van doorslaggevend belang is, zolang er maar een voldoende band blijft bestaan met een lidstaat (zie ook bv. arrest van 12 juli 1984, zaak 237/83, Prodest, *Jur.*, 1984, 3153, r.o. 6, en arrest van 23 oktober 1986, zaak 300/84, Van Roosmalen, *Jur.*, 1986, 3097, r.o. 29-30; zie daarover ook Y. Jorens, *Wegwijs in het Europees sociale zekerheidsrecht*, Brugge, die Keure, 1992, 27-28). In casu kan men gerust stellen dat er een voldoende aanknopingspunt aanwezig is daar Aldewereld werkzaam is voor een Duitse onderneming en hierdoor onder de Duitse sociale-zekerheidswetgeving valt. De toepasselijke wetgeving moet dan ook worden vastgesteld aan de hand van de bepalingen van de verordening. Het Hof verworpt hierbij wel de door de Commissie voorgestelde keuzemogelijkheid tussen enerzijds de wetge-

ving van de woonstaat van de werknemer en anderzijds de wetgeving van het land waar de onderneming haar zetel heeft. De toepasselijke wetgeving dient objectief te worden vastgesteld waarbij gelet dient te worden op de aanknopingsdie de betrokken situatie heeft met de wetgeving van de Lid-Staten. In casu zijn er twee aanknopingsfactoren, zijnde de woonplaats van de werknemer en de plaats waar de werkgever is gevestigd. Het Hof wijst erop dat uit verordening 1408/71/EEG blijkt dat de wetgeving van woonplaats een ondergeschikte regel vormt die slechts wordt toegepast wanneer die wetgeving een aanknopingspunt heeft met de arbeidsverhouding. Wanneer de werknemer echter, zoals dit hier het geval is, niet woont op het grondgebied van een van de lidstaten waar hij zijn werkzaamheden verricht, wordt de voorkeur gegeven aan de wetgeving van de staat van de zetel van de werkgever. Nederland mag dan ook geen premies heffen.

(Vijfde Kamer – Zaak C-60/93, Aldewereld)

Yves Jorens

BOEKEN

STEPHAN PARMENTIER (red.), **Mensenrechten tussen retoriek en realiteit**, Gent, Mys & Breesch, 1994, 338 pp.

Het veertiende Tegenspraak-cahier wil, vanuit een combinatie van juridische en metajuridische invalshoeken, enkele belangrijke actuele en toekomstige trends in de mensenrechtendiscussie uitdiepen en van kritische commentaar voorzien. Na een inleidend deel, waarin de Universele verklaring voor de rechten van de mens en het E.V.R.M., in hun historische context worden gesitueerd, bundelt deel I vier bijdragen over internationale trends in de mensenrechtenbescherming, worden in deel II vier domeinen van het Belgische recht aan de internationale mensenrechtennormen getoetst, en sluit het meest omvangrijke deel III met zes rechtstheoretisch en filosofisch georiënteerde bijdragen een evenwichtig opgebouwd boek af.

In het inleidende deel vertelt het sobere verslag over de genese en de ontwikkeling van het E.V.R.M. (Leo Zwaak) uiteindelijk weinig nieuws. Pittiger is de bijdrage van Jan Herman Burgers, waarin hij onder andere enkele klassieke stellingen uit het mensenrechtendebat (de mensenrechtengedachte is vooral een reactie op de tijdens de oorlog gepleegde misdaden tegen de mensheid; het in de Universele verklaring neergelegde mensenrechtenbegrip is een door het Westen aan de rest van de wereld opgedrongen concept – beide opvattingen duiken ook regelmatig op in de pagina's van dit cahier) met historische argumenten tracht te weerleggen.

De vier bijdragen van het eerste deel zijn gewijd aan het Europese Unieburgerschap (Bernard Hubeau), de koppeling van mensenrechten en ontwikkelingssamenwerking (Koen De Feyter), het internationale humanitaire recht (Wilfried Remans) en grondrechten in detentiesituaties (Greet Smaers).

Deze laatste bijdrage, een striemende kritiek van de Straatsburgse rechtspraak over de toepassing van artikel 3 E.V.R.M. in detentiesituaties, loopt door de specificiteit van het onderwerp een beetje verloren in een deel dat «internationale trends» wil belichten. De teksten van Koen De Feyter en Wilfried Remans sluiten nauwer bij die opzet aan. Beide auteurs bieden een nuchter en lucide overzicht van domeinen waarop vele «klassieke» mensenrechtenspecialisten – en ook, minstens even belangrijk: beleidsbepalers – zich minder thuis voelen. Met een aantal recente voorbeelden toont Wilfried Remans, hoofd van het departement internationale zaken bij het Rode kruis Vlaanderen, aan hoe vooral de gebrekkige bekendheid van de bestaande systemen een effectieve werking van het internationale humanitaire recht ondermijnt.

In het bestek van dit deel verdienen ongetwijfeld ook de ontwikkelingen binnen de Europese Unie de aandacht. Daarom is de wat

stuurloze bijdrage over de grondrechten van de Unieburger een gemiste kans, niet alleen omdat ze te veel onzorgvuldigheden bevat, maar vooral wegens het gevolgde spoor. Het hart van de communautaire grondrechtenproblematiek ligt in het spanningsveld tussen, en de vaak verrassende confrontaties van, «klassieke» mensenrechten en marktvrijheden; de rechtspraak van het Hof van Justitie, die in het artikel slechts terloops aangeraakt wordt, levert hier voor meer beloftevolle aanknopingspunten dan de door de auteur gekozen analyse van de (bescheiden) inhoud van het burgerschap van de Europese Unie.

Deel II richt de kijker op het overheidsbeleid en de fundamentele rechten in België en zoomt in op ordehandhaving en burgerrechten (Lode Van Outrive), bio-ethiek en mensenrechten (Herman Nys), vluchtelingenrecht en recht op asiel (Ilse Verbist) en het recht op privacy van de werknemer binnen de onderneming (Patrick Humblet).

De keuze van dit laatste onderwerp ligt niet meteen voor de hand; ze wordt ook nauwelijks gemotiveerd. Patrick Humblet's besluit luidt dat een demotiserend van het bedrijfsleven broodnodig is; hoe kunnen werknemers die acht uur per dag, elf maanden per jaar, aan een autoritair regime worden onderworpen, immers goede democraten zijn? Een intrigerend standpunt, maar wie het onderbouwd wil zien, grijpt wellicht beter naar het proefschrift van de auteur.

De bijdrage over ordehandhaving en burgerrechten besteedt vooral aandacht aan de nieuwe wet op het politieambt, maar doet haar auteur, nochtans een erkend specialist, beslist geen eer aan. De analyse van het «mensenrechtelijk politioptreden» (sic) is vluchtig en slordig geschreven en gaat gebukt onder ellenlange wettelijke en andere citaten.

Bij de twee overblijvende auteurs (Ilse Verbist, juriste bij het Overlegcentrum voor de integratie van vluchtelingen, en de alomtegenwoordige Herman Nys) krijgt het Belgische beleid het – misschien voorspelbaar, maar terecht – zwaar te verduren. Nys' kritiek treft vooral de weinig deskundige aanpak van de bio-ethische problematiek door de wetgever en diens «cynische onwil om mensenrechten in de gezondheidszorg ernstig te nemen» (p. 175). Zijn hoop op een verbetering van de rechtspositie van de patiënt berust, meer nog dan op goed bedoelde nationale initiatieven, op de ontwikkelingen binnen de Raad van Europa. Het artikel van Ilse Verbist toont de kloof aan die gaapt tussen het fundamentele recht om asiel te zoeken en de effectieve kans om deze bescherming te vinden. Het «boetseerwerk» aan de Belgische wetgeving past in de Europese tendens om het aantal asielzoekers tot een minimum te trachten te beperken; het door de auteur daartegenover geplaatste streven naar een ruimere interpretatie van het vluchtelingenbegrip in meer zuidelijke regio's (Latijns-Amerika, Afrika) onderstreept nogmaals het evident *mondiale* karakter van de problematiek.

De zes bijdragen van het derde deel (Theoretische beschouwingen over mensenrechten) moeten wellicht, alleen al door het brede spectrum van de behandelde vraagstukken, het *pièce de résistance* van de bundel vormen. Dat valt echter opnieuw wat tegen. Zo blijft het artikel van François Rigaux (Individuele rechten en collectieve rechten), hoe lezenswaardig ook, een oppervlakkige en tweedehandse, want vertaalde, kennismaking met de ideeënrijkdom van deze auteur (lees bijvoorbeeld het laatste deel van zijn *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990). Aan het zelfde euvel lijdt de bijdrage van François Ost; «Ecologie en mensenrechten» is slechts een stroeve vertaling van een reeds twee jaar geleden, net over de taalgrens gepubliceerde beschouwing. Lijkt dit geen, bij uitstek in dit domein misplaatst, provincialisme? (Bovendien had ten minste vermeden moeten worden dat een kerngedachte van Ost niet steeds even klare betoog, uitgedrukt in het citaat «nous n'héritons pas la terre de nos ancêtres, nous l'empruntons à nos enfants» ((de Saint-Exupéry) verloren gaat; op p. 312 staat: «we lenen ze aan onze kinderen».)

Roel De Lange schrijft over de botsing van grondrechten. «Wat moet de rechter doen?», luidt de vraag in de titel. Gevreemd moet worden dat hij het na lectuur van deze onoverzichtelijke en ogenschijnlijk door de zetter duchtig gehavende bijdrage nog niet zal weten. In «Mensenrechten en natuurrecht» situeert Mark Van Hoecke de huidige opvatting over mensenrechten in een erg ruw geschetste evolutie van het natuurrechtelijk denken, waarin vooral zijn betwistbare karakterisering van mensenrechtenverdragen als consensueel natuurrecht en de oproep tot radicale bestrijding van het «ecologisch natuurrecht» opvallen. Wanneer de auteur een parallel trekt tussen

recente ontwikkelingen in de rechtsfilosofie en in de benadering van de mensenrechten, beperkt hij zich hoofdzakelijk tot een vluchtige weergave van de discussie over de procedurele grondrechten in de – niet zó recente – geschriften van Luhmann, Habermas en Fuller.

Het artikel van Frank Fleerackers is ongetwijfeld ambitieus: «Mensenrechten en menselijk leven: een rechtsantropologisch en rechtsfilosofisch onderzoek tussen rechtstheorie en rechtspraak», en dat op 15 bladzijden... Belangrijker dan de occasionele hoogdravendheid, is de kracht van het pleidooi voor een alternatief voor de achterhaalde natuurrechtelijke (en filosofisch «modernistische») universaliteitsaanspraak van de mensenrechten enerzijds en een puur nihilistisch waardenrelativisme anderzijds. De universaliteitsdimensie van mensenrechten moet rechtstreeks verbonden worden met hun politiek-democratische, en dus ook evolutieve, vastlegging en legitimering. Terecht onderstreept de auteur de wezenlijke betekenis van deze (herijekte) universaliteitsaanspraak voor de haalbaarheid en de doelmatigheid van een mensenrechtenbeleid.

Het boek eindigt sterk met een bijdrage van Koen Raes. In «Individuele grondrechten, politieke verantwoordelijkheden en collectieve voorzieningen» verdedigt hij met verve de stelling dat de werkelijkheid van grondrechten vaak de inzet van collectieve voorzieningen vergt en dat sommige grondrechten slechts kunnen bestaan door de verzekering van collectieve of publieke goederen. Daarom vloeien uit het grondrechtenvertoog ook plichten voort en vóór alles een collectieve solidariteitsplicht. In dat perspectief verliezen klassieke tegenstellingen (bv. tussen burgerlijke en politieke vrijheden en sociaal-economische rechten) hun betekenis. In plaats van een onthoudingsplicht, kan de eerbiediging van iemands grondrechten immers net zo goed een verantwoordelijkheid tot handelen (ook door bij te dragen tot de realisatie van, voor de waarborging van grondrechten noodzakelijke, collectieve goederen en instituties) veronderstellen.

Editor Stephan Parmentier distilleert drie trends uit de bijdragen: de tweezijdige ontwikkeling van de mensenrechten, in de zin van een verbreding (cf. de rechten van de tweede en de derde generatie) en een verdieping (speciale bescherming voor personen van een bepaalde categorie of in een bijzondere situatie); de verhoogde aandacht voor de implementatie en het toezicht op de naleving van mensenrechten; en de noodzaak van fundamentele conceptuele bezinning over mensenrechten, zowel juridisch en politiek, als rechtstheoretisch en filosofisch. Zijn inleidende beschouwingen lijken geschreven voor een ideale verzamelbundel over mensenrechten in de jaren negentig. Die verwachting kan dit cahier niet inlossen. Te veel bijdragen laten zich uitsluitend lezen als een vluchtige inleiding tot of samenvatting van andere, meer uitgewerkte geschriften van hun auteurs. Enkele onbegrijpelijk onzorgvuldige artikelen blijven zelfs beneden die drempel. Bovendien is het taalgebruik, vooral op de ook inhoudelijk zwakkere bladzijden, niet steeds zuiver en is het boek evenmin vlekkeloos uitgegeven.

Is dit oordeel te streng? Zeker niet. Vindt de lezer in dit cahier dan geen nuttige, boeiende of intrigerende teksten? Zeker wel, maar de kwaliteiten van die sterkere bijdragen maken de kritiek op de mindere des te meer onvermijdelijk. Tegenspraak-cahiers hebben recht op kritische lezers. De vraag of die lezers zelf ook krijgen waar zij recht op hebben, moet in het geval van dit cahier gemengd beantwoord worden.

Mark Wouters

P. SCHOUKENS, **Coördinatiebepaling inzake gezondheidszorg: het overig Europees recht**, Maklu, Antwerpen / Apeldoorn, 1993, 52 pp.

Dit boekje is het zesde in de reeks gezondheidszorgverzekering en Europa (red.: prof. dr. D. Pieters). Zoals de titel ervan reeds geeft, moet het worden gelezen samen met een ander boek in dezelfde reeks, nl. het derde, zijnde «Coördinatiebepalingen inzake gezondheidszorg: het communautaire recht». In het zesde deel wordt het overig Europees recht met uitzondering van de bilaterale verdragen besproken. Het betreft voornamelijk instrumenten die binnen het kader van de Raad van Europa en de Internationale Arbeidsorganisatie tot stand zijn gekomen.

Herman Nys

J. SCHRYVERS, **De betere tafels 1988-1990, of het irrationele gebruik van kapitalisatie- en sterfzetafels**, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, 149 pp.

De «tafels» die in de titel worden bedoeld zijn de sterfte- en kapitalisatietafels die in het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheid door de rechtspraak worden gebruikt voor de raming van de lichamelijke schade waarvan de uitwerking zich in de toekomst zal voordoen.

In feite is de ambitie van dit boek dubbel. Allereerst wil het de principes van de kapitalisatietechniek voor juristen inzichtelijk maken, maar tegelijk wijzen op de slechts betrekkelijke waarde ervan. Ten tweede biedt het in een documentair gedeelte (een «bijlage» die twee derde van het totaal volume van het boek in beslag neemt) aan de praktizijnde gebruikskele kapitalisatietafels aan.

De aandacht van de practicus gaat dan ook allereerst uit naar dit tweede gedeelte. De auteur gaat er prat op «betere tafels» te brengen, onder meer omdat hij zich wat het aspect sterfzetafel betreft baseert op de meest recente gegevens uit de jaren 1988, 1989 en 1990, zoals verzameld in de N.I.S.-Bevolkingsstatistieken van 1992; «tot dusver heeft onze rechtspraak zich altijd bediend van voorbijgestreefde tafels, zelfs wanneer er meer recente gegevens ter beschikking stonden» (p. 3). Vooral de «zekere annuïteiten-gemiddelde levensduur» (verder onderverdeeld in tafels voor mannen en voor vrouwen, en voor jaarlijkse en maandelijksse betalingen) moeten de praktijk grote diensten bewijzen omdat zij het raadplegen van twee tafels, die van de gemiddelde levensduur en die van de zekere annuïteiten, overbodig maken: nu volstaat de raadpleging van de ene toepasselijke tafel, waarvan de coëfficiënten per leeftijd meteen rekening houden met de levensverwachting die met die leeftijd overeenstemt. Een bijkomende troef voor de praktijk is dat de coëfficiënten worden gegeven tegen interesten van 2%, 2,5%, 3%... tot 6,5%, naar keuze van de gebruiker.

Voorafgaand aan de kapitalisatietafels is er de eigenlijke tekst van het boek (een vijftigtal bladzijden) waarin de auteur op een systematische wijze de lezer – jurist en geen actuaaris – inzicht poogt te geven in het wezen van het kapitaliseren. Trefzeker en vaak aan de hand van voorbeelden worden begrippen toegelicht als gemiddelde levensduur, waarschijnlijk levensduur, zekere en vaste, en zekere en stijgende annuïteiten, lijfrenten, interestvoeten, reële interesten e.d.m. De desbetreffende pagina's zijn uiteraard vrij technisch van aard, doch goed verstaanbaar (desnoods bij een tweede lezing, want veel houdt verband met zaken die verder worden toegelicht) dank zij de klare taal die de auteur gebruikt, en het ruime aanbod van tabellen en voorbeelden.

Toch zijn de boeiendste bladzijden uit het boek die waar de gewezen verzekeringsjurist J. Schryvers de betrekkelijkheid blootlegt van de actualiseringsformules. Deze kunnen nuttig gebruikt worden door hen die in de toekomst betalingen zullen moeten doen. Ze maken het namelijk voor een renteplichtige mogelijk om, door het gebruik van zekere berekeningsparameters, het bedrag te bepalen dat heden belegd moet worden om in de toekomst een schuld te kunnen betalen.

In ons vergoedingsrecht hebben we echter op een wonderlijke manier de waarden volledig omgekeerd: met de kapitalisatie leggen we het risico van een verkeerde parameterkeuze op de rug van de rentetrekker, van de benadeelde dus die een economische waarde aangetast zag worden of zelfs verdwijnen. Wij leggen dit risico ten laste van de benadeelde door hem een kapitaal, dat hij zelf moet leggen, te geven; de actualiseringsparameters, die wij voor hem gekozen hebben, zullen achteraf misschien blijken verkeerd te zijn geweest en hem een onvoldoende rendement te hebben gegeven om de hele schade over heel de duur ervan te dekken.

De rechter die te maken krijgt met het probleem van de omzetting van een schade met een toekomstige waarde naar een huidige waarde, kan geen antwoord geven op de vragen die gesteld moeten worden bij elke handeling in de kapitalisatieberekening: de levensduur, de sterftekansen, de huidige en de toekomstige, de bruto- en de netto- en de reële interestvoet, de inflatie, de economische en politieke toestand... niets dan onwaarschijnlijkheden en onzekerheden.

Bovendien speelt het Hof van Cassatie in deze materie geen enkele regulerende rol. In tegenstelling tot de sector van de arbeidsongevallen, waar de wetgever en vooral het Fonds voor Arbeidsongevallen wel die regulerende rol speelt, komt er van ons opperste gerechtshof geen praktisch onderricht, geen suggestie noch aanbeve-

ling tot de keuze van een bepaalde tafel of tot het gebruik van bepaalde parameters.

De oplossing van het probleem, die laten we over aan de bodem-rechter, die we in alle vrijheid zijn willekeurige beslissing laten nemen; aan die rechter geven we een verantwoordelijkheid die eigenlijk in het domein van de wetgever thuishoort: deze laatste is de enige die de gelijkheid van behandeling in de keuze van de parameters en van berekeningsmethodes kan waarborgen.

De auteur heeft ook oog voor het alternatief: geen kapitalisatie meer maar wel toekenning van geïndexeerde renten. Wil men in gemeen recht een systeem van geïndexeerde renten financieerbaar houden zonder de premies van de aansprakelijkheidsverzekering behoorlijk te verhogen, dan zullen er uiteraard besparingen moeten worden gemaakt, meer bepaald – aldus de auteur – door ons te distantiëren van onze taboes inzake invaliditeit zonder loonverlies en andere niet economische schadeposten (morele schade?).

De – o.i. grote – verdienste van dit boek ligt op een dubbel niveau. Het is een onmisbaar werkinstrument voor de practicus (rechter, advocaat, verzekeringsjurist) die over de meest recente tafels wil beschikken. Maar tegelijk formuleert het zeer pertinente kritische bedenkingen bij het gebruik van de kapitalisatietechniek; de tafels hebben alles te maken met wiskunde, en daardoor ontstaat de illusie van een mathematische exactheid – terwijl in feite zoveel onbekende parameters meespelen dat zelfs met de beste tafels de schade niet exact kan worden geraamd en eenmalig vergoed. Daarvoor treft de tafels geen schuld, maar is de ingeburgerde praktijk van de eenmalige evaluatie verantwoordelijk: op een punt in de tijd – bv. het consolidatietijdstip bij blijvende arbeidsongeschiktheid – een uitspraak willen doen over toekomstige schade veronderstelt dat men voortgaat op waarschijnlijkheden, niet op zekerheden.

Dries Simoens

J.T. VAN STEGEREN, **Lagere overheden in en buiten rechte**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 273 pp.

De auteur, juridisch adviseur bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken, heeft op het goede ogenblik tot de publikatie besloten. Dit boek bespreekt hoe de provincies, gemeenten en waterschappen en hun besturen sedert de inwerkingtreding van de nieuwe provinciewet en de nieuwe gemeentewet op 1 januari 1994 en van de waterschapswet op 1 januari 1992 met hun nieuw geregelde bevoegdheden in en buiten rechte optreden. Bovendien is op 1 januari 1994 het nieuw administratief procesrecht in werking getreden.

Het boek bevat vijf delen. De delen 1, 2 en 3 leggen uit hoe de lagere overheden optreden voor de burgerlijke rechter, voor de strafrechter en voor de administratieve rechter.

In het administratief procesrecht nieuwe stijl heeft de wetgever veel betekenis gehecht aan de bezwaarschrift- en administratieve beroepsprocedures.

In deel 4 van het boek heeft de auteur dan ook de nodige aandacht besteed aan de lagere overheden als indieners van een bezwaarschrift en als ontvangers van een bezwaarschrift, alsmede aan de rol van de lagere overheden in het administratief beroep.

In dat deel is ook reeds sprake over het optreden buiten rechte maar daaraan wordt uitvoerig aandacht besteed in het laatste deel.

In bepaalde hoofdstukken wordt de theorie verduidelijkt aan de hand van voorbeelden uit de praktijk.

Het boek bevat de lijst van de aangehouden jurisprudentie, een register van wetsartikelen, per onderwerp geordend en een zakenregister.

Ofschoon het nieuwe bestuursprocesrecht erin geslaagd is een bepaalde vereenvoudiging door te voeren, zijn er toch nog heel wat organen die bestuursgeschillen en andere geschillen moeten beslechten.

Het werk van Van Stegeren is een heldere en betrouwbare wegwijzer.

W. Lambrechts