

DE WET VAN 24 DECEMBER 1993 BETREFFENDE DE OVERHEIDSOPDRACHTEN

1. Op 24 december 1993 werd de wet aangenomen «betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten». Deze wet is geroepen om voor de komende jaren de nieuwe basiswet te vormen voor alle overheidsopdrachten en zelfs voor sommige opdrachten die door bepaalde privaatrechtelijke personen worden gegund.

Om de nieuwe wet van 24 december 1993 te begrijpen en te situeren is het noodzakelijk te schetsen in welk wettelijk kader deze tot stand is gekomen. Daarbij kan niet worden voorbijgegaan aan het Europeesrechtelijk kader. Het zijn immers vooral de Europese richtlijnen die op het gebied van overheidsopdrachten werden uitgevaardigd, die tot de totstandkoming van de wet van 24 december 1993 hebben geleid.

I. OVERZICHT VAN DE VOOR DE INWERKINGTREDING VAN DE WET VAN 24 DECEMBER 1993 BESTAANDE REGLEMENTERINGEN ¹

A. Op het Europees vlak

1° Algemeen

2. De opheffing van de beperkingen van het vrij verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging overeenkomstig de bepalingen van het EEG-Verdrag bleek spoedig onvoldoende om een gemeenschappelijke markt op het gebied van de deelneming aan overheidsopdrachten te verzekeren. Vandaar dat initiatieven werden genomen om de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te coördineren. Die leidden in de jaren '70 tot de aanvaarding van twee coördinatie-richtlijnen, de ene betreffende de overheidsopdrachten voor *werken*, ² de andere betreffende overheidsopdrachten voor *leveringen*. ³ Die richtlijnen – die slechts geringe verschillen vertonen – hebben het beoogde resultaat evenwel geenszins bereikt. De daaropvolgende initiatieven hebben geleid tot een aantal richtlijnen die betrekking hebben op de gunning van werken, leveringen en diensten. Met het oog op de mogelijkheid om de in die richtlijnen vervatte bepalingen in rechte af te dwingen, werd ook een richtlijn inzake beroepsprocedures uitgevaardigd.

¹ Voor een uitgebreid overzicht en bespreking, zie D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidsopdrachten en overheidscontracten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Die Keure, 1993, 89 e.v.

² Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, (71/305), *Pb.*, nr. L 185 van 16 augustus 1971, 5.

³ Richtlijn van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, (77/62), *Pb.*, nr. L 13 van 13 januari 1977, 1.

Voor een aantal sectoren, de nutssectoren, werd een bijzondere regeling uitgewerkt.

Het is van belang te onderstrepen dat de richtlijnen geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelzen. De lidstaten blijven vrij om binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die de richtlijnen bevatten, materiële en procedureregels inzake de gunning van overheidsopdrachten te handhaven of vast te stellen, mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen.

2° De richtlijnen betreffende de gunningsprocedures

3. De reeds besproken richtlijnen betreffende de gunning van overheidsopdrachten van *werken* en *leveringen* werden ingrijpend gewijzigd. De richtlijn inzake overheidsopdrachten van leveringen werd gewijzigd door een richtlijn van 22 maart 1988. ⁴ De richtlijn inzake overheidsopdrachten van werken werd gewijzigd door een richtlijn van 18 juli 1989. ⁵ Aangezien deze richtlijnen naderhand op een aantal punten werden gewijzigd, onder meer door de richtlijnen diensten en nutssectoren, werd op 14 juni 1993 een nieuwe gecoördineerde tekst van deze beide richtlijnen aangenomen. ⁶ Daarin werden beide richtlijnen ook nog meer op elkaar afgestemd.

Door de nieuwe richtlijnen werken en leveringen wordt het toepassingsgebied ruimer geformuleerd en wordt vooral gestreefd naar een doorzichtiger gunningsprocedure, onder meer door de organisatie van voorinformatie over toekomstige opdrachten, de regel dat slechts in een beperkt aantal gevallen een beroep mag worden gedaan op de onderhandelingsprocedure, de verplichte motivering van de beslissing inzake de keuze van de contractant en de verplichting tot

⁴ Richtlijn van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van Richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van Richtlijn 80/767/EEG, *Pb.*, nr. L 127 van 20 mei 1988, 1. Overeenkomstig artikel 20 van die richtlijn doen de lidstaten de nodige maatregelen in werking treden om uiterlijk op 1 januari 1989 aan de richtlijn te voldoen.

⁵ Richtlijn van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.*, nr. L 210 van 21 juli 1989, 1. Overeenkomstig artikel 3 van die richtlijn doen de lidstaten de nodige maatregelen in werking treden om uiterlijk één jaar na de datum van kennisgeving (19 juli 1989) aan de richtlijn te voldoen.

⁶ Richtlijn 93/36 van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van leveringen, *Pb.*, nr. L 199/1 van 9 augustus 1993; Richtlijn 93/37 van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.*, nr. L 199/54 van 9 augustus 1993.

kennisgeving van de redenen van verwerping aan de niet gekozen gegadigden of inschrijvers.

4. Op 18 juni 1992 werd een richtlijn aangenomen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor *dienstverlening*.⁷ De voorschriften inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening sluiten meestal nauw aan bij de voorschriften die gelden voor de gunning van overheidsopdrachten van leveringen en werken. Wel wordt een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën opdrachten van dienstverlening. Een eerste categorie van diensten (bv. onderhoudsdiensten; advertentie en reclame, diensten van accountancy) is onderworpen aan regels die soortgelijk zijn aan de voorschriften die zijn opgenomen in de richtlijnen werken en leveringen. De andere categorie van diensten (bv. spoorwegvervoerdiensten; diensten voor onderwijs en beroepsonderwijs) is slechts aan bepaalde bekendmakingsregels onderworpen.

5. De richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten hebben geen betrekking op de opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (de zgn. *uitgesloten sectoren*). De voornaamste reden voor deze uitsluiting bestond erin dat de diensten die zich op dit terrein bewegen, in sommige gevallen onder het publiek recht vallen en in andere gevallen onder het privaat recht. Die sectoren kenmerken zich bovendien door een nauwe betrokkenheid van de overheid, bijvoorbeeld doordat exclusieve rechten worden toegekend en/of door een belangrijke aanwezigheid van de overheid in de beheersstructuren. De gunning van opdrachten in die sectoren worden geregeld in de richtlijn 90/531 van 17 september 1990.⁸ Aangezien de sectoren waarop die richtlijn betrekking heeft, thans niet meer van een Europese reglementering inzake de gunning van overheidsopdrachten zijn uitgesloten, wordt voortaan niet langer gesproken over de uitgesloten sectoren maar over de *nutssectoren*. De richtlijn was aanvankelijk slechts van toepassing op opdrachten van werken en leveringen. Door een richtlijn van 14 juni 1993 werden ook bepalingen voor de gunning van opdrachten van dienstverlening in de nutssectoren in deze richtlijn geïncorporeerd.⁹

De richtlijn nutssectoren laat de aanbestedende diensten vrij te kiezen voor de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de gunning via onderhandelingen, mits op de voorgeschreven wijze een oproep tot mededinging is gedaan.

Alleen in uitzonderlijke gevallen mag de oproep tot mededinging achterwege blijven. De richtlijn bepaalt tevens dat de door de aanbestedende dienst aangegeven technische specificaties moeten verwijzen naar Europese specificaties of, bij gebreke daarvan, naar andere in de Gemeenschap gebruikte normen, en dat zij geen discriminerende werking mogen hebben. Verder wordt via aangepaste voorschriften een transparante procedure nagestreefd.

3° De richtlijnen betreffende de beroepsprocedures

6. Inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en werken, voorziet een richtlijn van 21 december 1989 in een coördinatie van de *beroepsprocedures*.¹⁰ De richtlijn diensten breidt het toepassingsgebied van de rechtsbeschermingsrichtlijn uit tot de procedures inzake de overheidsopdrachten van dienstverlening.¹¹ De richtlijn beoogt te waarborgen dat ondernemingen die zich benadeeld weten door een inbreuk op de (in het intern recht omgezette) communautaire wetgeving inzake overheidsopdrachten, een beroep kunnen instellen dat doeltreffend is en snel verloopt. Anderzijds wordt in een speciale procedure voorzien die de Commissie de mogelijkheid biedt om, wanneer zij meent dat een duidelijke en onmiskenbare inbreuk wordt gepleegd, de betrokken lidstaat en aanbestedende dienst hiervan snel in kennis te stellen met het verzoek de inbreuk te herstellen.

7. Wat de naleving van de richtlijn nutssectoren betreft, werd op 25 februari 1992 een afzonderlijke richtlijn aangenomen.¹² Daarin wordt niet alleen voorzien in beroepsprocedures die in grote mate overeenstemmen met die welke gelden voor overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten in het algemeen. De richtlijn verplicht de lidstaten tevens om aan de aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van een verificatieregeling met het oog op het verkrijgen van een verificatieattest. Verder wordt ook voorzien in een bemiddelingsprocedure.

B. Op het nationaal vlak

8. Tot de (volledige) inwerkingtreding van de nieuwe wet van 24 december 1993 wordt de gunning van overheidsopdrachten nog geregeld door de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.¹³ De gunning van overheidsopdrachten wordt nader geregeld in het koninklijk besluit van 22

⁷ Richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (92/50), *Pb.*, nr. L 209 van 24 juli 1992, 1.

⁸ Richtlijn van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.*, nr. L 297 van 29 oktober 1990, 1. Overeenkomstig artikel 37 van die richtlijn treffen de lidstaten de nodige maatregelen om uiterlijk op 1 juli 1992 aan de richtlijn te voldoen. De lidstaten kunnen evenwel bepalen dat de bedoelde maatregelen eerst met ingang van 1 januari 1993 van toepassing zijn.

⁹ Richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.*, nr. L 199 van 9 augustus 1993, 84. Overeenkomstig art. 45 van die richtlijn passen de lidstaten de richtlijn toe, uiterlijk op 1 juli 1994.

¹⁰ Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *Pb.*, nr. L 395 van 30 december 1989, 33.

¹¹ Art. 41 richtlijn diensten.

¹² Richtlijn 92/13 van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, *Pb.*, nr. L 76 van 23 maart 1992, 14. Overeenkomstig artikel 13 van de richtlijn treffen de lidstaten de maatregelen die nodig zijn om voor 1 januari 1993 te voldoen.

¹³ *B.S.*, 28 augustus 1978.

april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.¹⁴ De concessie- en promotieopdrachten worden geregeld door de koninklijke besluiten van 14 november 1979¹⁵ en 18 mei 1981.¹⁶

9. Op grond van de wet van 20 juli 1973, die de Koning machtigt om bij in ministerraad overlegd besluit alle nodige maatregelen te nemen voor de uitvoering van de Europeesrechtelijke verplichtingen op het gebied van overheidsopdrachten, hebben koninklijke besluiten de richtlijnen «werken»¹⁷ en «leveringen»¹⁸ in het Belgisch recht omgezet. Beide besluiten nemen de tekst van de richtlijnen in grote mate – doch in aangepaste vorm – over. Voor de aangelegenheden die in het besluit – en de richtlijn – niet geregeld zijn, bv. inzake de beoordeling van de regelmatigheid van de inschrijvingen en de verbeteringen ervan, wordt verwezen naar de internrechtelijke regels.

10. De richtlijnen diensten en nutssectoren werden – in het kader van de wet van 14 juli 1976 – niet in het Belgisch recht omgezet. Wel bestaan er circulaires waarin de besturen worden opgeroepen om de bepalingen van die richtlijnen toe te passen.¹⁹

II. DE NIEUWE WET VAN 24 DECEMBER 1993

A. Ratio legis

11. De nieuwe wet heeft essentieel tot doel een doorzichtige en coherente reglementering van de gunning van overheidsopdrachten in te voeren. De recente richtlijnen bevatten immers procedurevoorschriften die in het interne recht niet bekend zijn (bv. publiciteitsverplichting bij onderhandelingsprocedure). Bovendien hebben de richtlijnen op diverse punten een ruimer toepassingsgebied dan de interne

wetgeving. Zo is de richtlijn nutssectoren ook van toepassing op de instellingen en opdrachten waarover de publieke sector zeggenschap heeft, terwijl de nationale reglementering daarop meestal niet van toepassing is. Ook worden de begrippen werken, leveringen en diensten door de richtlijnen op functionele wijze gedefinieerd.²⁰

Het naast elkaar bestaan van parallelle gunningssystemen naargelang de Europese richtlijnen al dan niet van toepassing zijn, is theoretisch weliswaar mogelijk, maar zeer ondoorzichtig en weinig coherent.²¹

12. Vooral de richtlijn nutssectoren maakte een algehele herziening van de nationale wetgeving noodzakelijk. De voorschriften van die richtlijn zijn weliswaar minder stringent dan de interne wetgeving in de mate waarin zij de gunning na onderhandelingen mogelijk maken, maar zij zijn wel strenger wat betreft de bekendmakingsverplichtingen, voornamelijk de inlichtingen die voor en na de gunning moeten worden bekendgemaakt. Ook het feit dat deze richtlijn bij beperkte en onderhandelingsprocedures toestaat de publicatie per opdracht te vervangen door een publicatie met het oog op het verkrijgen van een erkenning, is weliswaar een versoepeling ten opzichte van de andere richtlijnen en de interne wetgeving, maar tegelijkertijd ook een bijkomende beperking omdat in de huidige beperkte en onderhandelingsprocedures geen enkele bekendmaking vereist is.²²

De omzetting van de richtlijn nutssectoren voor alleen die opdrachten die de in de richtlijn bepaalde waarden te boven gaan, zou tot gevolg hebben dat bv. de N.M.B.S. voor bepaalde omvangrijke opdrachten een beroep zou kunnen doen op soepelere gunningsprocedures dan voor minder belangrijke opdrachten, hetgeen weinig consistent is.²³

13. De nieuwe wet bevat in de eerste plaats een wijziging van het toepassingsgebied van de wetgeving zodat die overeenstemt met het toepassingsgebied van de richtlijnen. Voorts voert de nieuwe wet een nieuwe gunningsreglementering in voor de opdrachten die betrekking hebben op de nutssectoren. In bepaalde gevallen is die reglementering ook van toepassing op privaatrechtelijke ondernemingen.

B. Structuur van de wet

14. De nieuwe wet bestaat inhoudelijk uit twee boeken.²⁴ Het eerste boek bestaat uit de bepalingen die betrekking hebben op de overheidsopdrachten. Het tweede boek heeft slechts betrekking op de opdrachten die betrekking hebben op de nutssectoren én die worden gegund, hetzij door bepaalde privaatrechtelijke ondernemingen, hetzij door overheidsbedrijven voor zover het gaat om de uitoefening van taken die niet van openbare dienst zijn.

15. Het eerste boek betreffende de eigenlijke overheidsopdrachten wordt verder onderverdeeld in vier titels.

Titel I van boek 1 bevat een aantal algemene beginselen, onder meer wat betreft het toepassingsgebied van de boeken en titels van de wet.

¹⁴ B.S., 26 juli 1977.

¹⁵ K.B. van 14 november 1979 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij concessie van bouwwerken, B.S., 17 november 1979, gewijzigd bij K.B. van 17 juli 1984 en K.B. van 2 augustus 1990, B.S., 10 augustus 1990.

¹⁶ K.B. van 18 mei 1981 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van een promotie-overeenkomst van werken en leveringen, B.S., 16 juni 1981.

¹⁷ Zie het K.B. van 1 augustus 1990 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen, B.S., 10 augustus 1990.

¹⁸ Zie het K.B. van 8 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen, B.S., 17 december 1988, gewijzigd bij K.B. 20 oktober 1992 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen, B.S., 29 oktober 1992. Wat de opdrachten van leveringen betreft is ook rekening te houden met het K.B. van 20 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen op niveau van de landen-ondertenaars van de GATT-Overeenkomst inzake overheidsopdrachten, B.S., 28 december 1988.

¹⁹ Circulaire van 8 juni 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van diensten (richtlijn 92/50), B.S., 16 juni 1993; circulaire van 24 december 1993 betreffende de toepasselijke bedragen voor de richtlijnen diensten en nutssectoren, B.S., 24 december 1993; circulaire van 30 mei 1994 betreffende (overheids-) opdrachten voor aanneming van diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, B.S., 3 juni 1994.

²⁰ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 3-4.

²¹ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 3 e.v.

²² *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 6.

²³ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 7.

²⁴ Er is ook nog een derde boek met alleen slotbepalingen.

Titel II heeft betrekking op de klassieke overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Hoofdstuk I van deze titel betreft het toepassingsgebied ervan en bevat een aantal begripsomschrijvingen. Voorts bevat dit hoofdstuk een aantal bepalingen die reeds te vinden zijn in de wet van 14 juli 1976, onder meer in verband met de organen die bevoegd zijn om gunningsbeslissingen te nemen (art. 6), de herziening van de prijzen (art. 7), de betalingen (art. 8), de promotieovereenkomst (art. 9),²⁵ onverenigbaarheden (art. 10), verboden afspraken (art. 11) en de verplichtingen van de aannemer inzake de naleving van de sociale en fiscale verplichtingen (art. 12).

Hoofdstuk II handelt over de wijze waarop overheidsopdrachten worden gegund (aanbesteding, offerte-aanvraag, onderhandelingsprocedure).

Hoofdstuk III betreft de technische specificaties en de normen – eigenlijk wordt deze aangelegenheid toevertrouwd aan de Koning.

Hoofdstuk IV bevat de regels in verband met het beslag, de afstand en de inpandgeving van de schuldvorderingen verschuldigd bij de uitvoering van een overheidsopdracht.

Titel III bundelt de bepalingen inzake de concessies voor openbare werken en de gunning van werken door de concessiehouders van openbare werken.

Titel IV heeft betrekking op de gunning van overheidsopdrachten ter zake van de nutssectoren. Het toepassingsgebied (hoofdstuk I) en de wijzen van gunning (hoofdstuk II) worden zeer gedetailleerd beschreven.

Boek I sluit af met een aantal «Diverse bepalingen» (titel V), waarin, onder meer, de Koning opnieuw wordt gemachtigd om de nodige maatregelen te nemen om de Europees-rechtelijke verplichtingen uit te voeren.

16. Boek II heeft, zoals gezegd, enkel betrekking op de opdrachten met betrekking tot de nutssectoren.

Titel I bevat de bepalingen die van toepassing zijn op de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen gegund door privé-ondernemingen.²⁶

Hoofdstuk I betreft het toepassingsgebied. Er wordt aangegeven wanneer welke aanbestedende diensten van titel I van boek II zijn onderworpen. Hoofdstuk II geeft aan op welke wijzen de opdrachten van privaatrechtelijke personen die onder toepassing van deze titel vallen, mogen worden gegund. Hoofdstuk III bevat een algemene bepaling betreffende de verwijzing naar technische specificaties en normen.

²⁵ De wet heeft tot doel, vergeleken met de wet van 14 juli 1976, de promotie vanuit een meer gunstige hoek te bezien, evenwel met behoud van het beginsel dat ze omringd moet worden door ruimere waarborgen dan een overheidsopdracht in een andere vorm (*Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 19).

²⁶ Er bestond discussie over de vraag of de bepalingen ten aanzien van privé-bedrijven wel kunnen worden opgenomen in een wet betreffende overheidsopdrachten: «De enige reden waarom deze regels in de wet betreffende de overheidsopdrachten worden opgenomen is dat zij voorkomen in een richtlijn die ook op overheidsopdrachten van toepassing is. Gelet op hun verschillende werkingswijze en voornamelijk op het fundamentele verschil in de regeling van de financiële verantwoordelijkheid tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke sector zijn ze echter in een afzonderlijk en onafhankelijk boek II ondergebracht. Dit boek zal overigens in een afzonderlijk besluit worden uitgevoerd precies omwille van deze fundamentele verschillen met de materie van overheidsopdrachten» (*Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 7).

Titel II bevat de bepalingen die van toepassing zijn op opdrachten in de nutssectoren door overheidsbedrijven, voor zover die opdracht geen betrekking heeft op taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonantie. Eigenlijk neemt titel II, voor de overheidsbedrijven, de bepalingen van titel I over.

Titel III ten slotte bevat – zoals boek I – een aantal diverse bepalingen.

C. Datum van inwerkingtreding – Uitvoeringsbesluiten

17. Artikel 68 bepaalt dat de koninklijke besluiten welke in uitvoering of met toepassing van de wet worden vastgesteld, in ministerraad worden overlegd. Overeenkomstig artikel 69 stelt de Koning voor boek I, voor boek II, en voor iedere bepaling van boek III de datum van inwerkingtreding vast. Een dergelijke bepaling maakt het mogelijk, indien nodig, de boeken I en II van de wet in werking te laten treden op verschillende tijdstippen, volgens de afwerking van hun respectieve uitvoeringsmaatregelen.²⁷

18. Ter uitvoering van de wet worden in eerste instantie drie verschillende uitvoeringsbesluiten voorzien. Een eerste koninklijk besluit zal betrekking hebben op de gunning van de «klassieke» overheidsopdrachten (boek I, titel II). Een tweede besluit zal de uitvoeringsregels bevatten voor de gunning van overheidsopdrachten in de nutssectoren (boek I, titel IV). Het derde besluit, betreffende de gunning van dit soort opdrachten door privaatrechtelijke personen en de overheidsbedrijven (boek II), is reeds uitgevaardigd.²⁸ Overeenkomstig artikel 30 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994, treedt boek II – evenals het koninklijk besluit zelf – in werking op 1 september 1994.

19. De memorie van toelichting kondigt ook aan dat de huidige algemene aannemingsvoorwaarden, vervat in het ministerieel besluit van 10 augustus 1977, zullen worden vervangen. Naast de algemene regels betreffende de uitvoering van de overheidsopdrachten kunnen bijkomende regels uitgevaardigd worden door de gewestelijke overheden, «binnen hun bevoegdheidssfeer en overeenkomstig hun specificiteiten».²⁹

Wat evenwel de opdrachten van privaatrechtelijke personen betreft, is het de uitdrukkelijke wil van de Regering voor die personen slechts bepalingen vast te stellen die in de richtlijn nutssectoren voorkomen: «Het stelsel dat toepasselijk is op deze personen, aanbestedende diensten genoemd, blijft dus dat van het privaatrecht, en het is daarom dat de bepalingen vermeld zijn in een onafhankelijk boek binnen het wetsontwerp».³⁰

20. De wet zal ook nog moeten worden aangepast aan de richtlijn 93/38 van 14 juni 1993 waardoor de gunning van opdrachten van dienstverlening in de nutssectoren wordt gereguleerd. Boek II van de wet is vooralsnog immers alleen van toepassing op opdrachten van werken en leveringen.

²⁷ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 49.

²⁸ Koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, *B.S.*, 18 augustus 1994.

²⁹ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 10.

³⁰ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 44.

III. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE WET VAN 24 DECEMBER 1993

21. Bij het onderzoek van het toepassingsgebied van de verschillende onderdelen van de nieuwe wet moet een onderscheid worden gemaakt tussen de algemene reglementering voor de «klassieke» overheidsopdrachten (boek I, titels II en III), de reglementering voor de overheidsopdrachten inzake de nutssectoren (algemene reglementering nutssectoren, (boek I, titel IV), en de reglementering voor bepaalde opdrachten inzake de nutssectoren, met name bepaalde opdrachten van privaatrechtelijke rechtspersonen en overheidsbedrijven waarvan de waarde het door de Koning vast te stellen bedrag te boven gaan (bijzondere reglementering nutssectoren, boek II).

Vooraf wordt vermeld in welke gevallen de wet van 24 december 1993 niet van toepassing is.

A. Gevallen waarin de wet niet van toepassing is

22. De wet van 24 december 1994 is niet van toepassing op de overheidsopdrachten die onder andere procedurevoorwaarden vallen en die gegund worden krachtens:

- een internationaal akkoord, gesloten in overeenstemming met het EEG-Verdrag, tussen België en een of meer landen buiten de Europese Gemeenschap dat handelt over werken, leveringen of diensten bestemd voor de verwezenlijking of de gemeenschappelijke exploitatie van een bouwwerk door de ondertekenende staten;
- een internationaal akkoord gesloten in verband met de legering van strijdkrachten betreffende ondernemingen van een lidstaat of een derde land;
- de specifieke procedure van een internationale instelling (artt. 3, § 1, en 57, 4° tot 6°).

Bij wijze van voorbeeld, verwijst de memorie van toelichting naar de opdrachten die gegund zijn door in het buitenland gevestigde nationale agentschappen die verplicht worden zijn aan de procedure- en uitvoeringsvoorschriften eigen aan het land van vestiging (*Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1, 12*).

23. De overheidsopdrachten voor leveringen en diensten waarop artikel 223, § 1, b, van het EEG-Verdrag³¹ van toepassing is, vallen ook onder het toepassingsgebied van de wet. De Koning wordt evenwel gemachtigd om die aan gewijzigde regels te onderwerpen (art. 3, § 3). De memorie van toelichting³² verantwoordt die bepaling op grond dat de internationale, nationale en gewestelijke context waarin deze opdrachten geplaatst worden, de internationale akkoorden voor gezamenlijke ontwikkeling en produktie die hierbij worden gesloten, evenals het specifiek karakter van het aan te kopen materiaal van die aard zijn dat geëigende procedures en uitvoeringsregels kunnen worden vereist. Die bepalingen

zouden het tevens mogelijk maken de Europese integratie in dezen te volgen.

Ter uitvoering van deze bepaling wordt een koninklijk besluit voorbereid waarin de mogelijkheid om bij de gunning van overheidsopdrachten economische compensaties in aanmerking te nemen, wordt gereguleerd. Het is evenwel twijfelachtig of, mede gezien de gewestelijke bevoegdheid in economische aangelegenheden, artikel 3, § 3, een wettelijke basis kan uitmaken voor de reglementering van de compensaties. In elk geval blijven de opdrachten inzake defensie onderworpen aan de basisprocedures en algemene uitvoeringsregels, zolang de Koning geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid hem door artikel 3, § 2, verleend.

24. Evenmin zijn aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten onderworpen, de contracten inzake diensten die toegewezen worden aan een aanbestedende overheid «op basis van een uitsluitend recht dat ze uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of reglementaire bepalingen geniet en die verenigbaar zijn met het verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (art. 3, § 2).

Bij de aanvaarding van deze bepaling stond het voorbeeld van de Regie der Gebouwen voor ogen. De Regie heeft op grond van haar statuten het alleenrecht om de gebouwen van de Staat te beheren en om in voorkomend geval diensten te verrichten en bouwkundige ingrepen te doen die verband houden met de opdrachten van werken die op basis van mededinging worden gegund.³³

25. Overeenkomstig artikel 42 zijn de bepalingen van het eerste boek niet van toepassing op de opdrachten van overheden die betrekking hebben op de produktie van elektriciteit. In de memorie van toelichting wordt die uitzonderingsbepaling verantwoord op grond dat de aanbestedende overheden die daarmee zijn belast (waaronder de Openbare Elektriciteitsmaatschappij) rechtstreeks in concurrentie staan met de particuliere ondernemingen.³⁴ De opdrachten van overheden die betrekking hebben op de produktie van elektriciteit zijn daarom slechts onderworpen aan de bepalingen van boek II, hetgeen betekent dat de wettelijke gunningsregels die daarin zijn opgenomen alleen moeten worden nageleefd indien het geraamd bedrag van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan het bedrag dat door de Koning is vastgesteld (art. 63).³⁵

26. Inzake de opdrachten die vallen onder de *algemene reglementering «nutssectoren»* worden een aantal bijkomende gevallen vermeld waarin de desbetreffende bepalingen van de wet (titel IV van boek I en boek II) niet van toepassing zijn. Het gaat om:

- de opdrachten voor de aanneming van werken en leveringen die de aanbestedende overheden of diensten gunnen voor het voortzetten van werkzaamheden betreffende de nutssectoren in een derde land buiten de Europese Gemeenschap, onder voorwaarden die de materiële exploitatie van een netwerk of van een aardrijkskundig gebied binnen de Europese Gemeenschap niet tot gevolg hebben;

³¹ Artikel 223, § 1, punt b, bepaalt: «Elke Lid-Staat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de produktie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor produkten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.»

³² *Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1, 12*.

³³ *Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/2, 33*.

³⁴ *Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1, 43 en 47*.

³⁵ De Raad van State merkte in dat verband op dat, volgens de gemachtigden van de Regering, «de Openbare Elektriciteitsmaatschappij het enige overheidsbedrijf in zijn soort (zou) zijn» (*Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1, 136*).

– opdrachten voor de aanneming van werken en leveringen gegund met het oog op een doorverkoop of verhuur aan derden, wanneer de aanbestedende overheid geen enkel bijzonder of uitsluitend recht geniet voor de verkoop of verhuur van het voorwerp van deze opdrachten en wanneer andere personen, onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende overheid, vrij kunnen verkopen of verhuren (artt. 36 en 57);

– opdrachten die gegund worden met andere doeleinden dan het voortzetten van werkzaamheden in de nutssectoren (artt. 37 en 58).

27. De *bijzondere reglementering nutssectoren* (boek II) is bovendien ook niet van toepassing op de opdrachten die door het openbaar gezag geheim verklaard zijn of waarvan de uitvoering gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, overeenkomstig wettelijke, reglementaire of administratieve bepalingen, of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van de veiligheid van het land dit vereist (art. 57).

B. Algemene reglementering (boek I, titels II en III)

1° *Ratione personae*

a. Algemeen

28. Overeenkomstig artikel 4, § 1, is de algemene reglementering van toepassing op de Staat, de gemeenschappen, de gewesten, de provincies, de gemeenten, alsmede de verenigingen gevormd door een of meerdere van deze.³⁶ Artikel 4, § 2, verwijst ook naar de publiekrechtelijke verenigingen en naar de verenigingen gevormd door een of meer aanbestedende overheden, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de kerkfabrieken en de instellingen die belast zijn met het beheer van de temporaliën van de erkende eredielen, de gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen, de polders en wateringen, de ruilverkavelingscomités, en de privaatrechtelijke universitaire instellingen voor die opdrachten welke gesubsidieerd worden door de overheid.³⁷

29. Er wordt in het midden gelaten of de wet ook van toepassing is op de wetgevende lichamen van de Staat, de Ge-

meenschappen en de Gewesten, evenals op het Rekenhof. Verwijzend naar de functionele betekenis van het begrip «Staat» in de rechtspraak van het Hof van Justitie, had de Raad van State nochtans gesuggereerd «om het toepassingsgebied van de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten aan de rechtspraak van het Hof van Justitie aan te passen».³⁸

30. Artikel 4, § 2, verwijst ook naar twee open categorieën: de organismen van openbaar nut (art. 4, § 2, 1°) en de rechtspersonen die aan bepaalde criteria voldoen (art. 4, § 2, 8°). Van beide categorieën publiekrechtelijke rechtspersonen zal een niet-limitatieve lijst worden opgemaakt (art. 4, § 4).³⁹

b. De rechtspersonen die aan bepaalde criteria voldoen

31. Artikel 4, § 2, 8°, bepaalt dat de algemene reglementering van toepassing is op:

«de rechtspersonen die op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:

– opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en

– rechtspersoonlijkheid hebben, en waarvan

- ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1° tot 8°;

- ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht van die overheden of instellingen;

- ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen».

32. Er wordt uitdrukkelijk aan toegevoegd dat het toepassingsgebied geen betrekking heeft op «de private rechtspersonen waarvan sprake in § 4 van dit artikel», dit zijn de privaatrechtelijke rechtspersonen die voor bepaalde door hen gegunde opdrachten subsidies van publiekrechtelijke instellingen ontvangen.

De wet is dus niet van toepassing op de instellingen van het vrij onderwijs, op de ziekenhuizen of private verzorgingsinstellingen. De Raad van State had namelijk opgemerkt dat, indien het niet de bedoeling was om de in artikel 4, § 2, vermelde criteria van toepassing te verklaren ten aanzien van bv. vrije onderwijsinstellingen en private ziekenhuizen of instellingen voor gehandicaptenzorg, dit in de tekst moest wor-

³⁶ De memorie van toelichting bevestigt voor zoveel nodig uitdrukkelijk dat bijgevolg zowel de zuivere als de gemengde intercommunales aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten zijn onderworpen. De eventuele aanwezigheid van een privé-partner wijzigd immers niets aan het openbaar statuut van de intercommunale (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 34-35).

³⁷ Aanvankelijk was het de bedoeling om – zoals in de wet van 14 juli 1976 – de wet van toepassing te verklaren op alle opdrachten van de privaatrechtelijke universitaire instellingen, dit «ten einde elke vertekening te vermijden in vergelijking met het stelsel dat toepasselijk is op de universitaire instellingen die onder het gezag van de gemeenschappen vallen» (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 15). In een amendement werd evenwel vooropgesteld dat de privaatrechtelijke instellingen slechts voor hun gesubsidieerde opdrachten aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten onderworpen mochten worden. Anders zou – volgens het amendement – het gelijkheidsbeginsel tweemaal geschonden worden, een eerste maal doordat de vrije privaatrechtelijke instellingen niet aan een zelfde verplichting zouden worden onderworpen, een tweede maal omdat niet identieke soorten universitaire instellingen op gelijke wijze zouden worden behandeld (zie *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/3).

³⁸ Advies van de Raad van State van 24 september 1992, *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 127-128.

³⁹ De memorie van toelichting (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 14) stelt in dat verband uitdrukkelijk dat een instelling «die beantwoordt aan de criteria van de bepaling onder 8° doch niet vermeld is in deze lijst onderworpen is aan de toepassing van de wet. Deze lijst is dynamisch, gezien de Koning er instellingen aan kan toevoegen of ervan kan afvoeren al naargelang ze beantwoorden aan deze criteria». Anderzijds zal een instelling die op een bepaald ogenblik niet meer beantwoordt aan de criteria doch nog voorkomt op de lijst, aan de toepassing van de wet ontsnappen voor haar toekomstige opdrachten. Zij zal in dat geval wel het bewijs moeten leveren dat zij aan deze criteria niet meer beantwoordt. Omwille van de rechtszekerheid zal zij tevens moeten vragen om van die lijst te worden afgevoerd.

den verduidelijkt.⁴⁰ Voor hun gesubsidieerde opdrachten kunnen de voornoemde instellingen echter wel aan de toepassing van de algemene reglementering van de wet onderworpen worden.

Dit belet uiteraard niet dat de algemene reglementering van de wet van toepassing is op «rechtspersonen die een privaatrechtelijke vorm hebben en tegemoet komen aan de criteria van de bepaling, en daarenboven verbonden zijn aan de overheid, hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks via rechtspersonen afgevaardigd door de aanbestedende overheden in de zin van artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8°».⁴¹

Ter precisering van het onderscheid tussen de rechtspersonen die aan de criteria van artikel 4, § 2, 8°, voldoen, en de private rechtspersonen, werd in de parlementaire voorbereiding bij wijze van voorbeeld verwezen naar het onderscheid tussen een schouwburg en een toneelgezelschap. Een schouwburg is belast met een taak van algemeen belang, een toneelgezelschap niet. Een schouwburg is dus overeenkomstig artikel 4, § 2, 8°, onderworpen aan de wet, terwijl dit voor het gezelschap slechts zal kunnen gelden wanneer het voor de uitvoering van een bepaalde uit te besteden opdracht subsidies zou ontvangen.⁴²

33. Opdat sprake kan zijn van een persoon in de zin van art. 4, § 2, 8°, moet dus voldaan zijn aan de voorwaarden inzake rechtspersoonlijkheid, doelstelling van algemeen belang en bijzondere overheidsinvloed. Vooral de twee laatste elementen kunnen als problematisch worden beschouwd.

Doelstelling van algemeen belang

34. Het is moeilijk om precies te bepalen wanneer een instelling geacht moet worden te zijn opgericht met het specifieke doel om te voorzien in behoeften van *algemeen belang*.⁴³ Wellicht moet aangenomen worden dat de instellingen die door de overheid zijn opgericht, vermoed worden te zijn opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang.⁴⁴ Heel het overheidsoptreden moet immers gericht zijn op de behartiging van het algemeen belang. Er is dan ook niet vereist dat de taken van algemeen belang tevens als een openbare dienst kunnen worden beschouwd.⁴⁵

Wat betreft het vereiste dat de instelling moet zijn *opgericht* om te voorzien in behoeften van algemeen belang, rijst de vraag of aan die voorwaarde is voldaan wanneer die taken van algemeen belang aan een bestaande persoon worden toevertrouwd. Gelet op de doelstellingen van de wet en van de Europese richtlijnen waaraan gevolg wordt gegeven, lijkt

een positief antwoord gerechtvaardigd.⁴⁶ Er moet dan ook worden aangenomen dat een instelling waaraan taken van algemeen belang zijn toevertrouwd, voor die taken met dat doel is opgericht. Het is overigens opvallend dat niet wordt bepaald dat het moet gaan om een instelling die door de overheid is opgericht.

35. Er wordt uitdrukkelijk vermeld dat, om als publiekrechtelijk te worden beschouwd, de instellingen moeten zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van *industriële of commerciële aard* zijn. Alleen de instellingen die behoeften beheren die van commerciële of industriële aard zijn ontsnappen aan de toepassing van de algemene reglementering van de wet.⁴⁷ Het is dus niet de aard maar de specifieke opdracht van de instelling die van industriële of commerciële aard moet zijn om haar aan het toepassingsgebied van de wet te onttrekken. Het feit dat een instelling van commerciële of industriële aard is, brengt dus niet met zich mee dat deze noodzakelijk tevens is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard.⁴⁸ Een instelling die een economische activiteit uitoefent en, al dan niet tegen betaling door de gebruiker, optreedt als producent of verdeler van goederen of als verrichter van diensten,⁴⁹ valt om die reden dus niet buiten het toepassingsgebied van de algemene reglementering van de wet.

Een maatschappij belast met de verwijdering van afval bij bijvoorbeeld is weliswaar commercieel of industrieel van aard, doch heeft als opdracht te voorzien in een algemeen belang inzake milieu. Het is dus geen bedrijf dat voorziet in een algemeen belang van commerciële of industriële aard. Anders zouden alle overheidspersonen die volgens economische wetmatigheden moeten functioneren, buiten het begrip «publiekrechtelijke instelling» komen te vallen. De openbare transportbedrijven zullen anderzijds met meer reden kunnen aanvoeren dat zij voorzien in een algemeen belang dat van commerciële of industriële aard is.

Valadou is van mening dat de volgende taken van algemeen belang niet van industriële of commerciële aard zijn: de bescherming van het leefmilieu, meer bepaald de verzameling en de verwerking van afval, de ruimtelijke ordening, de bouw van sociale woningen, en de uitbouw van de infrastructuur.⁵⁰

36. Wellicht worden met de instellingen die voorzien in een algemeen belang van commerciële of industriële aard vooral die instellingen bedoeld die in het kader van het economisch overheidsinitiatief zijn opgericht met de bedoeling de bloei van het economisch en industrieel leven te bewerk-

⁴⁰ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 128.

⁴¹ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 14-15.

⁴² *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/2, 40.

⁴³ Voor een studie van het begrip algemeen belang, zie o.m. DECLERCK, D., «Een peiling naar het begrip 'algemeen belang' in het Bestuursrecht», *R.W.*, 1967-68, 515-538; DE VISSCHERE, F.E., *Het begrip 'algemeen belang' in het Belgisch recht*, Haarlem, Tjeenk Willink, 1950; VEKEMAN, R., «Het algemeen belang als wettigheidsnorm», *T.B.P.*, 1984, 334-345.

⁴⁴ VALADOU, P., «Contrats des sociétés d'économie mixte et mise en concurrence», *A.J.D.A.*, 1992, (635), 640.

⁴⁵ *Ibid.* Zie over het begrip openbare dienst PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1990, 170, nrs. 160 e.v.; SUETENS, L.P. en SWARTENBROECKX, L., «Evolutie van het begrip 'openbare dienst'», in *De nieuwe vormen van overheidstussenkomenst in de onderneming*, Brussel, Bruylant, 1988, 279-302.

⁴⁶ Vgl. PEETERS, B., o.c., 167, nr. 158.

⁴⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 13.

⁴⁸ VALADOU, P., l.c. (635), 640.

⁴⁹ Over het ondernemingsbegrip, zie DEON, D., *Le statut juridique des entreprises publiques*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 146, nr. 94; PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsondernemen*, Antwerpen, Maklu, 1990, 40, 22 e.v.; VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht, A*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, XIII*, Brussel, Story Scientia, 1989, nrs. 55 e.v. en specifiek wat betreft het overheidsondernemen, nrs. 79 e.v.

⁵⁰ VALADOU, P., l.c., 640: «Toutefois, pour ce dernier domaine, le doute d'impose en raison des liens étroits existant entre les infrastructures de communications et de transports et les échanges économiques.»

stellingen, te bevorderen en te handhaven. Een circulaire van 13 december 1990 - met betrekking tot het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 - stelt inderdaad dat daarmee «de uitsluiting beoogd wordt van handels- of industriële bedrijven waarin de overheid een aandeel heeft genomen, (van) de openbare kredietinstellingen en (van) de activiteiten die eigen zijn aan de Nationale Investeringsmaatschappij en aan de Gewestelijke Investeringsmaatschappijen.»⁵¹

37. De memorie van toelichting merkte aanvankelijk in dezelfde zin op dat «instellingen zoals de Nationale Delcredietdienst, het Herdisconterings- en waarborginstituut, de Nationale Bank en de openbare kredietinstellingen, de Nationale en Gewestelijke investeringsmaatschappijen niet aan deze criteria beantwoorden». De Raad van State stelde voor om de genoemde instellingen omwille van rechtszekerheid uitdrukkelijk van de toepassing van de wet uit te sluiten. Die suggestie werd niet gevolgd. Wel werd de memorie van toelichting aangepast zodat de vermelde instellingen niet meer nominatim worden vermeld.

38. De memorie van toelichting wijst er ook op dat de omstandigheid dat de wet op bepaalde instellingen niet van toepassing is, niet gebruikt mag worden om de letter en de geest van de wet te omzeilen. Dat zou het geval zijn indien dergelijke instellingen de gunning van een opdracht toevertrouwd zouden krijgen voor rekening van een aanbestedende dienst die wel aan de wet onderworpen is, zodat zij, op die wijze, de bepalingen van de wet niet zou naleven.⁵²

- Bijzondere overheidsinvloed

39. Door uitdrukkelijk de criteria aan te duiden aan de hand waarvan een bijzondere overheidsinvloed kan worden vastgesteld, blijkt de intentie van de wetgever om de wetgeving van toepassing te verklaren in alle gevallen waarin de overheid op de gunning van een opdracht, hetzij direct hetzij indirect, een bijzondere invloed uitoefent.⁵³

Aan het criterium van de financiering is volgens de memorie van toelichting voldaan vanaf het ogenblik dat meer dan de helft van de financiële middelen van de instelling ter beschikking gesteld worden door een of meerdere van de overheden die aan de wet zijn onderworpen. Elke financieringsvorm van de werkzaamheden moet in overweging worden genomen, dus ook de dekking van een eventueel jaarlijks deficit.⁵⁴ Indien verschillende publiekrechtelijke instellingen voor de financiering zorgen, moet hun bijdrage worden samengegeteld.⁵⁵

c. Concessiehouders van openbare werken

40. Titel III van boek I heeft betrekking op de concessies voor openbare werken en van werken gegund door concessiehouders van openbare werken. Onder «concessieovereenkomst voor openbare werken» wordt de schriftelijke overeenkomst verstaan «waarbij een aanbestedende overheid aan een ander privaatrechtelijk of publiekrechtelijk persoon (de concessiehouder) het recht toekent om de werken of het werk uit te baten, zo nodig vergezeld van een prijs, waarvoor de concessiehouder hetzij de verbintenis aangaat om te voeren, hetzij gezamenlijk de conceptie en de uitvoering ervan op zich te nemen, hetzij te doen uitvoeren met eender welk middel» (art. 24). De reglementering inzake concessie is bijgevolg ook van toepassing wanneer de concessionaris een publiekrechtelijk persoon is, zelfs wanneer het niet gaat om een persoon in de zin van artikel 4, §1 en §2, bijvoorbeeld een overheidsbedrijf dat een werkzaamheid beheert in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie.⁵⁶

41. Niet vereist is dat in het stadium van de gunning van concessie een beroep wordt gedaan op gunningsprocedures. Wel kan de Koning de voorwaarden bepalen waaronder een concessie voor openbare werken mag worden toegekend. Die voorwaarden zullen onder meer betrekking hebben op de door de richtlijn werken voorgeschreven bekendmakingsverplichtingen.⁵⁷

42. Is de concessie eenmaal toegekend, dan is het mogelijk dat de concessiehouder zelf de werken in het kader van de concessie uitvoert. Het is echter ook mogelijk dat de concessiehouder met derden een overeenkomst sluit voor de uitvoering van bepaalde werken. Er moet dan een onderscheid worden gemaakt naar gelang de concessiehouder al dan niet een publiekrechtelijke rechtspersoon is in de zin van artikel 4, §1 en §2, is. Wanneer de concessionaris een publiekrechtelijke rechtspersoon is, zijn de bepalingen van toepassing die voor de overheidsopdrachten in het algemeen gelden. Indien de concessiehouder echter geen publiekrechtelijke rechtspersoon is, «dient hij de door de Koning bepaalde bekendmakingsregels na te leven voor de gunning aan derden van de werken of het werk waarvoor hij zich verbonden heeft om te voeren». Het begrip «derden» wordt in artikel 25, §2, nader gespecificeerd in de zin dat daaronder niet begrepen zijn de ondernemingen die zich verenigd hebben om de concessie te verkrijgen, noch de ondernemingen die met hen zijn verbonden. Indien de privaatrechtelijke concessionaris werken toevertrouwt aan een van de ondernemingen die zich verenigd hebben om de concessie te verkrijgen of met een «verbonden onderneming», moeten de bekendmakingsvoorschriften bijgevolg niet worden nageleefd.⁵⁸

d. Gesubsidieerde opdrachten

43. Overeenkomstig artikel 4, §4 kan de Koning de bepalingen van de wet of sommige ervan van toepassing maken op de opdrachten gegund door privaatrechtelijke personen die hiertoe subsidies genieten van publiekrechtelijke rechtspers-

⁵¹ Circulaire van de eerste minister van 13 december 1990, *B.S.*, 28 december 1990. Zie ook STEVENS, J., «De gemeentelijke, provinciale, ... v.z.w.'s en de overheidsopdrachten», *TGEM*, 1990, (370), 372.

⁵² *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 13. Zie in dat verband bv. *R.v.St.*, 26 november 1991, nr. 38.195. *Vgl. R.v.St.*, 13 oktober 1992, nr. 40.734, *T. Aann.*, 1992, 366, verslag STEVENS, J.

⁵³ Zie AUBY, J.-F. en BRONNER, F., «L'Europe des marchés publics», *A.J.D.A.*, 1990, (258), 259. *Vgl. VAN GERVEN, W.*, conclusie bij *H.v.J.*, 12 juli 1990, Foster, t. British Gas Plc., zaak 188-89, *Jur.*, 1990, 3313, nr. 21, *A.P.*, 1991, 79.

⁵⁴ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 14.

⁵⁵ Advies van de Raad van State van 3 mei 1990 bij het K.B. van 1 augustus 1990, *B.S.*, 10 augustus 1990, 15614.

⁵⁶ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 32-33.

⁵⁷ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 34.

⁵⁸ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 33-34.

sonen (art. 4, §4). Het is de bedoeling om die bepaling toe te passen voor opdrachten die voor meer dan 50% subsidies genieten.⁵⁹

e. Boek I is niet van toepassing op de opdrachten gegund door overheidsbedrijven in de uitoefening van hun taken die niet van openbare dienst zijn

44. Artikel 1, §2, bepaalt dat boek I niet van toepassing is «op de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van de overheidsbedrijven, wanneer deze opdrachten geen betrekking hebben op de taken van openbare dienst van vermelde overheidsbedrijven in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie». De vraag rijst hoe die bepaling zich verhoudt tot artikel 4, §2, 8°, van de wet.

Overeenkomstig het wetsontwerp waren de bepalingen van boek I van toepassing op «organismen van openbaar nut, met uitzondering van de overheidsbedrijven bedoeld in artikel 26». Een amendement strekte er evenwel toe de uitzonderingsbepaling voor de overheidsbedrijven weg te laten. Dit amendement - dat werd aangenomen - werd als volgt verantwoord: «Bepaalde overheidsbedrijven bedoeld in artikel 26 zouden ook onder het 8° kunnen vallen. Artikel 26 beoogt immers uitsluitend die activiteiten van bepaalde Belgische overheidsbedrijven die tot de «uitgesloten sectoren» behoren. Het is niet uitgesloten dat voor bepaalde Belgische overheidsbedrijven de traditionele richtlijnen betreffende leveringen, werken en dienstverlening van toepassing zijn, niettegenstaande de inhoud van de wet van 1991 op de overheidsbedrijven.»

Derhalve blijkt dat de algemene reglementering ook van toepassing is op de overheidsbedrijven die voldoen aan de criteria die vermeld zijn in artikel 4, §2, 8°. Ook de autonome overheidsbedrijven zijn voor de uitvoering van hun taken van openbare dienst overigens aan de wet onderworpen.⁶⁰ Uit artikel 1, §2, en uit het gewijzigde artikel 11, §1, van de wet van 21 maart 1991 volgt evenwel dat zowel de «gewone» overheidsbedrijven als de autonome overheidsbedrijven in de zin van de wet van 21 maart 1991 niet aan de bepalingen van boek I zijn onderworpen voor zover het gaat om opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst.

45. Blijft de vraag wanneer een opdracht betrekking heeft op taken van openbare dienst. Het gemaakte onderscheid vloeit eigenlijk voort uit de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.⁶¹ Die strekte ertoe aan de overheidsbedrijven een grotere autonomie te geven. Een grotere zelfstandigheid werd noodzakelijk geacht om die bedrijven in staat te stellen mee te dingen met de particuliere sector in domeinen waar

die concurrentie zich voordoet. De verzelfstandiging had ook tot doel om de voorwaarden te verbeteren waarin de taken van openbare dienstverlening worden vervuld.⁶²

In de wet van 21 maart 1991 wordt een onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, de opdrachten van openbare dienst en, anderzijds, de activiteiten die verenigbaar zijn met het doel van het overheidsbedrijf, doch niet behoren tot een openbare dienst. Voor een aantal overheidsbedrijven worden de taken van openbare dienst in de wet zelf vermeld en in het beheerscontract verder toegelicht. Voor de andere autonome overheidsbedrijven zullen de taken van openbare dienst in het beheerscontract worden opgenomen. Hoe dan ook, onbetwist is dat het gemaakte onderscheid in de praktijk tot heel wat interpretatiemoeilijkheden aanleiding zal geven.⁶³

46. De wet van 24 december 1993 heeft het ten aanzien van de autonome overheidsbedrijven gemaakt onderscheid ook doorgetrokken naar andere - eventueel nog op te richten - overheidsbedrijven. Het zal dan ook van groot belang zijn dat in de wet, het decreet of de ordonnantie die het statuut van overheidsbedrijven regelt, een duidelijk onderscheid te voorzien tussen de werkzaamheden die behoren tot taken van openbare dienst en welke die er niet toe behoren.⁶⁴

Om aan het toepassingsgebied van de wet te ontsnappen, zouden sommige wetgevers misschien in de verleiding kunnen worden gebracht om overheidsopdrachten via overheidsbedrijven te laten gunnen en de taken van openbare dienst van dit overheidsbedrijf restrictief op te vatten. De eerste minister heeft er evenwel op gewezen dat de oprichting van nieuwe overheidsbedrijven niet tot doel mag hebben de wet van haar inhoud te ontdoen.⁶⁵

47. De vraag rijst of het onderscheid dat voor overheidsbedrijven wordt gemaakt tussen de uitvoering van taken van openbare dienst en de andere, wel verenigbaar is met de Europese richtlijnen waar het onderscheid tussen taken van openbare dienst en andere niet wordt gemaakt.⁶⁶ Eigenlijk zal die verenigbaarheid slechts voorhanden zijn wanneer wordt aangenomen dat de overheidsopdrachten, wanneer het gaat om activiteiten die niet van openbare dienst zijn, voorzien in behoeften van algemeen belang "van industriële of commerciële aard".

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 maart 1991 blijkt in dat verband de bedoeling om de overheidsbedrijven toe te staan hun middelen ten behoeve van de uitvoering van de taken van openbare dienst, ook op commerciële wijze en in concurrentie met de particuliere bedrijven, te valoriseren. Het lijkt niet onredelijk in beginsel aan te nemen dat een (autonoom) overheidsbedrijf dat, naast zijn activiteiten van openbare dienst, met de bedoeling winst te maken, ook louter commerciële activiteiten uitvoert in concurrentie met particuliere bedrijven, kan worden beschouwd als een instelling die is opgericht om te voldoen aan

⁵⁹ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/2, 41.

⁶⁰ Zie artikel 46 van de wet tot wijziging van artikel 11, §1, van de wet van 21 maart 1991 betreffende hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

⁶¹ *B.S.*, 27 maart 1991. Het gaat in eerste instantie om de Nationale Maatschappij voor Buurtspoorwegen, de Nationale Maatschappij der Luchtwegen (de vroegere Regie der Luchtwegen), Belgacom (de vroegere Regie van telegraaf en telefoon) en De Post (de vroegere Regie der Posterijen). Zie hierover *Les entreprises publiques autonomes*, Brussel, Bruylant, 1992, *Actes de la journée d'études d.d. 2^e oktober 1991*, 220 p.

⁶² *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1287/10, 4 e.v.

⁶³ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/2, 26. Zie hierover FLAMME, M.A. en FLAMME, Ph., "La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: Révolution ou Européanisation", *J.T.*, 1994, (385), nrs. 52-59.

⁶⁴ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 11.

⁶⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/2, 29.

⁶⁶ Zie ook *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/2, 26.

behoeften van algemeen belang van commerciële of industriële aard.

f. Vergelijking met het toepassingsgebied van de wet van 14 juli 1976

48. De wet houdt op twee punten een belangrijke wijziging in van het begrip «publiekrechtelijk rechtspersoon» in de wet van 14 juli 1976.

In de eerste plaats worden de toepasselijke criteria in de nieuwe wet duidelijk aangegeven. Die criteria moeten het mogelijk maken in elk geval afzonderlijk te bepalen of de betrokken instelling is onderworpen aan de reglementering inzake de gunning van overheidsopdrachten. Afgezien van de vereiste rechtspersoonlijkheid hebben die criteria enkel betrekking op het doel van algemeen belang en de wijze van overheidsbeïnvloeding via de samenstelling van de beslissende organen, het toezicht of de financiering. Met andere criteria die ter bepaling van het overheidsbegrip worden gebruikt, zoals de wijze van oprichting en de mogelijkheid om eenzijdig op te treden, hoeft dus geen rekening te worden gehouden.

Bovendien volgt uit die criteria dat de publiekrechtelijke rechtspersonen die zijn opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard, in tegenstelling tot de wet van 14 juli 1976, niet aan de algemene reglementering betreffende de gunning van overheidsopdrachten zijn onderworpen. Het criterium inzake de doelstelling te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, belooft evenwel tot moeilijkheden aanleiding te geven. De Raad van State lijkt alvast niet geneigd om de doelstelling van «commerciële of industriële aard» ruim te interpreteren.⁶⁷ Uit het feit dat een instelling een economische of industriële activiteit uitoefent, kan in elk geval niet worden afgeleid dat deze is opgericht om te voorzien in behoeften van commerciële of industriële aard.

2° *Ratione materiae*

49. Boek I is van toepassing op overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten. Deze begrippen worden in de wet zelf gedefinieerd.⁶⁸

a. Overheidsopdrachten van werken

50. Artikel 5 van de wet neemt de definitie van de richtlijn werken in grote mate over. Een overheidsopdracht voor aanneming van werken wordt gedefinieerd als de overeenkomst «die betrekking heeft

– hetzij op de uitvoering, hetzij op de uitvoering samen met het ontwerp van werken in verband met de in bijlage 1 vermelde werkzaamheden⁶⁹ of van een werk;

⁶⁷ Zie R.v.St., 13 oktober 1992, nr. 40.734, *T.Aann.*, 1992, 366, verslag STEVENS, J.

⁶⁸ Voor een analyse van de begrippen «aanneming», «werken», «leveringen» en «diensten», zie D'HOOGHE, D., *o.c.*, 181 e.v.

⁶⁹ Bijlage 1 van de wet bevat de lijst van beroepswerkzaamheden in de klasse bouwnijverheid, gebaseerd op de algemene systematische bedrijfsindeling in de Europese Gemeenschappen.

– hetzij op het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet.»

Het begrip «werk» wordt gedefinieerd als «het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegenbouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen».

51. In de memorie van toelichting wordt in dat verband opgemerkt dat die bepaling niet alleen promotieovereenkomsten beoogt, «doch ook alle andere verrichtingen waardoor iemand zich ertoe verbindt een werk uit te voeren dat overeenstemt met de wensen van een aanbestedende overheid». Alleen de aankoop of de huur van reeds bestaande werken die niet opgericht zijn met het oog op het voldoen van voorafbepaalde behoeften, vallen buiten het toepassingsgebied van de wet.⁷⁰ De wet is dus niet van toepassing op de koop of huur van bestaande werken of van werken bij de conceptie waarvan het bestuur geen inspraak of initiatief heeft gehad, alleen op de uitvoering van werken waartoe het bestuur op welke wijze ook opdracht geeft.⁷¹

b. Overheidsopdrachten van leveringen

52. Artikel 5 definieert een overheidsopdracht van leveringen als de overeenkomst «die betrekking heeft op de verwerving door koop- of aannemingsovereenkomst, huur, huurkoop of leasing met of zonder aankoopoptie van produkten».

Volgens de memorie van toelichting is, ongeacht «de juridische vorm, of het nu verkoop, huur, leasing of andere betreft, (...) iedere overeenkomst met als finaliteit te beschikken over een roerend goed voor een belangrijk deel van zijn economisch bestaan.»⁷²

De memorie van toelichting geeft aan dat het woord «aankoop» in de richtlijn leveringen te beperkt bleek om dezelfde lading te dekken in het Belgisch recht: «Het is daarom dat in dit ontwerp de voorkeur gegeven werd aan de uitdrukking ‘verwerving door koop- of aannemingsovereenkomst’. Dit slaat zowel op de levering van produkten geleverd uit de voorraad als op die betreffende fabricatie of herstelling van roerende goederen in het kader van een aannemingsovereenkomst».⁷³ Het is nochtans twijfelachtig of aldus iets wordt toegevoegd aan de definitie in de Europese richtlijn aangezien deze – zoals ook artikel 5 van de wet – uitdrukkelijk bepaalt dat de levering van de produkten bijkomend ook werken van aanleg en plaatsing mag bevatten.

c. Overheidsopdrachten van diensten

53. Wat de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten betreft, is het bijzonder moeilijk gebleken er een omschrijving van te geven, gezien het heterogene karakter ervan. Aanvankelijk bestond de bedoeling van de wetgever erin dezelfde houding aan te nemen als de wetgever van 1976

⁷⁰ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 16.

⁷¹ *Vgl.* het verslag aan de Koning voor het K.B. van 1 augustus 1990, *B.S.*, 10 augustus 1990, 15603. Zie ook het advies van de Raad van State van 3 mei 1990, *B.S.*, 10 augustus 1990, 15612.

⁷² *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 4.

⁷³ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 16.

en zich te houden aan een begrip dat onder meer evolueert volgens de praktijk, de rechtsleer en de rechtspraak.⁷⁴ Uiteindelijk werd er de voorkeur aan gegeven de diensten waarop de wet van toepassing is, in een bijlage van de wet op te nemen. Om de omzetting van de richtlijn diensten te vergemakkelijken, wordt het door de richtlijn gemaakte onderscheid tussen diensten categorie A en diensten categorie B, in de bijlage overgenomen.

C. De reglementeringen nutssectoren

1° De nutssectoren

54. Zowel de richtlijn nutssectoren als titel IV van boek I en boek II van de nieuwe wet bevatten talrijke bepalingen die strekken om de relevante activiteiten in de nutssectoren nader te omschrijven.

De nutssectoren worden onderverdeeld in de sectoren water en energie (afdeling II van titel IV van boek I en afdeling II van titel I van boek II), de sector vervoer (afdeling III van titel IV van boek I en afdeling III van titel I van boek II) en de sector telecommunicatie (afdeling IV van titel IV van boek I en afdeling IV van titel I van boek II).⁷⁵ In het algemeen gaat het om werkzaamheden die betrekking hebben op de terbeschikkingstelling, de voorziening of de exploitatie van vaste netten op het gebied van drinkwater, elektriciteit, gas en warmte, de exploitatie van een gebied met het oog op de winning van brandstoffen, een netexploitatie in verband met het vervoer of telecommunicatie, of de terbeschikkingstelling van vervoerterminals. Voor al deze sectoren worden de werkzaamheden die onder toepassing van de reglementering vallen, op gedetailleerde wijze omschreven en worden specifieke uitsluitingen vermeld.

Gelet op het zeer beschrijvend en technisch karakter van deze bepalingen, wordt – voor de precieze inhoud en draagwijdte ervan – naar de desbetreffende teksten zelf verwezen.

2° Algemene reglementering nutssectoren (titel IV van boek I).

a. Ratione personae

55. De algemene reglementering betreffende de nutssectoren (titel IV van boek I) is van toepassing op alle publiekrechtelijke instellingen die aan de algemene reglementering (titel II van boek I) zijn onderworpen, evenals op de overheidsbedrijven (art. 26). De algemene reglementering is evenwel slechts van toepassing wanneer die instellingen of bedrijven een werkzaamheid in de nutssectoren uitoefenen.

Titel IV is dus ook van toepassing op de publiekrechtelijke instellingen die normaal vallen onder het toepassingsgebied van titel II van boek I, althans voor zover zij een van de werkzaamheden in de nutssectoren uitoefenen. De memorie van toelichting stelt in dat verband:

«Hieruit vloeit dus voort dat sommige aanbestedende diensten slechts onderworpen zijn aan deze titel omdat hun enige werkzaamheid er een is die hierin opgenomen is. An-

dere aanbestedende overheden zullen onderworpen zijn aan het 'klassieke' stelsel (...) en aan het sectoriële stelsel van titel IV indien zij werkzaamheden uitoefenen bedoeld respectievelijk in de twee stelsels. Zo zal bijvoorbeeld een gemeente onderworpen zijn aan het stelsel van titel IV voor de gunning van opdrachten die betrekking op de productie en de voorziening van drinkwater, indien zij zelf deze werkzaamheid beheert, en aan het stelsel van titel II voor de gunning van haar andere «klassieke» overheidsopdrachten.»⁷⁶

55. Wat betreft de overheidsbedrijven⁷⁷ is de algemene reglementering nutssectoren slechts van toepassing op de opdrachten die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie.

Er werd immers van uitgegaan dat de opdrachten van de overheidsbedrijven die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst en die in mededinging worden uitgevoerd met particuliere bedrijven, slechts aan soortgelijke regels moeten worden onderworpen als die waaraan hun privaatrechtelijke concurrenten zijn onderworpen.⁷⁸

b. Ratione materiae

56. De definities inzake opdrachten van werken, leveringen en diensten komen niet geheel overeen met de definities die zijn gehanteerd voor de algemene reglementering voor klassieke overheidsopdrachten. De memorie van toelichting heeft het in deze over «belangrijke nuances».⁷⁹

Een opdracht van *werken* «[heeft betrekking op] de uitvoering, of op de uitvoering samen met het ontwerp, of de verwezenlijking, met welke middelen ook van werken betreffende één van de verrichtingen bedoeld in de bijlage 1 bij de wet. Deze overeenkomst mag, bijkomend, de leveringen en diensten bevatten die nodig zijn voor haar uitvoering» (art. 27).

Een opdracht van *leveringen* omvat ook «de diensten in verband met de software indien ze aangeschaft werden door een aanbestedende overheid die één van de werkzaamheden uitoefent [in de sector telecommunicatie] en betrekking hebben op software voor de exploitatie van een openbaar netwerk van telecommunicatie of indien ze bestemd zijn om gebruikt te worden in een openbare dienst voor telecommunicatie als dusdanig» (art. 27).

De opdrachten van *diensten* worden gedefinieerd zonder verwijzing naar bijlage 2 van de wet.

⁷⁶ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 34.

⁷⁷ Als overheidsbedrijf wordt beschouwd, elk bedrijf waarover publiekrechtelijke instellingen «rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of in het bedrijf heersende voorschriften». Die overheersende invloed wordt verondersteld wanneer publiekrechtelijke instellingen ten aanzien van het bedrijf:

- de meerderheid van het bedrijfskapitaal bezitten, of
- beschikken over de meerderheid van de stemmen verbonden aan de door het bedrijf uitgegeven aandelen, of
- meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan kunnen aanwijzen (art. 27).

⁷⁸ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 8.

⁷⁹ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 36.

⁷⁴ *Gedr. St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 17.

⁷⁵ De verwijzingen hebben alle betrekking op het eerste hoofdstuk.

3° Bijzondere reglementering nutssectoren (boek II)

a. Ratione personae

57. De bepalingen van boek II zijn van toepassing op de *privaatrechtelijke personen* die bijzondere of uitsluitende rechten genieten, wanneer zij werkzaamheden met betrekking tot de nutssectoren uitoefenen. Zij gelden dus niet voor alle opdrachten, doch slechts voor de opdrachten die een werkzaamheid met betrekking tot een van de nutssectoren betreffen.⁸⁰

58. Onder bijzondere of uitsluitende rechten, wordt verstaan:

«de rechten die voortvloeien uit een machtiging die door een bevoegde overheid is gegeven door middel van elke wettelijke, reglementaire of administratieve bepaling en die tot gevolg heeft dat de uitoefening van één van de werkzaamheden bedoeld in deze titel⁸¹, voorbehouden wordt aan een of meerdere diensten».

Een aanbestedende dienst wordt verondersteld bijzondere of uitsluitende rechten te genieten:

- wanneer voor de bouw van netwerken of de plaatsing van de apparatuur bedoeld in deze titel, deze dienst een beroep kan doen op een openbare onteigeningsprocedure of het invoeren van een erfdienstbaarheid, of de grond, de ondergrond of de ruimte boven de openbare weg kan gebruiken voor de plaatsing van de netuitrusting;

- wanneer, in het geval van artikel 49, 1° en 2°, deze dienst een net voorziet van drinkwater, elektriciteit, gas of warmte, dat zelf geëxploiteerd wordt door een aanbestedende dienst die bijzondere of exclusieve rechten geniet (art. 48).

De vraag welke privaatrechtelijke personen geacht moeten worden over bijzondere of uitsluitende rechten te beschikken, belooft een boeiende maar moeilijke discussie te worden. Overeenkomstig bijlage 1 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 is boek II – evenals het uitvoeringsbesluit – van toepassing op Electrabel, Distrigaz en B.A.T.C.

59. De bepalingen van boek II zijn eveneens van toepassing op de *overheidsbedrijven* voor de opdrachten betreffende de nutssectoren die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie (art. 63). Bijlage 1 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 vermeldt in dit verband Belgacom, de N.M.B.S. en de Nationale Maatschappij der Luchtwezen.

⁸⁰ Zie art. 47, § 1: «De bepalingen van deze titel zijn slechts van toepassing op de privaatrechtelijke personen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten, hierna 'aanbestedende diensten' genoemd, *wanneer zij werkzaamheden uitoefenen zoals bedoeld in deze titel*»; artikel 63, eerste lid: «De bepalingen van boek II zijn van toepassing op de overheidsbedrijven voor de opdrachten voor aanneming van werken of leveringen waarvan de geraamde bedragen gelijk zijn aan of hoger zijn dan de bedragen vastgesteld in artikel 47, § 2, die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie *doch slaan op één van de werkzaamheden bedoeld in boek II.*» Zie ook art. 6, lid 1, richtlijn nutssectoren: «Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten of prijsvragen voor ontwerpen waarmee de aanbestedende diensten iets anders beogen dan de uitoefening van hun in artikel 2, lid 2, bedoelde activiteiten (...)».

⁸¹ Het gaat om de nader gespecificeerde werkzaamheden in de nutssectoren.

b. Ratione materiae

60. Boek II van de wet heeft slechts betrekking op opdrachten van werken en leveringen, en nog niet op opdrachten van diensten. Boek II – evenals het uitvoeringsbesluit van 26 juli 1994 – moet dan ook nog worden aangepast aan richtlijn 93/38 van 14 juni 1993 waardoor de gunning van opdrachten van dienstverlening ter zake van de nutssectoren wordt gereguleerd.

De nutssectoren, en de begrippen opdrachten van werken en leveringen, zijn op soortgelijke wijze gedefinieerd als in de algemene reglementering nutssectoren.

c. Ratione summae

61. De bepalingen van boek II zijn slechts van toepassing wanneer de geraamde bedragen van de opdrachten gelijk zijn aan of hoger liggen dan de bedragen die bij koninklijk besluit worden vastgesteld.⁸² De regels betreffende de wijze waarop de waarde van de opdracht moet worden bepaald, worden op gedetailleerde wijze omschreven in artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

4° Opmerkingen

62. Om te bepalen welk gunningstelsel van toepassing is, moet met de volgende factoren rekening worden gehouden:

- de aard van de aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling; overheidsbedrijf of particuliere onderneming; concessiehouder);
- de aard van de opdracht (werken, leveringen, diensten A of diensten B);
- het voorwerp van de opdracht (nutssectoren of niet; taken van openbare dienst of niet);
- het bedrag van de opdracht;
- de aard van de overeenkomst (concessieovereenkomst, promotieovereenkomst).

63. In de eerste plaats moet worden bepaald of de opdracht al dan niet betrekking heeft op werkzaamheden die betrekking hebben op de nutssectoren. Indien dit het geval is, zijn alle publiekrechtelijke instellingen, evenals de overheidsbedrijven, aan de desbetreffende – vrij soepele – bepalingen onderworpen. De overheidsbedrijven zijn aan die bepalingen evenwel slechts onderworpen wanneer het gaat om opdrachten die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst. Wanneer dit niet het geval is zijn de regels betreffende de nutssectoren op die overheidsbedrijven slechts van toepassing indien de opdracht een bepaalde waarde te boven gaat. De bepalingen voor de nutssectoren gelden dan ook voor particuliere ondernemingen die bijzondere rechten genieten.

64. Indien de opdracht geen betrekking heeft op de nutssectoren, zijn de publiekrechtelijke instellingen onderworpen aan de regels die gelden voor overheidsopdrachten in het algemeen. Deze regels zijn strenger en veel omvattender

⁸² Artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 stelt deze bedragen, exclusief BTW, vast op 206 miljoen fr. voor opdrachten van werken; 16,4 miljoen fr. voor de opdrachten van leveringen in de sectoren water, energie en vervoer; 24,7 miljoen fr. voor opdrachten van leveringen in de sector telecommunicatie.

dan de regels die gelden voor opdrachten die betrekking hebben op de nutssectoren. Ook de overheidsbedrijven die voldoen aan de criteria om als publiekrechtelijke instelling te worden beschouwd, zijn aan de algemene reglementering onderworpen, behalve voor de opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie.

65. Dat de wet criteria aangeeft op grond waarvan een persoon als publiekrechtelijke instelling moet worden beschouwd, is een verheugend feit. De toepassing van die criteria zal echter opnieuw tot problemen aanleiding geven. Het zal immers moeilijk zijn te bepalen wanneer personen al dan niet voorzien in een algemeen belang dat van commerciële of industriële aard is. Alleen wanneer dit niet het geval is, gaat het immers om een publiekrechtelijke instelling die aan de algemene reglementering is onderworpen.

IV. DE BELANGRIJKSTE WIJZIGINGEN AAN DE BESTAANDE GUNNINGSREGLEMENTERING («KLASSIEKE OPDRACHTEN»)

A. Betreffende de wijzen van gunnen

1° Introductie van beperkte en onderhandelingsprocedures met voorafgaande publiciteit

66. Op basis van de wet van 14 juli 1976 kunnen de gunningswijzen worden ingedeeld op grond van:

- de criteria op grond waarvan de medecontractant wordt gekozen (aanbesteding vs. offerteaanvraag en onderhandse procedure);
- de (on)mogelijkheid om met de kandidaten te onderhandelen (onderhandse procedure vs. aanbesteding en offerteaanvraag);
- de toegang tot deelneming aan de procedure (openbare procedures vs. beperkte procedures).⁸³

De wet van 24 december 1993 voegt daar een onderscheidingscriterium aan toe, naargelang aan de opdracht al dan niet een voorafgaande algemene bekendmaking moet worden gegeven.

De regeling voor de gunning van overheidsopdrachten op het niveau van de EEG vereist namelijk dat ook bij het beroep op niet-openbare procedures en zelfs bij onderhandelingsprocedures bepaalde bekendmakingsvoorschriften worden nageleefd.

67. In navolging van de Europese richtlijnen bepaalt artikel 18, tweede lid, van de nieuwe wet dan ook dat de beperkte procedures «geschieden met inachtneming van de bekendmakingsregels bepaald door de Koning». Ook bij het beroep op de onderhandelingsprocedure moeten in de meeste gevallen bepaalde bekendmakingsregels in acht worden genomen (art. 17, § 3).

De introductie van beperkte en onderhandelingsprocedures met voorafgaande bekendmaking impliceert dat die gunning in twee fasen zal moeten gebeuren: eerst een selectie van degenen die, op grond van een algemene bekendmaking, hebben verzocht aan de procedure te mogen deelnemen, en vervolgens de keuze van de contractant onder degenen die zijn uitgenodigd om een inschrijving in te dienen (beperkte

procedure) of om over de gunning van de opdracht te onderhandelen (onderhandelingsprocedure).

68. Als beginsel blijft gelden dat de aanbestedende overheden vrij kunnen kiezen tussen openbare en beperkte procedures. Artikel 13, tweede lid, bepaalt evenwel dat de Koning de eventuele voorwaarden bepaalt waaraan de keuze van de wijze van gunnen is onderworpen. Volgens de memorie van toelichting strekt die bepaling om, overeenkomstig de richtlijn leveringen 77/62, als gewijzigd door de richtlijn 88/295, van de openbare procedure voor de opdrachten van leveringen voortaan de algemene regel te maken, «dit ten einde zoveel mogelijk tegemoet te komen aan de beoogde openstelling van de mededinging op Europees niveau». ⁸⁴ De nieuwe richtlijn leveringen 93/36 van 14 juni 1993 heeft het beginsel van de openbare procedure voor opdrachten van leveringen echter al verlaten.

2° Betreffende de gevallen waarin een beroep kan worden gedaan op de onderhandelingsprocedures

69. Allereerst is op te merken dat in de nieuwe wet niet langer wordt gesproken over «onderhandse procedure» (gré à gré), maar wel van «onderhandelingsprocedure» (procédure négociée). Aldus komt duidelijker tot uiting dat het beroep op de onderhandelingsprocedure niet dient om zonder meer de gunning aan een welbepaalde ondernemer mogelijk te maken, maar wel om onderhandelingen over de toewijzing van de opdracht met meerdere kandidaten toe te laten.

70. De gevallen waarin op een onderhandelingsprocedure een beroep kan worden gedaan, worden in de wet van 24 december 1993 beperkt. Er wordt bovendien een duidelijker onderscheid gemaakt naar gelang het gaat om opdrachten van werken, leveringen of diensten, en naar gelang het beroep al dan niet met naleving van de bekendmakingsregels gepaard moet gaan. Wanneer het beroep op de onderhandelingsprocedure mag gebeuren zonder naleving van de bekendmakingsregels, wordt toch, indien mogelijk, een raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners vereist (art. 17, § 2). De motivering van de eventuele onmogelijkheid van raadpleging van meerdere ondernemers wordt in de wet niet langer vereist. In dat verband werd verwezen naar het feit dat die motivering reeds door de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen is vereist. ⁸⁵

3° Introductie van de procedure van prijsvraag voor ontwerpen

71. In de gunningsreglementering van de wet van 14 juli 1976 was reeds voorzien in de offerteaanvraag in de vorm van een wedstrijd. Overeenkomstig artikel 47 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 kan een dergelijke wedstrijd betrekking hebben op het opmaken van een project. In dat geval stelt het bestek de premies vast voor de best gerangschikte projecten. De wedstrijd kan ook betrekking hebben op zowel het opmaken als het uitvoeren van een project. In een dergelijk geval kan het bestek bepalen dat premies zullen worden toegekend aan de projecten die het best zijn gerangschikt na

⁸³ Zie hierover D'HOOGHE, D., o.c., 237 e.v.

⁸⁴ Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1, 22.

⁸⁵ Gedr.St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1, 26.

het project dat voor uitvoering is gekozen. De wedstrijd onderscheidt zich van de gewone offerteaanvraag door het optreden van een jury en de omstandigheid dat het bestek een aantal minimumvoorwaarden en vereisten opgeeft waaraan het voorstel moet voldoen en waarvan de uitwerking aan de opvattingen en vormgeving van de gegadigden wordt overgelaten.⁸⁶

72. Door de artikelen 20 en 21 van de nieuwe wet wordt de «prijsvraag voor ontwerpen» ingevoerd. Het gaat om de gunningswijze die het een aanbestedende overheid mogelijk maakt een plan of een ontwerp, gekozen door een jury, aan te schaffen. Deze prijsvraag leidt tot hetzij de gunning van een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten, hetzij – na raadpleging van de mededinging – tot de keuze van een of meer ontwerpen met of zonder toekenning van premies aan de prijswinnaars. De regels die moeten worden nageleefd bij een prijsvraag voor ontwerpen zullen door de Koning worden vastgesteld.

Deze bepalingen hebben tot doel de «prijsvraag voor ontwerpen», zoals beschreven in de richtlijn diensten, in het intern recht in te voeren. Volgens de richtlijn laat de prijsvraag voor ontwerpen toe dat een aanbestedende overheid plannen of ontwerpen op het vlak van ruimtelijke ordening, urbanisme, architectuur, ingenieurskunst of gegevensverwerking, na een keuze door een jury, verwerft.

Wanneer de aanbestedende overheid besluit om, met het oog op de uitvoering van de plannen of ontwerpen, over te gaan tot de uitwerking, zal zij kunnen overgaan tot een overheidsopdracht voor aanneming van diensten via een onderhandelingsprocedure zonder naleving van de bekendmakingsregels, op voorwaarde dat alle prijswinnaars worden uitgenodigd om aan de onderhandelingen deel te nemen.⁸⁷

73. Het staat de overheid evenwel vrij een beroep te blijven doen op de wedstrijdofferteaanvraag, die dan zowel betrekking heeft op het maken van een ontwerp als op de uitvoering van de hiermee samengaande diensten, zoals bijvoorbeeld het bijwerken van de plannen of het toezien op de uitvoering van de werken. In dit geval gaat het van meet af aan om een overheidsopdracht voor aanneming van diensten.⁸⁸ Indien de wedstrijdofferteaanvraag daarentegen betrekking zou hebben op zowel het opstellen en ten uitvoer brengen van een ontwerp als op de uitvoering van de werken die dit ontwerp concretiseren, gaat het om een overheidsopdracht voor aanneming van werken.⁸⁹

B. Betreffende het verloop van de gunningsprocedure

74. De wijzigingen aan het verloop van de gunningsprocedure zullen vooral moeten blijken uit het koninklijk besluit dat ter uitvoering van titel II van boek I zal worden genomen.

75. Nu al kan de aandacht worden gevestigd op een wijziging voor de afkondiging van de prijzen bij de opening van de inschrijvingen. Overeenkomstig de wetgeving van 1976 worden de prijzen bij de opening van de inschrijvingen afgekondigd, zowel bij aanbestedingen als bij offerteaanvragen, uitzonderd bij offerteaanvragen voor leveringen.

Overeenkomstig de artikelen 14 en 16 van de nieuwe wet wordt de afkondiging van de prijzen beperkt tot de aanbestedingsprocedures. Die wijziging wordt verantwoord op grond dat de afkondiging van de prijzen bij offerteaanvragen leidt tot een beklemtoning van slechts één van de gunningscriteria zonder dat de inschrijvers op grond daarvan hun kansen om de opdracht te krijgen, kunnen bepalen.⁹⁰

C. Betreffende varianten en suggesties

1° De wet van 14 juli 1976

76. Onder de wet van 14 juli 1976 kan, met het oog op de keuze onder de ingediende inschrijvingen, bij aanbestedingen rekening worden gehouden met varianten. Bij offerteaanvragen kan met het oog op de vergelijking en de beoordeling van de inschrijvingen ook rekening worden gehouden met de ingediende suggesties, behalve wanneer het bestek het verbiedt.

De variant kan normaal alleen maar betrekking hebben op de (technische) uitvoering van het ontwerp dat door het bestuur is opgesteld, zonder dat het concept ervan wordt gewijzigd.⁹¹ Hij kan bijvoorbeeld uitgaan van een gebruik van andere materialen of andere technische procédés, dan die bepaald in het basisontwerp.⁹² De variant gaat bovendien altijd uit van het bestuur dat in het bestek nauwkeurig het voorwerp, de aard en de draagwijdte ervan aangeeft.⁹³ Dit is vooral van belang om bij aanbestedingen een correcte toepassing mogelijk te maken van artikel 34, 1°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, volgens hetwelk de opdracht wordt gegund aan de inschrijver die volgens een enkele rangschikking van basisinschrijvingen en inschrijvingen met varianten, de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend.⁹⁴

De suggestie kan zowel op de uitvoering van het door het bestuur opgestelde project als op het concept ervan betrekking hebben. De suggestie gaat in beginsel steeds uit van de inschrijver.⁹⁵ Bovendien is zij niet beperkt tot het voorwerp zoals omschreven in het bestek, maar door het doel dat door de opdracht wordt nagestreefd. De bedoeling ervan bestaat er hoofdzakelijk in de inschrijvers de mogelijkheid te bieden technische of technologische nieuwigheden of toepassingsmogelijkheden voor te stellen waarvan het bestuur nog niet op de hoogte is.

Terwijl varianten zowel in aanbestedingsprocedures als in offerteaanvragen zijn toegelaten, worden suggesties enkel toegelaten in het kader van offerteaanvragen.

2° De wet van 24 december 1993

77. Artikel 16 van de nieuwe wet bepaalt inzake offerteaanvragen dat, tenzij anders is bepaald in het bestek, de aanbestedende overheid «vrije varianten» die door de inschrij-

⁹⁰ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 22.

⁹¹ *Gedr.St., Senaat*, 1975-76, 723/1, 24. Zie ook *R.v.St.*, 30 juni 1988, nr. 30.567.

⁹² *Gedr.St., Senaat*, 1962-63, nr. 80, 20. Zie ook *R.v.St.*, 13 november 1980, nr. 20709.

⁹³ Voor een toepassing, zie *R.v.St.*, 8 mei 1970, nr. 14116.

⁹⁴ Zie *R.v.St.*, 15 juni 1979, nr. 19693.

⁹⁵ *R.v.St.*, 15 september 1992, nr. 40.313.

⁸⁶ *R.v.St.*, 30 juni 1988, nr. 30.567.

⁸⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 28.

⁸⁸ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 29.

⁸⁹ *Ibid.*

vers zijn voorgesteld, in overweging mag nemen. Deze varianten moeten dan wel de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en moeten aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het begrip «vrije variant» in de plaats komt van het bebrisp «suggestie». Dit wordt in de eerste plaats verantwoord op grond dat de gestandaardiseerde aankondigingen die in het kader van de Europese richtlijnen moeten worden bekendgemaakt, geen suggesties kennen.⁹⁶ De begripswijziging houdt echter ook verband met beperkingen die zijn gesteld op het indienen van suggesties of «vrije varianten». In navolging van de Europese richtlijnen wordt immers bepaald dat, behalve indien het bestek het indienen van «vrije varianten» uitsluit, zij enkel in overweging mogen worden genomen wanneer zij beantwoorden aan de door de aanbestedende overheden gestelde minimumeisen die in het bestek moeten worden vermeld. De strengere reglementering heeft tot doel «te vermijden dat een tot het uiterste gedreven soepelheid zou leiden tot een vertekening van het normale spel van de mededinging. Hieruit vloeit voort dat met behoud van het beginsel om aan de inschrijvers het initiatief te laten om vrije varianten voor te stellen – uitgezonderd in geval van verbod in het bestek – deze ingepast moeten worden binnen de grenzen van een door de aanbestedende overheid vooraf bepaald kader».⁹⁷

Het is voorts nog onduidelijk in welke mate bij aanbestedingen ook met dergelijke – al dan niet vrije – varianten rekening zal kunnen worden gehouden.

D. Betreffende de keuze van de contractant

1° Aanbestedingsprocedures

78. Overeenkomstig artikel 15 van de nieuwe wet, dient de opdracht bij aanbestedingen toegewezen te worden «aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van deze offerte. Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, houdt de bevoegde overheid rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen.»

79. Overeenkomstig artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 moet bij het bepalen van de laagste inschrijving eveneens rekening worden gehouden met de eventueel in het bestek opgenomen technische coëfficiënten. Daaronder werden bepaalde formules verstaan die strekken om de prijs en de technische verdiensten van de in de opdracht begrepen prestaties (bijvoorbeeld het vermogen, de duurzaamheid, de exploitatie- en onderhoudskosten) te combineren.⁹⁸ Met dergelijke coëfficiënten kan evenwel slechts rekening worden gehouden indien zij in het bestek uitdrukkelijk werden voorzien.⁹⁹

In de nieuwe wet is de verwijzing naar de «technische coëfficiënten» weggelaten. In de memorie van toelichting wordt

dit verantwoord op grond dat de verwijzing naar technische factoren in onbruik is geraakt.¹⁰⁰ Dit belet echter niet dat coëfficiënten kunnen worden toegepast om de prijzen voor bepaalde posten te berekenen.

80. Overeenkomstig artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 kan van de regel van de toewijzing aan de laagste regelmatige inschrijving bij gemotiveerde beslissing worden afgeweken.

In de nieuwe wet verdwijnt die mogelijkheid. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de Commissie voor de Overheidsopdrachten – terecht – tot het besluit is gekomen dat een dergelijke afwijkingsmogelijkheid onverzoenbaar zou zijn met de Europese richtlijnen.¹⁰¹

2° Offerteaanvraagprocedures

81. Overeenkomstig artikel 14 van de wet van 14 juli 1976, kiest de bevoegde overheid de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt, op grond van de in het bestek vastgestelde criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht. Wanneer het bestek geen melding maakt van de gunningscriteria op grond waarvan de voordeligste inschrijving zal worden bepaald, zijn de in artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 opgesomde gunningscriteria van toepassing,¹⁰² namelijk het bedrag, de aanwendingskosten, de technische waarde, de zekerheid van de bevoorrading, de beroeps- en financiële voorwaarden geboden door elk der kandidaten en de uitvoeringstermijn.

82. Artikel 16 van de nieuwe wet onderscheidt zich van de wet van 14 juli 1976 doordat de wettelijke bepaling geen opsomming meer bevat van de (mogelijke) gunningscriteria. In de memorie van toelichting wordt dit als volgt verantwoord:

«De gunningscriteria zijn wezenlijke punten die de mogelijke inschrijvers toelaten te weten op welke elementen de beoordeling door de aanbestedende overheid zal steunen. Het is niet gepast gebleken, bij wijze van voorbeeld sommige van deze criteria aan te halen zoals dit het geval was in voornoemd artikel 14, daar dit aanleiding zou kunnen geven tot verwarring. Sommige besturen verwezen inderdaad impliciet naar de criteria van artikel 14 doch zonder ze nader te bepalen voor de bewuste opdracht, wat een onregelmatigheid betekende in de procedure. De nieuwe benadering brengt op dit vlak meer zekerheid».¹⁰³

Bij gebrek aan wettelijke gunningscriteria moet de opdracht dan ook worden gegund op basis van de gunningscriteria die verplicht in het bestek moeten zijn vermeld.

V. BELANGRIJKSTE BEPALINGEN VOOR DE GUNNING VAN OPDRACHTEN IN DE NUTSSECTOREN

A. Algemeen

83. Wat betreft de opdrachten met betrekking tot de nutssectoren beperkt de wet zich hoofdzakelijk tot het bepalen

⁹⁶ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 25.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Zie verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 14 oktober 1964, *B.S.*, 17 oktober 1964, 10969.

⁹⁹ Zie *R.v.St.*, 23 november 1983, nr. 23.699.

¹⁰⁰ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 24.

¹⁰¹ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 24.

¹⁰² Zie o.m. *R.v.St.*, 20 december 1991, nr. 38.393; *R.v.St.*, 15 april 1983, nr. 23128.

¹⁰³ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 24.

van het toepassingsgebied van de algemene en de bijzondere reglementering nutssectoren en tot het bepalen van de wijzen van gunning. Wat betreft de opdrachten die onderworpen zijn aan de algemene reglementering nutssectoren (titel IV van boek I), worden de artikelen 6 tot 12,¹⁰⁴ 18 en 19,¹⁰⁵ 22 en 23¹⁰⁶ uitdrukkelijk van toepassing verklaard.

84. Opmerkelijk is nog dat de reglementering inzake nutssectoren geen bepalingen bevat voor de concessie van openbare werken. De memorie van toelichting verantwoordt dit op grond dat de «concessie van openbare werken onbekend is in het kader van de richtlijn 90/531/E.E.G. en gezien de hier beoogde harmonisering moet (...) worden weggelaten».¹⁰⁷

B. Betreffende de wijzen van gunning

84. Wanneer de opdracht betrekking heeft op de nutssectoren, kunnen de aanbestedende diensten vrij kiezen tussen de aanbesteding, offerteaanvraag of onderhandelingsprocedure. Deze onderhandelingssoepelheid wil zoveel mogelijk tegemoet komen aan de beheersvoorschriften van de diensten die in de nutssectoren werkzaam zijn. Als tegenwicht voor die soepelheid wordt geëist dat de gunning van de opdrachten het voorwerp uitmaakt van een passende bekendmaking. Ook wordt voorzien in een grotere doorzichtigheid van de gunningsbeslissingen.¹⁰⁸

85. De bekendmakingsmodaliteiten worden bij koninklijk besluit bepaald.¹⁰⁹ De aanbestedende overheden beschikken daarbij over de volgende mogelijkheden:

- ofwel de bekendmaking van een aankondiging van elke afzonderlijke opdracht;
- ofwel de bekendmaking, minstens eens per jaar, van een enuntiatieve aankondiging voor de opdrachten in voorbereiding. Deze periodieke enuntiatieve aankondiging zal gebruikt mogen worden als instrument voor de mededinging indien erin wordt vermeld dat de opdracht zonder bijkomende bekendmaking gegund zal worden;
- ofwel de bekendmaking van een aankondiging over het bestaan van een kwalificatiestelsel van aannemers, leveranciers en dienstverleners. In dat geval moeten de kandidaten in een beperkte of onderhandelingsprocedure geselecteerd

¹⁰⁴ Deze artikelen betreffen de organen die bevoegd zijn om gunningsbeslissingen te nemen (art. 6), de herziening van de prijzen (art. 7), de betalingen (art. 8), de promotieovereenkomst (art. 9), onverenigbaarheden (art. 10), verboden afspraken (art. 11) en de verplichtingen van de aannemer inzake de naleving van de sociale en fiscale verplichtingen (art. 12).

¹⁰⁵ Artikel 18 bepaalt dat het volgen van een gunningsprocedure geen verplichting tot toewijzing met zich meebrengt. Artikel 19 heeft betrekking op de gezamenlijke uitvoering van opdrachten voor rekening van verschillende aanbestedende overheden.

¹⁰⁶ Deze bepalingen hebben betrekking op technische specificaties en normen. Wat betreft de bijzondere reglementering nutssectoren zijn de desbetreffende bepalingen hernomen in artikel 62 van de wet. Zie ook de artikelen 16 tot 18 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

¹⁰⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 42.

¹⁰⁸ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 40.

¹⁰⁹ Voor de bijzondere reglementering nutssectoren, zie de artikelen 6 tot 12 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

worden uit de kandidaten die gekwalificeerd zijn volgens dit stelsel.¹¹⁰

86. Slechts in een beperkt aantal gevallen mag, onder bepaalde voorwaarden, de onderhandelingsprocedure worden gevolgd zonder naleving van de bekendmakingsvoorschriften. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de algemene reglementering inzake nutssectoren (titel IV van boek I), en de specifieke reglementering nutssectoren (boek II).

Wanneer de algemene reglementering betreffende de nutssectoren van toepassing is, moet bij het beroep op de onderhandelingsprocedure in de regel steeds een beroep op de mededinging worden gedaan, zelfs wanneer het gaat om gevallen waarin de bekendmaking niet is vereist. Artikel 39, § 2, bepaalt namelijk dat de onderhandelingsprocedure wordt gevoerd, «indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverrichters». Wanneer de bijzondere reglementering inzake nutssectoren van toepassing is, kan de opdracht die niet aan de bekendmakingsvoorschriften is onderworpen, worden gegund «zonder voorafgaandelijke raadpleging van de mededinging» (art. 59, § 2).

87. De gevallen waarin de onderhandelingsprocedure zonder naleving van de bekendmakingsvoorschriften kan worden gevolgd, stemmen in grote mate overeen met de gevallen waarin volgens de «klassieke» reglementering onderhands kan worden gegund. Op een aantal punten wordt daarvan echter wel afgeweken. Een onderscheid wordt gemaakt naargelang het gaat om opdrachten van werken, leveringen of diensten.

88. Een belangrijke nieuwigheid is dat de nieuwe wet het beroep op de onderhandelingsprocedure, zonder naleving van de bekendmakingsvoorschriften, ook toelaat voor opdrachten die te gunnen zijn op grond van een raamovereenkomst.¹¹¹ Deze overeenkomst wordt gedefinieerd als de «overeenkomst tussen een aanbestedende overheid en één of meer aannemers of leveranciers met betrekking tot het vastleggen van de voorwaarden, met name inzake prijzen, en in voorkomend geval de beoogde hoeveelheden van opdrachten die gegund zullen worden in de loop van een gegeven periode». ¹¹² Opdat opdrachten op grond van een raamakkoord zonder naleving van de bekendmakingsregels of zonder mededinging mogen worden gegund, is wel vereist dat het raamakkoord zelf op grond van een gunningsprocedure met mededinging is gegund.

Overeenkomstig artikel 5, lid 4, van de richtlijn nutssectoren mogen de aanbestedende diensten geen oneigenlijk gebruik maken van raamovereenkomsten. Dit zou het geval zijn wanneer er een beroep op wordt gedaan met het oog op het verhinderen, beperken of vervalsen van de mededinging.

89. De onderhandse gunning, zonder naleving van de bekendmakingsregels, is ook mogelijk voor zogenaamde opportuniteitsaankopen (art. 39, § 2, 3°, c, en 59, § 2, 3°, c). Van opportuniteitsaankopen is sprake wanneer het mogelijk is benodigdheden aan te schaffen op uiterst gunstige voorwaarden die slechts een zeer korte tijd gelden, en waarvoor de te betalen prijs merkbaar lager is dan de normaal heersende prijzen.

¹¹⁰ Zie *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 41.

¹¹¹ Artt. 39, § 2, 1°, g, en 59, § 2, 1°, e.

¹¹² Artt. 27 en 48 wet.

Een hiermee gelijklopend uitzonderingsgeval betreft de aankopen van benodigheden op zeer gunstige voorwaarden ofwel bij een leverancier die definitief stopt met handel drijven, ofwel bij curators of vereffenaars van faillissementen, bij gerechtelijke akkoorden of bij soortgelijke procedures die in de nationale wetgeving of reglementering voorkomen (art. 39, § 2, 3°).

C. Preferentiële regeling voor intracommunautaire produkten

90. De artikelen 40, § 1, en 61, § 1, van de wet voorzien, in navolging van de richtlijn nutssectoren, in maatregelen met de bedoeling offertes af te remmen die produkten bevatten die afkomstig zijn uit landen buiten de Europese Gemeenschap, wanneer deze landen geen wederkerige toegang tot hun produkten verlenen aan produkten of inschrijvers van de Gemeenschap.

Aldus wordt bepaald dat bij een opdracht van leveringen die betrekking heeft op de nutssectoren, het bestuur elke offerte mag afwijzen die voor meer dan de helft van de totale waarde, produkten bevat die afkomstig zijn uit derde landen buiten de Europese Gemeenschap.¹¹³

Indien twee of meer offertes als gelijkwaardig worden beschouwd, moet de aanbestedende dienst de voorkeur geven aan de offerte die niet kan worden afgewezen. Bij de prijsvergelijking worden offertes als gelijkwaardig beschouwd indien het bedrag van de offerte die voor meer dan de helft produkten uit derde landen bevat, met minder dan 3% wordt overschreden.

91. De verplichting tot voorkeurbehandeling van het «Europees produkt» geldt echter niet wanneer de aanbestedende dienst daardoor zou moeten overgaan tot het aanschaffen van materiaal dat op technisch gebied verschilt van het reeds bestaande materiaal en dat een onverenigbaarheid of technische moeilijkheden inzake gebruik of onderhoud of overmatige kosten met zich mee zou brengen.

92. De besproken bepalingen werden ingevoerd om de commerciële belangen van de Gemeenschap te verdedigen en om de onderhandelingspositie van de Gemeenschap te behouden door geen unilaterale concessie te doen, maar door van derde landen garanties te eisen inzake gelijke toegang tot soortgelijke markten. Bovendien moeten deze bepalingen voor het Europese bedrijfsleven de nodige tijd bieden om zich op de vrije markt voor te bereiden.¹¹⁴

D. Rechtsbescherming

93. In navolging van de rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren 92/13 van 25 februari 1992 wordt – naast het beroep op een rechterlijke instantie – voorzien in alternatieve procedures voor het voorkomen en het oplossen van geschillen. Zo kan elke aanbestedende dienst zijn gunningsprocedures

¹¹³ Overeenkomstig de vermelde bepalingen worden niet als derde landen beschouwd de landen waarmee de Europese Gemeenschap een multilateraal of bilateraal akkoord heeft gesloten, waarbij aan ondernemingen van de Gemeenschap een vergelijkbare en daadwerkelijke toegang tot de opdrachten van deze landen wordt gewaarborgd.

¹¹⁴ Mededeling van de Commissie inzake overheidsopdrachten in de uitgesloten sectoren, *Bulletin*, S, 6/88, 109.

ter zake van de nutssectoren, evenals de praktische uitwerking ervan, regelmatig laten controleren door een verificateur met het oog op het verkrijgen van een verificatieattest waarin wordt geconstateerd dat hij op dat tijdstip in overeenstemming is met de toepasselijke reglementering.¹¹⁵ Er wordt ook voorzien in een bemiddelingsprocedure, op initiatief van een belanghebbende die zich wegens schending van het gemeenschapsrecht benadeeld weet. De bemiddelingsprocedure kan slechts gevoerd worden met instemming van de aanbestedende dienst.¹¹⁶

VI. ANDERE BEPALINGEN

A. Technische specificaties en normen

94. Artikel 22 bepaalt dat de Koning de bepalingen vastlegt die betrekking hebben op het gebruik van technische specificaties, normen en technische erkenningen.¹¹⁷ De Europese richtlijnen huldigen immers het algemeen beginsel van de voorrang van de Europese normalisatie, van Europese technische erkenningen en van gemeenschappelijke Europese specificaties, die in alle lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap van eenvormige toepassing zullen zijn.¹¹⁸ Gedetailleerde maatregelen worden voorzien in de uitvoeringsbesluiten.¹¹⁹

B. Beslag, afstand en inpandgeving van de schuldvorderingen verschuldigd bij de uitvoering van een overheidsopdracht

95. Artikel 23 voert nieuwe bepalingen in betreffende het beslag, de afstand en de inpandgeving van schuldvorderingen voor bedragen die verschuldigd zijn in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht. Deze bepalingen komen ter vervanging van de wet van 3 januari 1958 betreffende de overdracht en inpandgevingen van schuldvorderingen op de Staat uit hoofde van werken en leveringen.¹²⁰ De wijziging behoeft noodzakelijk een uitbreiding van het toepassingsgebied.

C. Verboden afspraken

96. De huidige tekst van artikel 314 van het Strafwetboek bestraft degenen die bij de toewijzing van overheidsovereenkomsten de vrijheid van opbod of inschrijving belemmeren «door geweld of bedreiging». Deze bepaling is dus niet van toepassing op de afspraken die worden aangegaan ingevolge giften of beloften.¹²¹

¹¹⁵ Voor de bijzondere reglementering nutssectoren, zie de artikelen 19 tot 22 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

¹¹⁶ Voor de bijzondere reglementering nutssectoren, zie de artikelen 24 tot 26 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

¹¹⁷ Zie ook de artikelen 41 en 62 betreffende de nutssectoren.

¹¹⁸ Zie *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 30.

¹¹⁹ Voor de bijzondere reglementering nutssectoren, zie de artikelen 16 tot 18 van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

¹²⁰ Opgenomen in de artikelen 96 tot 99 van het koninklijk besluit van 17 juli 1991 betreffende de coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit.

¹²¹ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 656/1, 49.

De wetgever heeft de ongeoorloofde afspraken tussen ondernemingen beter willen bestraffen omdat zij schadelijk zijn voor het gezonde beheer van de overheidsbestellingen en bijgevolg ook het algemeen belang schaden. Bijgevolg wou de wetgever, daartoe geïnspireerd door het Hoog Comité van Toezicht, afspraken als strafbaar beschouwen, zelfs wanneer deze niet gepaard gaan met lichamelijk geweld of bedreigingen. Het vergaren van het bewijs van dergelijke afspraken zou aldus eenvoudiger moeten worden.¹²²

Het nieuwe artikel 314 van het Strafwetboek, als gewijzigd door artikel 66 van de wet van 24 december 1993, bepaalt bijgevolg dat strafbaar zijn zij die, bij de toewijzing van (bepaalde) overheidscontracten, de vrijheid van opbod of van inschrijving belemmeren «door geweld of bedreiging of door schenkingen of beloften of door gelijk welk ander frauduleus middel».

VII. BESLUIT

97. Wat betreft de klassieke overheidsopdrachten maakt de nieuwe wet van 23 december 1993 geen korte metten met de wet van 14 juli 1976.

¹²² *Ibid.*

Wordt het toepassingsgebied van de reglementering geheel anders benaderd – nl. door te verwijzen naar een aantal criteria – het resultaat zal uiteindelijk vrij gelijklopend zijn. De in de wet gehanteerde criteria waren immers ook al door de Raad van State naar voren geschoven.

Ook het stramien voor de gunningsprocedure dat reeds sedert decennia is opgebouwd, blijft vrij intact. De belangrijkste wijzigingen zullen verband houden met de beoogde transparantie van de procedure. Die wordt nagestreefd door middel van de in de uitvoeringsbesluiten te regelen publicatie- en motiveringsverplichtingen. In de praktijk zal wellicht vooral de vereiste publicatie van – zelfs – beperkte en onderhandelingsprocedures voor een belangrijke wijziging in de administratieve praktijk zorgen.

98. Voor de opdrachten ter zake van de nutssectoren zijn de innovaties wel erg belangrijk. Enerzijds zullen de overheden die opdrachten m.b.t. die sectoren gunnen, aan veel soepelere regels zijn onderworpen. Anderzijds zijn ook sommige privaatrechtelijke ondernemingen door die regels gebonden. Het wordt vooral uitkijken hoe die laatste zich zullen conformeren aan een typisch publiekrechtelijke procedure.

David D'HOOGHE
Deeltijds docent K.U. Leuven

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

14 JULI 1994

Voorzitter: de h. De Greve

Rapporteurs: de hh. Coremans en François

Advocaten: mrs. Van Eeckhaut, De Groote en Peeters

Grondwet – Gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel – Rechterlijke macht – Voorrecht van rechtsmacht – Inbreuken op het wegverkeersreglement

De wetgever vermag de toepassing van het voorrecht van rechtsmacht voor te behouden voor vervolgingen betreffende misdrijven die hij als voldoende gewichtig beschouwt. De wettelijke indeling der misdrijven die resulteert uit de zwaarte van de straffen welke op die misdrijven zijn gesteld, vormt – welke de ter berechting bevoegde rechtbank ook moge zijn – een objectief en adequaat criterium om te bepalen of het voorrecht van rechtsmacht toepassing moet vinden.

Arrest nr. 66/94

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest van 3 december 1993 in zake het openbaar ministerie tegen C.D. heeft het Hof van Beroep te Gent, eerste kamer, de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Worden de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet geschonden door artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering in zover dit via de wettelijke indeling van de misdrijven leidt tot een afwijking van de gewone regelen inzake bevoegdheid voor de strafvervolgung wegens inbreuk op artikel 27.3.1, 1°, en 27.3.3 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer?».

...

IV. In rechte

... B.1. Artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering bepaalt:

«Wanneer een vrederechter, een rechter in de politierechtbank, een rechter in de rechtbank van eerste aanleg, in de arbeidsrechtbank of in de rechtbank van koophandel, een raadsheer in het hof van beroep of in het arbeidshof, een raadsheer in het Hof van Cassatie, een magistraat van het parket bij een rechtbank of een hof, een lid van het Rekenhof, een lid van de Raad van State, van het auditorschap of van het coördinatiebureau bij de Raad van State, een lid van het Arbitragehof, een referendaris bij dat Hof, een generaal die het bevel voert over een divisie, een provinciegouverneur, ervan beschuldigd wordt buiten zijn ambt een misdrijf gepleegd te hebben dat een correctionele straf meebrengt, laat de procureur-generaal bij het hof van beroep hem dagvaar-

den voor dat hof, dat uitspraak doet, zonder dat beroep kan worden ingesteld.»

Krachtens artikel 29, tweede lid, van de wetten betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 16 maart 1968, worden de inbreuken op de reglementen uitgevaardigd op grond van die wetten, andere dan de door de Koning als zodanig aangewezen «zware overtredingen», gestraft met een gevangenisstraf van één dag tot één maand en met geldboete van 10 frank tot 500 frank of met één van die straffen alleen.

C.D. wordt beticht van inbreuken als bedoeld in laatstgenoemd artikel. Normalerweise behoort de berechting van die inbreuken, op grond van artikel 138, 6°, van het Wetboek van Strafvordering, tot de bevoegdheid van de politierechtbank. Omdat de betrokkene een persoon is op wie het bijzonder stelsel van voorrecht van rechtsmacht van toepassing is, en de misdrijven waarvan hij wordt beticht wanbedrijven zijn, werd hij door de procureur-generaal gedagvaard om voor het hof van beroep te verschijnen.

B.2. Het voorrecht van rechtsmacht, dat van toepassing is op de magistraten, met inbegrip van de plaatsvervangende magistraten, en op bepaalde andere ambtsdragers, is ingesteld met het oog op het verzekeren van een onpartijdige en serene rechtsbedeling ten aanzien van die personen. De bijzondere regels op het gebied van onderzoek, vervolging en berechting die het voorrecht van rechtsmacht inhoudt, beogen te vermijden dat, enerzijds, ondoordachte, onverantwoorde of tergende vervolgingen jegens de ambtsdragers op wie dat stelsel van toepassing is, op gang worden gebracht, anderzijds, die ambtsdragers hetzij te streng, hetzij met te veel toegevendheid worden behandeld.

Het geheel van die motieven kan redelijkerwijze verantwoord worden dat de personen op wie het voorrecht van rechtsmacht van toepassing is, op het gebied van het onderzoek, de vervolging en de berechting anders worden behandeld dan de rechtsonderhorigen op wie de gewone regels van strafvordering van toepassing zijn.

B.3. De prejudiciële vraag betreft evenwel niet het bijzonder stelsel van voorrecht van rechtsmacht als zodanig, doch enkel de toepasselijkheid ervan op de in artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering genoemde ambtsdragers voor zover die worden vervolgd op grond van bepaalde in artikel 29, tweede lid, van de gecoördineerde wetten betreffende de politie over het wegverkeer bedoelde inbreuken, meer in het bijzonder op grond van inbreuken op artikel 27.3.1, 1°, en op artikel 27.3.3 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer.

B.4. De wetgever vermag de toepassing van het voorrecht van rechtsmacht voor te behouden voor vervolgingen betreffende inbreuken die hij als voldoende gewichtig aanziet. De wettelijke indeling der misdrijven die resulteert uit de zwaarte van de straffen welke op die misdrijven zijn gesteld, vormt – welke de ter berechting bevoegde rechtbank ook moge zijn – een objectief en adequaat criterium om te bepalen of het voorrecht van rechtsmacht toepassing moet vinden.

Er wordt niet aangetoond – en het Hof ziet niet in – dat aan het vereiste van een redelijk verband van evenredigheid tussen de door de wetgever aangewende middelen en het beoogde doel niet zou zijn voldaan.

Om die redenen,

het Hof,
zegt voor recht:

Artikel 479 van het Wetboek van Strafvordering schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vroegere artikelen 6 en 6bis) niet, in zoverre dat artikel via de wettelijke indeling van de misdrijven leidt tot een afwijking van de gewone regelen inzake bevoegdheid voor de strafvervolgung wegens inbreuk op artikel 27.3.1, 1°, en op artikel 27.3.3 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Simont en Bützler

Pensioenen werknemers – Mijnwerker – Echtgescheiden echtgenoot – Pensioen – Loopbaanbreuk

Het rustpensioen van de uit de echt gescheiden niet hertrouwde echtgenoot van een mijnwerker wordt niet in dertigsten maar in veertigsten of vijfenveertigsten berekend.

R. V. P. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 maart 1993 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

...

Overwegende dat artikel 75 van het koninklijk besluit van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen van de werknemers de voorwaarden bepaalt waarin het genot van die pensioenregeling kan worden verkregen door de niet hertrouwde uit de echt gescheiden echtgenoot van een werknemer;

Dat artikel 76, eerste lid, bepaalt dat het rustpensioen van de in artikel 75 beoogde personen wordt verworven onder dezelfde voorwaarden alsof de uit de echt gescheiden echtgenoot zelf een activiteit «als werknemer» zou hebben uitgeoefend tijdens de duur van zijn huwelijk met de gewezen echtgenoot; dat die bepaling niet voorschrijft dat de uit de echt gescheiden echtgenoot moet worden beschouwd als iemand die dezelfde activiteit als zijn ex-echtgenoot heeft uitgeoefend, wat tot gevolg zou hebben dat, als laatstgenoemde als mijnwerker was tewerkgesteld, het pensioen van de uit de echt gescheiden echtgenoot in de regel in dertigsten zou moeten worden berekend en naargelang het geval vanaf de leeftijd van 55 tot 60 jaar zou kunnen ingaan, of zodra een tewerkstelling van 25 jaar als mijnwerker in de ondergrond kan worden aangetoond; dat uit het tweede lid van artikel 76 daarentegen blijkt dat de leeftijd vanaf welke het pensioen van de uit de echt gescheiden echtgenoot kan ingaan 65 of 60 jaar bedraagt naargelang het gaat om een man of een vrouw; dat het ingaan van het pensioen op die leeftijd de verantwoording vormt voor de berekening van het pensioen in vijfenveertigsten of in veertigsten, nu de noemer 45 of 40 van de in aanmerking genomen breuk het aantal jaren aanduidt

begrepen in de periode vermeld in artikel 10, § 1, tweede lid, dat te dezen van toepassing is, van het koninklijk besluit nr 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen van werknemers; dat aldus, en in tegenstelling tot de beslissing van het arrest, artikel 76 van het koninklijk besluit van 21 december 1967 de berekening in dertigsten uitsluit, die in voormeld artikel 10, § 2, 1°, uitzonderlijk is bepaald ten voordele van de mijnwerkers;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 10 MEI 1994

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Van Hoecke en Bützler

Wegverkeer – Voetganger – Zich op de rijbaan begeven

Wanneer een voetganger zich met naleving van de voorschriften van art. 42.4.4 Wegverkeersreglement op de rijbaan heeft begeven, is hij niet verplicht voorrang te verlenen aan voertuigen die nadien naderen.

D. e.a. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 maart 1993 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Gelet op het verzoekschrift waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht en ervan deel uitmaakt;

Over het derde middel:

Overwegende dat naar luid van artikel 42.4.4 van het Wegverkeersreglement op de plaatsen waar het verkeer noch door een bevoegd persoon noch door verkeerslichten geregeld wordt, de voetgangers zich slechts voorzichtig en met inachtneming van de naderende voertuigen op de rijbaan mogen begeven; dat, wanneer een voetganger zich met naleving van deze voorschriften op de rijbaan heeft begeven, hij niet verplicht is voorrang te verlenen aan voertuigen die nadien naderen;

Dat bovendien artikel 40.2 van het Wegverkeersreglement de bestuurder oplegt dubbel voorzichtig te zijn ten aanzien van onder meer bejaarden;

Overwegende dat het arrest derhalve, nu het niet vaststelt dat de voetganger zich met inbreuk op voormeld artikel 42.4.4 op de rijbaan had begeven, niet wettig kon beslissen dat verweerder door de «zich onachtzaam verder schuin op de rijbaan begevende bejaarde voetganger (...) in zijn normaal redelijke verwachtingen (werd) verschalkt» en dat om deze reden verweerder geen fout heeft begaan waardoor hij aansprakelijk zou zijn jegens het slachtoffer;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 13 MEI 1994

Voorzitter: de h. Verougstraete

Raadsheer-rapporteur: de h. Waüters

Advocaat-generaal: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Houtekier en De Gryse

Verbintenissen – Nakoming – Aanbod gerede betaling – Niet aanvaard en niet gevolgd door consignatie – Gevolg

Het enkele aanbod van gerede betaling dat niet is aanvaard en dat niet is gevolgd door consignatie, bevrijdt de schuldenaar niet en heeft niet tot gevolg dat de interest vanaf dan niet meer verschuldigd is.

B. en P. t/ R. en V.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 april 1992 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Overwegende dat artikel 1257, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: «Het aanbod van gerede betaling, gevolgd van consignatie, bevrijdt de schuldenaar; het geldt te zijnen opzichte als betaling, wanneer het op wettige wijze gedaan is»;

Dat het enkele aanbod van gerede betaling, dat niet is aanvaard en dat niet gevolgd is door consignatie, de schuldenaar niet bevrijdt en niet tot gevolg heeft dat de interest vanaf dan niet meer verschuldigd is;

Overwegende dat het arrest oordeelt: «Terecht voeren de (verweerders) aan dat de interesten slechts lopen tot 21 november 1985, datum van het aanbod van gerede betaling»;

Dat het arrest dat aldus de aan de eisers toegekende interest beperkt tot 21 november 1985, enkel op grond van het aanbod van gerede betaling en niet op grond van een consignatie van de koopsom na aanbod van gerede betaling ervan, artikel 1257, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 16 MEI 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Advocaat-generaal: de h. Leclercq

Advocaat: mr. De Bruyn

Vonnissen en arresten – Uitspraak – Vervanging van verhinderde rechter – Vermeldingen

Wanneer de voorzitter van het gerecht een andere rechter aanwijst overeenkomstig art. 779 Ger.W. ter vervanging van de rechter die aan de beraadslaging heeft deelgenomen en wettig verhinderd is de uitspraak bij te wonen, dient het vonnis de door de voorzitter gewezen beschikking niet te vermelden, noch de vaststelling te bevatten dat de vervangen magistraat mede over het vonnis heeft beraadslaagd.

M. t/ J.

Gelet op het bestreden arrest, op 3 maart 1993 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 778, 779, eerste en tweede lid, 780 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest vermeldt dat het «gewezen is door de heren: Emil M., kamervoorzitter, Guillaume C., raadsheer in sociale zaken benoemd als werkgever, Guy E., raadsheer in sociale zaken benoemd als arbeider, die de debatten in de zaak hebben bijgewoond, en dat het op 3 maart 1993 op de openbare terechtzitting van de vierde kamer van het Arbeidshof te Luik, afdeling Luik, is uitgesproken door hetzelfde rechtscollege, behalve de hh. C. en E., die voor de uitspraak van het arrest overeenkomstig artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek vervangen zijn door de hh. X., raadsheer in sociale zaken benoemd als werkgever, en S., raadsheer in sociale zaken benoemd als arbeider»;

Overwegende dat het arrest de in het middel weergegeven vermeldingen bevat;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de eerste voorzitter van het arbeidshof, bij de beschikkingen van 3 maart 1993, die niet van valsheid zijn beticht en waarvan een eensluidend verklaard afschrift bij het dossier van de rechtspleging is gevoegd, overeenkomstig artikel 779, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, enerzijds, raadsheer in sociale zaken S. heeft aangewezen ter vervanging van raadsheer in sociale zaken E. en, anderzijds, raadsheer in sociale zaken X. heeft aangewezen ter vervanging van raadsheer in sociale zaken C.;

Dat de beschikkingen vaststellen dat de vervangen rechters wettig verhinderd zijn de uitspraak bij te wonen van het arrest waarover zij mee hebben beraadslaagd overeenkomstig artikel 778 van het Gerechtelijk Wetboek;

Dat geen enkel wetsartikel bepaalt dat het arrest zelf de met toepassing van artikel 779, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek gewezen beschikking van de eerste voorzitter moet vermelden en dat het de vaststelling moet bevatten dat de vervangen magistraten over het arrest mee hebben beraadslaagd overeenkomstig artikel 778 van genoemd wetboek;

Dat geen van beide onderdelen kunnen worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 SEPTEMBER 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Houtekier en Verbist

Arbeidsongeval – Toepassingsfeer – Werkloze – Tewerkstelling door overheid – Burgerlijke aansprakelijkheid – Werkgever – Begrip – Gezag – Loon

Uit de artt. 166 en 170 Werkloosheidsbesluit 1963 blijkt dat het openbaar bestuur aan de werkloze die het tewerkstelt geen loon betaalt. Mede gelet op het bepaalde in de artt. 2, § 1, 1°, S.Z.W. 1969 en 3, 1°, A.O.W., volgt daaruit dat het openbaar bestuur, wat de burgerlijke aansprakelijkheid betreft, niet de werkgever van de werkloze is als bedoeld in art. 46, § 1 A.O.W., ook al werkt de werkloze onder zijn gezag.

Gemeente B. t/ N.V. V. en D.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 juni 1993 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat artikel 1 van de Arbeidsongevallenwet, voor zover hier van belang, bepaalt dat die wet toepassing vindt op alle personen die als werkgever, werknemer of daarmee gelijkgesteld, geheel of gedeeltelijk vallen onder de Sociale-Zekerheidswet Werknemers van 27 juni 1969;

Dat, krachtens artikel 3, 1°, van de Arbeidsongevallenwet, de Koning de toepassing van de wet kan uitbreiden tot nadere categorieën van personen en tevens de persoon aanduiden die als werkgever wordt beschouwd;

Overwegende dat, krachtens artikel 1 van de voormelde Sociale-Zekerheidswet Werknemers, die wet toepassing vindt op de werkgevers die met werknemers door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden, en op de personen die door de Koning met toepassing van artikel 2, § 1, 1°, van de wet zijn aangewezen en diensgevolge met werkgevers zijn gelijkgesteld;

Dat evenwel, blijkens voormeld artikel 2, § 1, 1°, de hierboven bedoelde personen door de Koning slechts kunnen worden aangewezen voor zover arbeidsprestaties tegen loon onder hun gezag worden verricht;

Overwegende dat, blijkens artikel 165, derde lid, van het Werkloosheidsbesluit van 20 december 1963, het bestuur of de instelling die, overeenkomstig de artikelen 161 en volgende van dat besluit, een werkloze tewerkstelt, met die werkloze niet door een arbeidsovereenkomst verbonden is;

Dat dit bestuur of die instelling, blijkens de artikelen 166 en 170 van dat besluit, geen loon aan de bedoelde werkloze uitbetaalt;

Overwegende ten slotte dat de Koning ten aanzien van dit bestuur of die instelling geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid bedoeld in voormeld artikel 3, 1°, van de Arbeidsongevallenwet;

Overwegende dat dit bestuur of die instelling derhalve niet de werkgever van de hiervoren bedoelde tewerkgestelde werkloze is in de zin van artikel 46, § 1, van de Arbeidsongevallenwet, ook al werkt die werkloze onder zijn gezag;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 SEPTEMBER 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaten: mrs. Tournicourt en Claeys Bouuaert

Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Stopzettingsmeerwaarden – Voor beroepsdoeleinden gebruikte activa

Winsten of baten als bedoeld in art. 20, 4°, W.I.B. (1964) zijn de uit hoofde of ter gelegenheid van de volledige en definitieve stopzetting van een bedrijf behaalde of vastgestelde meerwaarden op lichamelijke activa die voor de exploitatie werden gebruikt en onderworpen waren aan de risico's van het bedrijf.

C. en C. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 29 juni 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

I. Op de voorziening van Gerard C.:

Overwegende dat een overledene geen cassatieberoep kan instellen;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat eiser overleden is op 7 juli 1985 en dat de voorziening werd ingesteld op 17 september 1992;

Overwegende dat de hervatting van het geding door de erfgenamen van eiser ingesteld voor het Hof, hieraan niet kan verhelpen en doelloos is;

Dat de voorziening niet ontvankelijk is;

II. Op de voorziening van Martha C.:

Over het eerste middel: schending van artikel 31, 1° (nieuw artikel 28) Wetboek van de Inkomstenbelasting, als gewijzigd door artikel 84 van de wet van 25 juni 1973 (*B.S.*, 6 juni 1973) van toepassing op aanslagjaar 1980, inkomsten 1979, alsmede schending van het wettelijk begrip «activa gebruikt voor de exploitatie»;

doordat het arrest beslist dat de feitelijke omstandigheden, waarvan de appellanten (thans eisers tot cassatie) de onjuistheid niet aantonen, uitwijzen dat het onroerend goed in kwestie uitsluitend gebruikt werd voor beroepsdoeleinden, daarbij vermeldend dat appellanten ten onrechte verwijzen naar de omstandigheid dat de gebouwen nooit werden opgenomen in de balans, nooit werden afgeschreven of de financieringskosten in rekening werden gebracht en dat in het kader van de wetbepalingen van kracht op het betrokken aanslagjaar, deze omstandigheden niet als voldoende bewijs gelden dat de gebouwen geen bedrijfskarakter vertonen en zouden verhinderen dat de belasting zou worden geheven op de gerealiseerde meerwaarde, en dat de beslissing van appellanten in het verleden om de gebouwen niet als bedrijfsmatig te behandelen niet bindend is voor de fiscus, en dat het onroerend goed aldus onderworpen was aan de bedrijfsrisico's van de onderneming,

terwijl artikel 31, 1°, W.I.B. (nieuw artikel 28) en het wettelijke begrip «activa gebruikt voor de exploitatie» vereisen dat de meerwaarde niet alleen betrekking heeft op activa die feitelijk gebruikt worden voor beroepsdoeleinden en aan de bedrijfsrisico's van de onderneming onderworpen zijn, doch eveneens op activa die door toedoen van en met instemming van de eigenaar in het bedrijfspatrimonium werden belegd, wat in concreto blijkt o.m. uit het opnemen der activa in de balans van het bedrijfsvermogen, het boeken van afschrijvingen op de activa en het in rekening brengen van de erop betrekking hebbende financieringskosten,

zodat het hof niet geldig kon besluiten dat de beslissing van appellanten om de gebouwen fiscaal niet als bedrijfsmatig te behandelen, de fiscus niet verhindert om, met bewijs van de verwezenlijking van de gestelde voorwaarden, een

stopzettingsmeerwaarde te belasten (schending van artikel 31, 1°, (nieuw art. 28) Wetboek van de Inkomstenbelasting, als gewijzigd door artikel 84 van de wet van 25 juni 1973, *B.S.*, 6 juli 1973, van toepassing op het aanslagjaar 1980, inkomsten 1979, en van het wettelijk begrip «activa gebruikt voor de exploitatie»);

Overwegende dat, krachtens artikel 31, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), winsten en baten als bedoeld in artikel 20, 4°, van dat wetboek zijn, onder meer, die welke worden behaald of vastgesteld uit hoofde of ter gelegenheid van de volledige en definitieve stopzetting, door de belastingplichtige, van de exploitatie van zijn bedrijf en die voortkomen van meerwaarden op lichamelijke activa die voor die exploitatie werden gebruikt;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de betrokken gebouwen geen integrerend deel uitmaken van het woonhuis van de eisers en ingericht werden met het oog op de exploitatie als garage en dat dit onroerend goed uitsluitend gebruikt werd voor beroepsdoeleinden; dat het beslist dat die gebouwen «onderdeel vormen van de onderneming zelf» en dat «als onderdeel van de onderneming de waarde van de gebouwen mee de invloed onderging van het al dan niet welslagen van de garage die erin uitgebaat werd»; dat het oordeelt dat de beslissing genomen door de belastingplichtige in het verleden de gebouwen «fiscaal niet als bedrijfsmatig te behandelen» niet afdoende bewijst dat de gebouwen geen deel uitmaakten van de onderneming;

Overwegende dat de appelrechters zodoende aannemen dat de activa voor de exploitatie effectief werden gebruikt en onderworpen waren aan de risico's van het bedrijf; dat zij aldus hun beslissing dat de meerwaarde, krachtens artikel 31, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) te dezen belastbaar was, naar recht verantwoorden;

...

NOOT – *De definitie van beroepsactiva in de personenbelasting: opnieuw ter discussie?*

Een natuurlijk persoon die een nijverheids-, handels- of landbouwonderneming exploiteert of een vrij beroep uitoefent zal normalerwijze bepaalde roerende en onroerende goederen bestemmen voor de uitoefening van zijn beroepswerkzaamheid.

Op het fiscaal vlak, en met name in de personenbelasting, kan die bestemming voor beroepsdoeleinden verstrekende gevolgen hebben. Het meest in het oog springende gevolg ligt op het vlak van de meerwaarden (voor andere consequenties zie Huysman, S., *Het fiscaal winstbegrip*, Kalmthout, Biblo, 1994, nrs. 193-207). Terwijl meerwaarden op activa die behoren tot het privé-vermogen niet aan de inkomstenbelasting worden onderworpen, stelt de fiscale wet de meerwaarden op activa die worden gebruikt voor de uitoefening van de beroepswerkzaamheid uitdrukkelijk belastbaar. Dit geldt niet alleen voor de eigenlijke exploitatiemeerwaarden (artikelen 24, eerste lid, 2°, en 27, tweede lid, 3°, W.I.B. 1992), maar ook voor de zogenaamde stopzettingsmeerwaarden (artikel 28, eerste lid, 1°, en tweede lid, W.I.B.).

Een precieze omschrijving van de beroepsactiva of van de goederen gebruikt voor de uitoefening van de beroepswerkzaamheid is echter geen eenvoudige zaak. Wanneer een natuurlijk persoon een onderneming exploiteert zonder daar-

bij een beroep te doen op de techniek van de rechtspersoonlijkheid of zonder op enige andere wijze goederen in gemeenschap te brengen, kan men immers niet terugvallen op het begrip inbreng. Zuiver juridisch vormt het geheel van activa en passiva dat voor de beroepsuitoefening wordt aangewend geen afzonderlijk vermogen.

Wat moet onder het begrip «goederen gebruikt voor de uitoefening van de beroepswerkzaamheid» dan wel worden verstaan? Tot vóór de wet van 22 december 1989 vond men in de teksten van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zelf geen enkele aanduiding. Het Hof van Cassatie gaf destijds wel een algemene omschrijving.

Het omschreef de «in de onderneming belegde activa» (door de wet van 25 juni 1973 werd de oorspronkelijke uitdrukking «in het bedrijf belegde activa» in het toenmalig artikel 21, eerste lid, 1°, W.I.B. 1964 vervangen door de uitdrukking «goederen die voor het uitoefenen van de beroepswerkzaamheid worden gebruikt»; opgemerkt zij dat deze redactionele aanpassing geenszins een inhoudelijke wijziging beoogde tot stand te brengen; zij had slechts tot doel de door het wetboek gebruikte terminologie te harmoniseren) als die welke door toedoen van de eigenaar of met zijn toestemming tegelijkertijd tot bedrijfsdoeleinden worden gebruikt en aan alle risico's van het bedrijf zijn onderworpen (Cass., 18 december 1956, *Arr. Verbr.*, 1957, 254; Cass., 1961, *Pas.*, 1962, I, 86; Cass., 15 februari 1967, *Pas.*, 1967, I, 740; Cass., 4 maart 1969, *Pas.*, 1969, I, 600; Cass., 3 juni 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 769). Ten aanzien van de beoefenaars van vrije beroepen werd een gelijkkluidende omschrijving gegeven (Cass., 1 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 770).

A. *Oorspronkelijke controverse.* Die rechtspraak gaf aanleiding tot een controverse. In het algemeen was men het er wel over eens dat het enkele feit van het gebruik van een goed voor beroepsdoeleinden niet kon volstaan om dit goed te bestempelen als behorend tot het beroepsvermogen (zie nochtans Kirkpatrick, J., «Le patrimoine affecté à l'entreprise individuelle en droit comptable et en droit fiscal», in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1022), maar de voorwaarde van onderwerping aan de risico's van het bedrijf of het beroep werd op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd.

Twee visies stonden tegenover elkaar. De eerste verdedigde de theorie van de onderwerping aan het economisch risico van het ondernemen. De tweede zag in de voorwaarde van de onderwerping aan de risico's van het bedrijf of beroep een verwijzing naar een bijzonder wilselement bij de belastingplichtige.

1) *De theorie van het economisch risico.* Volgens de eerste opvatting kan een actiefbestanddeel pas dan worden beschouwd als «belegd» in het bedrijf wanneer het er zodanig in is geïntegreerd dat de waardeverminderingen en waardevermeerderingen afhankelijk zijn van de goede werking van het bedrijf of van het welslagen van het beroep (Baltus, M., «La taxation des plus-values des avoirs affectés à l'exercice de la profession», *J.Prat.Dr.Fisc.*, 1969, 5-14; Smets, B., «Wat zijn in het bedrijf belegde activa?», *Fiskofoon*, 1989, 67-76; Gent, 13 januari 1987, *F.J.F.*, nr. 88/52; vgl. ook Jorion, G., noot onder Antwerpen, 30 juni 1987, *A.F.T.*, 1988, 61).

Deze theorie heeft zich kennelijk hoofdzakelijk laten inspireren door het gebruik van het begrip «risico» in voormelde omschrijving van het Hof van Cassatie. Dat het Hof hiermee niet doelde op een juridisch risico was wel duidelijk, aangezien de gestelde voorwaarde alsdan van elke betekenis

zou zijn ontdaan. Alle goederen van een natuurlijk persoon dienen immers tot onderpand van zijn schuldeisers en ondergaan alsoo zonder onderscheid het risico van de bedrijfsvoering. Bijgevolg nam men aan dat het Hof verwees naar het economisch risico (Baltus, M., *l.c.*, 2; Smets, B., *l.c.*, 72).

Dit criterium was, en is, nochtans betwistbaar. Ten eerste bepaalt de fiscale wet zelf dat in het bedrijfsvermogen vermogens-elementen worden opgenomen waarvan de waardeschommelingen grotendeels, zoniet exclusief, door bedrijfs-externe factoren worden bepaald. Waardevermeerderingen en -verminderingen van portefeuillewaarden bijvoorbeeld hebben altijd bijdragen tot het bedrijfsresultaat, ondanks het feit dat de bedrijfsvoering aan die waardeschommelingen in principe vreemd blijft (Van Crombrugge, S., «Bemerkingen nopens het bedrijfswinst in het fiscaal recht», *R.W.*, 1983-84, 2228).

In de tweede plaats stelt men vast dat het criterium van het economisch risico aan het wettelijk stelsel met betrekking tot de fiscale behandeling van de beroepsactiva wel een zeer onevenwichtige interpretatie geeft (Van Crombrugge, S., «Meerwaarden op niet in de balans opgenomen en nooit afgeschreven activa, toch belastbaar?», *Fiskoloog*, nr. 487 van 29 september 1994, 3). Zo leidt de toepassing ervan tot de niet-belastbaarheid van meerwaarden op activa die eerder wel aanleiding hebben gegeven tot de fiscale aanrekening van kosten en afschrijvingen, enkel wegens het feit dat de meerwaarde niet (mede) het gevolg is van het succes van het bedrijf of het beroep (Gent, 13 januari 1987, *F.J.F.*, nr. 88/52). En wordt anderzijds besloten tot de belastbaarheid van meerwaarden op goederen die nooit het voorwerp zijn geweest van een fiscale tenlasteneming van kosten, afschrijvingen of minderwaarden (Baltus, M., *l.c.*, 8). Het is zeer de vraag of de fiscale wetgever zulk een asymmetrische behandeling van de positieve en de negatieve resultaten met betrekking tot een zelfde goed inderdaad gewild heeft.

In de regel die het Hof van Cassatie voorstelde was het gebruik van het begrip «risico» eigenlijk ongelukkig, daar dit begrip in de juridische noch in de economische zin als zodanig een bruikbaar criterium kan opleveren om de beroepsactiva te onderscheiden van de activa behorend tot het privévermogen van de beroepsbeoefenaar.

2. *De wilstheorie.* In de tweede opvatting werd aan de omschrijving van het Hof van Cassatie een interpretatie gegeven die minder strak gedictieerd was door de door het Hof gebruikte bewoordingen, maar die veeleer een systematische uitlegging van het wettelijke stelsel inzake beroepsactiva beoogde. De voorwaarde van de onderwerping aan de beroepsrisico's werd begrepen als een verwijzing naar een intentioneel element bij de belastingplichtige.

In die opvatting kon een activum maar een beroepskarakter hebben wanneer de belastingplichtige de bedoeling had de waardeschommelingen van dat activum op te nemen in zijn beroepsresultaat. De veruitwendiging van die wil kon op verschillende manieren gebeuren. Bij de belastingplichtigen die boekhoudplichtig zijn door de opname van het goed in de balans. In alle andere gevallen door de toepassing van afschrijvingen of waardeverminderingen (Van Crombrugge, S., «Bemerkingen nopens het begrip bedrijfswinst in het fiscaal recht», *l.c.*, 2227-2228).

B. *Een wettelijke oplossing.* Thans geeft artikel 41 W.I.B. 1992 een opsomming van de goederen die, met het oog op de toepassing van de meerwaardenregeling, worden geacht

voor de beroepswerkzaamheid te worden gebruikt. Het gaat om de vaste activa die in het kader van de beroepswerkzaamheid zijn aangeschaft of vervaardigd en als activabestanddelen zijn geboekt, de vaste activa of gedeelten ervan waarvoor fiscaal afschrijvingen of waardeverminderingen zijn aangenomen en de immateriële vaste activa die tijdens de beroepswerkzaamheid tot stand zijn gebracht, ongeacht of zij als activabestanddeel zijn geboekt.

In deze omschrijving kan men de uitdrukkelijke bevestiging zien van de in de tweede theorie vooropgestelde boekingsvoorwaarden ten aanzien van de belastingplichtigen die aan de boekhoudwetgeving zijn onderworpen, alsook van het criterium van de fiscale tenlasteneming van afschrijvingen of waardeverminderingen in de andere gevallen. Artikel 41 W.I.B. 1992 bevestigt aldus de theorie van het wilselement.

De introductie van deze wettelijke omschrijving heeft nochtans niet alle twijfels en onzekerheden met betrekking tot de onderscheidingscriteria van de beroepsactiva kunnen wegnemen. Zo heeft een tijdlang discussie bestaan over het statuut van de door de onderneming zelf tot stand gebrachte onlichamelijke activa, die niet op de balans zijn geboekt, in hoofdzaak de cliënteel, en over de vraag of voorraden en geldbeleggingen, die als zodanig in de opsomming van artikel 41 W.I.B. 1992 niet voorkomen, eveneens vallen onder het begrip «activa die voor de uitoefening van de beroepswerkzaamheid worden gebruikt». Deze problemen hebben inmiddels een oplossing gevonden. Met betrekking tot de niet-geboekte activa is de wetgever zelf opgetreden; voor de andere gevallen heeft de rechtsleer een verdedigbare oplossing naar voren geschoven die gebaseerd is op een teleologische en/of systematische interpretatie van de fiscale wet (zie daarover Huysman, S., *o.c.*, nrs. 197-204; Van Crombrugge, S., «De programmawet van 28 december 1990. Inkomstenbelastingen», in *Fiscale programmawetten 1990. Roerende inkomsten. BEVEK en BEVAK*, Kalmthout, Biblo, 1991, 46-49).

C. *Blijvende controverse.* Eén probleem staat nog steeds ter discussie, namelijk de vraag hoe de activa moeten worden beoordeeld die naar hun aard of door hun inrichting slechts voor de beroepsuitoefening kunnen worden gebruikt, maar die nooit het voorwerp zijn geweest van enige vermelding in de boekhouding of van enige fiscaal aangenomen waardevermindering of afschrijving.

Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen geeft de indruk deze activa te beschouwen als behorend tot het beroepsvermogen. De opsomming van artikel 41 W.I.B. 1992 zou geen a contrario redenering toelaten, in die zin dat de omstandigheid dat een activum niet in de balans werd ingeschreven of dat daarop nooit afschrijvingen of waardeverminderingen zijn aangenomen, niet verhindert dat een belastbare meerwaarde wordt gerealiseerd (Antwerpen, 27 januari 1992, *F.J.F.*, nr. 92/119). Wij hebben dit standpunt, dat opnieuw aanknoopt bij het criterium van het economisch risico, eerder reeds ter discussie gesteld (Huysman, S., *o.c.*, nr. 209).

In het hierboven gepubliceerde cassatiearrest werd deze problematiek evenwel op soortgelijke wijze beslecht. Het Hof bevestigt een arrest dat besliste dat een gebouw, dat door zijn aard of inrichting voor niets anders kan dienen dan voor beroepsdoeleinden, en dat materieel ook voor de beroepsuitoefening wordt gebruikt, een beroeps karakter

heeft, ook al werd dit gebouw nooit in de balans opgenomen of is het nooit het voorwerp geweest van fiscaal aangenomen afschrijvingen of waardeverminderingen. De beslissing dat de meerwaarde, die werd gerealiseerd naar aanleiding van de inbreng van dit gebouw in een vennootschap, een belastbare stopzettingsmeerwaarde is, is volgens het Hof van Cassatie naar recht verantwoord.

De stelling die hier door het Hof wordt ingenomen bevestigt alvast niet de wilttheorie zoals die in de rechtsleer naar voren is gebracht. Blijft de vraag of het Hof zonder meer de theorie van het economisch risico onderschrijft.

Wegens de aard van het geschil dat ter beslechting voorlag, heeft het Hof hierop geen sluitend antwoord hoeven te formuleren. Het arrest doet geen uitspraak over de situatie waarin een actiefbestanddeel wel degelijk werd geboekt en/of afgeschreven, doch waar de waarde van het goed niet meebepaald werd door het succes van het bedrijf of beroep. Het standpunt dat een dergelijk actiefbestanddeel zijn privé-karakter behoudt, zodat een eventuele meerwaarde onbelastbaar blijft (cf. Gent, 13 januari 1987, reeds geciteerd), werd bijgevolg niet uitdrukkelijk bevestigd (Van Crombrugge, S., «Meerwaarden op niet in de balans opgenomen en nooit afgeschreven activa, toch belastbaar?», *Fiskoloog*, nr. 487 van 29 september 1994, 2).

Een consequente doortrekking van de redenering van het Hof lijkt nochtans te nopen tot de conclusie dat ook dit standpunt een impliciete bevestiging heeft gekregen. Men kan immers moeilijk uitgaan van de veronderstelling dat het Hof een bepaald criterium hanteert, doch dit slechts ten dele. Er kan slechts sprake zijn van een werkbaar herkenningscriterium wanneer alle gevolgen die uit de toepassing van dit criterium voortvloeien ook consequent worden aanvaard.

Het zij opgemerkt dat de feiten die ten grondslag liggen aan dit arrest dateren van vóór de invoering van het huidige artikel 41 W.I.B. 1992, dat een einde moest maken aan de oude controverse met betrekking tot de omschrijving van de beroepsactiva. Wat het oude recht betreft heeft het Hof dus kennelijk, alle bezwaren ten spijt, geopteerd voor het criterium van het economisch risico. De vraag die thans rijst, is of de draagwijdte van deze uitspraak zich eveneens uitstrekt tot de huidige situatie, die wordt beheerst door artikel 41 W.I.B. 1992.

Kan men met andere woorden ook thans nog beweren dat een actiefbestanddeel dat materieel voor het beroep wordt gebruikt en waarvan de waarde wel degelijk afhankelijk is van het succes van het beroep, in ieder geval aan te merken is als beroepsactivum, ook al werd het nooit in de balans opgenomen en werd het nooit afgeschreven (cf. Antwerpen, 27 januari 1992, reeds geciteerd).

Voorliggend arrest kan alvast niet ter ondersteuning van dit standpunt worden aangevoerd. Het Hof mag dan wel aansluiten bij de theorie van het economisch risico wat het oude recht betreft, over de draagwijdte van artikel 41 W.I.B. 1992 leert het als zodanig niets. De enige vraag is of het huidige recht nog ruimte laat aan het criterium van het economisch risico. Kennelijk is dat niet het geval.

Artikel 41 W.I.B. 1992 geeft in zijn positieve omschrijving van de beroepsactiva uitdrukking aan de wilttheorie die eerder in de rechtsleer naar voren werd gebracht. Het beroeps-karakter van de activa wordt uitsluitend gebaseerd op de door de belastingplichtige uitgedrukte intentie om alle resultaten met betrekking tot dat goed op te nemen in de win-

sten of baten die volgen uit zijn beroepsuitoefening. (Om die vaststelling te bestrijden zou men zich tevergeefs beroepen op het feit dat ten aanzien van de door de onderneming zelf tot stand gebrachte onlichamelijke activa geen enkele boekingsvoorwaarde is gesteld. Met die toevoeging heeft de wetgever enkel willen vermijden dat ongerechtvaardigde twijfel zou ontstaan over de belastbaarheid van stopzettingsmeerwaarden op de overdracht van cliënteel (*Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1366/6, 21; zie daarover Van Crombrugge, S., «De programmawet van 28 december 1990. Inkomstenbelastingen», *l.c.*, 47-49)).

In elk geval kan er geen twijfel meer over bestaan dat activa, die als zodanig werden geboekt of die fiscaal werden afgeschreven, in elk geval beroepsactiva zijn. Artikel 41 W.I.B. 1992 zegt dat nu uitdrukkelijk. De betreffende meerwaarden zijn belastbaar, onafhankelijk van de vraag of die meerwaarden het gevolg zijn van de goede werking van het bedrijf of het welslagen van het beroep. Het criterium van het economisch risico blijkt aldus volledig buiten werking gesteld.

Omgekeerd kan men dan ook nog moeilijk beweren dat meerwaarden op activa die nooit werden geboekt en/of afgeschreven niettemin belastbaar zijn wegens de enkele omstandigheid dat de meerwaarde (mede) het gevolg zou zijn van het succes van de beroepsuitoefening. Dit zou er immers op neerkomen dat een herkenningscriterium van de beroepsactiva wordt gehanteerd dat door de wetgever zelf werd uitgesloten.

D. *Conclusie.* Uiteindelijk kan men besluiten dat het nieuwe cassatiearrest met betrekking tot het begrip beroepsactiva in de personenbelasting minder verstreckende gevolgen heeft dan men op het eerste gezicht zou kunnen vermoeden. De draagwijdte van het arrest beperkt zich tot de vroegere situatie van vóór de introductie van de wettelijke definitie van de beroepsactiva.

Het arrest spreekt zich in het geheel niet uit over de interpretatie van deze definitie, die men thans terugvindt in artikel 41 W.I.B. 1992. Hoogstens zou men eruit kunnen afleiden dat het Hof deze bepaling niet beschouwt als de wettelijke bevestiging van zijn vroegere rechtspraak. De wilstheorie wordt aldus afgewezen wat het verleden betreft. Men kan die rechtspraak, die opnieuw aanknoopt bij de theorie van het economisch risico, betreuren. Zij past niet in het door de wetgever uitgewerkte systeem met betrekking tot de fiscale behandeling van de beroepsactiva.

De wetgever heeft evenwel altijd het laatste woord. En deze heeft bij de invoering van de wettelijke definitie van de beroepsactiva de wilstheorie wel degelijk onderschreven. De belastingplichtige heeft de vrije keuze een goed al dan niet voor de beroepsuitoefening te bestemmen. Wanneer de belastingplichtige heeft beslist afschrijvingen en minderwaarden met betrekking tot een goed ten laste te brengen van zijn beroepsinkomsten, zijn ook de positieve resultaten met betrekking tot dit goed, zoals meerwaarden, als beroepsresultaten aan te merken. Dit blijkt uitdrukkelijk uit artikel 41 W.I.B. 1992. Beslist hij deze negatieve posten niet op zijn fiscaal resultaat aan te rekenen, dan vereist een consequente benadering dat ook de meerwaarden onbelastbaar blijven.

Concreet betekent dit dat de opsomming van de beroepsactiva in artikel 41 W.I.B. 1992 als limitatief moet worden aangemerkt.

S. Huysman

RAAD VAN STATE

4e KAMER – 18 MEI 1993

Voorzitter: de h. Borret

Staatsraden: de h. De Brabandere en mevr. Bracke

Auditeur: de h. Lust (eensluitend advies)

Advocaten: mrs. Senelle, Sonck en Martens loco Bützler

Aanstelling op proef – Annulatieberoep – Vaste benoeming – Vernietiging aanstelling op proef – Gevolgen voor niet-bestreden vaste benoeming – Verlies van materiële rechtskracht – Termijn van beroep – Intrekking

De vernietiging door de Raad van State van een aanstelling op proef heeft als gevolg dat de materiële rechtskracht van de niet-bestreden vaste benoeming wordt aangetast, zelfs indien deze niet formeel wordt vernietigd.

De vernietiging van de aanstelling op proef opent in deze zaak een nieuwe termijn om een annulatieberoep in te dienen tegen de vaste benoeming. De overheid is bevoegd, zoniet verplicht tot het intrekken van de onwettige vaste benoeming.

W. t/ Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen
voor Waterbedeling
nr. 43.010

Gezien het op 6 september 1985 ingediende verzoekschrift waarbij W.W. de vernietiging vordert van «de beslissing van 10 juli 1985 genomen door de voorzitter van de tegenpartij, die aan verzoeker werd gezonden per aangetekend schrijven van 10 juli 1985 en waarbij hem werd meegegeeld dat ingevolge de betekening op 24 juni 1985 aan de huidige tegepartij, de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling, van het arrest van de Raad van State van 18 juni 1985, nr. 25.486, waarbij het besluit van 12 juni 1981 van de Raad van Beheer van de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling vernietigd wordt, een einde is gekomen aan de benoeming van verzoeker als hoofdingenieur-directeur»;

...

Over de gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

Verzoeker wordt bij besluit van 12 juni 1981 van de raad van beheer van de verwerende partij met ingang van de datum van zijn indiensttreding op proef aangesteld als hoofdingenieur-directeur van de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling.

Tegen die beslissing wordt op 11 augustus 1981 annulatieberoep ingesteld door J.V.D. Verzoeker werd tot tussenkomst in het beroep toegelaten met beschikking van 15 juli 1982.

Op 17 september 1982 gaat de raad van beheer van de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling over tot de benoeming van verzoeker, met ingang van 1 september 1982, in vast dienstverband.

Op 18 juni 1985 vernietigt de Raad van State, bij arrest nr. 25.486, de hierboven vermelde aanstelling op proef van huidige verzoeker.

Met een aangetekende brief van 10 juli 1985 deelt de voorzitter van de raad van beheer van de verwerende partij verzoeker mee dat gelet op dit arrest, «vanaf 24 juni 1985 een einde (komt) aan uw benoeming als hoofdingenieur-directeur bij onze intercommunale». «Mogen wij u bij deze gelegenheid herinneren», aldus nog de brief, «dat wij u met schrijven van 26 juni 1985 een contractuele aanstelling voor zes maanden als hoofdingenieur-directeur en dit vanaf 24 juni 1985 hebben voorgesteld die u echter geweigerd heeft.»

In een tweede brief van 31 juli 1985 – door verzoeker op 5 augustus 1985 afgetekend – schrijft dezelfde voorzitter: «Wij wijzen er u op dat u vanaf 24 juni 1985 noch statutair, noch contractueel bij onze maatschappij tewerkgesteld wordt. Wij verzoeken u dan ook uw kantoor te ontruimen.»

Van zijn kant stelt de raad van beheer van de verwerende partij op 5 september 1985 vast dat, in acht genomen het vernietigingsarrest van 18 juni 1985 en artikel 25 van het statuut van de aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden voor het personeel van de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling, «de beslissing van 17 september 1982 geen voorwerp meer heeft, noch uitwerking kan hebben». «De Raad bevestigt vervolgens de inhoud van het schrijven van de heer voorzitter van 31 juli 1985, ref. GS/MV/AS/CD namens de T.M.V.W. aan de heer ir. W.W. door deze laatste voor ontvangst ondertekend op 5 augustus 1985.»

Over het juiste voorwerp van het beroep

Overwegende dat in het verzoekschrift alleen de nietigverklaring wordt gevorderd van het besluit van 10 juli 1985 van de voorzitter van de raad van beheer van de verwerende partij;

Overwegende dat in dat verband de verwerende partij opwerpt dat, waar dit besluit van 10 juli 1985 ondubbelzinnig bekrachtigd is door het besluit van 5 september 1985 van de raad van beheer zelf, dat dezelfde draagwijdte ten aanzien van verzoeker heeft en door hem niet is bestreden, hij zonder verder belang is bij de aanvechting van de brief van 10 juli 1985;

Overwegende dat verzoeker in zijn memorie van wederantwoord terecht repliceert dat hij, toen hij zijn annulatieberoep op 6 september 1985 instelde, geen kennis had van de beslissing van de raad van beheer van de verwerende partij van daags voordien; dat de beslissing van 10 juli 1985 van de voorzitter moet worden beschouwd als een anticipatieve beslissing die nadien werd overgenomen en bekrachtigd door de raad van beheer, zodat verzoekers beroep in feite eveneens de beslissing van 5 september 1985 van de raad van beheer tot voorwerp heeft; dat hierbij echter meteen moet worden vastgesteld dat verzoekers eerste annulatiemiddel, waarin hij de onbevoegdheid van de voorzitter van de raad van beheer aanklaagt, dan niet meer ter zake dienend is;

Over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het beroep

Overwegende dat de verwerende partij in antwoord op verzoekers middelen opwerpt dat de aangevochten brief van 10 juli 1985 «geen voor vernietiging vatbare bestuurshandeling vormt, nu hij hoogstens uitleg verschaft over de rechtspositie van verzoeker (R.v.St., nr. 21.872, 5 januari 1982, Arr. R.v.St., 1982, 6)»; dat de verwerende partij haar stelling daarbij baseert op de volgende, met veelvuldige verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer gestoffeerde, redenering:

Het vernietigingsarrest van 18 juni 1985 van de Raad van State doet niet alleen de rechtstreekse gevolgen van verzoekers aanstelling op proef van 12 juni 1981 verdwijnen, maar heeft bovendien – binnen de perken van het belang van J.V.D. – de nietigheid tot gevolg van de onrechtstreekse rechtsgevolgen die zijn voortgevloeid uit de gevolgakten die de rechtssituatie van de direct geadresseerde van de vernietigde beslissing, namelijk verzoeker, nader hebben bepaald of verder ontwikkeld. De beslissing van 17 september 1982 van de raad van beheer, waarbij verzoeker met ingang van 1 september 1982 werd benoemd in vast dienstverband, is een dergelijke gevolgakte «die de aanstelling op proef slechts verder ontwikkelt en die in ieder geval slechts dank zij de vernietigde beslissing tot stand kon komen». Met andere woorden werd door het arrest van 18 juni 1985 niet alleen aan de beslissing van 12 juni 1981, maar tevens aan die van 17 september 1982 elke «materiële rechtskracht» ontnomen. Wanneer dan ook de voorzitter van de raad van beheer van de verwerende partij in de brief van 10 juli 1985 aan verzoeker meedeelt dat vanaf 24 juni 1985 – datum waarop het arrest van 18 juni 1985 aan de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling betekend werd – een einde is gekomen aan zijn benoeming als hoofdingenieur-directeur, «deed hij niets anders dan de als gevolg van dit arrest ontstane rechtstoestand van verzoeker verduidelijken»;

Overwegende dat verzoeker repliceert dat de vernietiging van de indirecte rechtsgevolgen van een beslissing niet is begrepen in de vordering tot vernietiging van de initiële beslissing en dat, heeft een verzoeker toch belang bij het ongedaan maken van één of meer van die indirecte gevolgen, hij dan op grond van dat belang een afzonderlijk beroep tegen de naar zijn oordeel griefhoudende beslissing dient in te stellen; dat verzoeker in dat verband stelt dat in het door J.V.D. op 11 augustus 1981 ingeleide annulatieberoep nooit de vernietiging werd gevraagd van de beslissing van 17 september 1982, anders zou de Raad van State over deze beslissing eveneens tegelijkertijd, expliciet en formeel uitspraak hebben gedaan in het arrest nr. 25.486 van 18 juni 1985, zodat deze beslissing van 17 september 1982 thans definitief is geworden en haar geldingskracht niet ter discussie kan worden gesteld; dat verzoeker besluit dat de brief van 10 juli 1985 dus wel degelijk een voor vernietiging vatbare bestuurshandeling vormt;

Overwegende dat artikel 25 van het statuut van de aanwervings- en bevorderingsvoorwaarden voor het personeel van de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Waterbedeling bepaalt dat bij publieke oproep tot buitenstaanders de definitieve benoeming afhankelijk is van de voorwaarde met goed gevolg een proeftijd van – in casu één jaar – in de betreffende graad te hebben doorlopen; dat die bepaling dan ook inhoudt dat de geldige benoeming op proef een noodzakelijke voorwaarde, of anders gezegd, de rechtens onontbeerlijke grondslag vormt voor de benoeming in vast verband; dat het wegnemen van de wettige grondslag van de vaste benoeming door een vernietigingsarrest van de Raad van State dan ook de materiële rechtskracht aantast van de vaste benoeming, zelfs indien deze niet formeel zou zijn vernietigd;

Overwegende dat, in de veronderstelling dat het verlies aan materiële rechtskracht van de nagekomen beslissing dat niet formeel door het annulatiearrest van de Raad van State werd vastgesteld, niet automatisch tegengeworpen kan worden aan de beneficiënt van die nagekomen beslissing, het de

auteur van die beslissing toekomt – zoniet deze verplicht is – ze uit het rechtsverkeer te verwijderen; dat deze stelling als volgt kan worden verantwoord: de vernietiging door de Raad van State van een overheidshandeling is te beschouwen als een declaratief feit dat retroactief de onwettigheid aantoont, niet alleen van de vernietigde handeling, maar ook van de handelingen waarvoor de vernietigde handeling de noodzakelijke wettige grondslag vormt en waarvan dus, zoals hiervoor gezegd, de materiële rechtskracht is aangetast; dat declaratief feit – het annulatiearrest – doet een nieuwe termijn ingaan gedurende welke voor de belanghebbenden de mogelijkheid openstaat de afgeleide rechtshandelingen waarvan aldus de nietigheid is aangetoond met een annulatieberoep te bestrijden; in voorliggend geval zou dat betekend hebben dat de oorspronkelijke verzoeker J.V.D. binnen zestig dagen nadat hem het arrest nr. 25.486 van 18 juni 1985 betekend was, en op voorwaarde dat hij kennis had van de vaste benoeming van verzoeker, deze laatste benoeming met een annulatieberoep kon bestrijden; het staat echter de overheid welke een onregelmatige beslissing genomen heeft ook vrij om, binnen de termijn waarbinnen ze bij de Raad van State kan worden bestreden, die beslissing in te trekken; dat konden de bevoegde bestuursorganen van de verwerende partij te dezen doen met de benoeming in vast verband van verzoeker;

Overwegende dat uit hetgeen onmiddellijk hieraan voorafgaat kan worden besloten dat, zo de door verzoeker bestreden beslissingen al niet moeten worden beschouwd als het louter vaststellen dat verzoekers benoeming in vast verband haar materiële rechtskracht heeft verloren en dus geen wijziging brengen in de bestaande rechtstoestand, zij neerkomen op de intrekking van een onwettige rechtshandeling waartoe de verwerende partij bevoegd, zoniet verplicht was; dat aldus kan worden vastgesteld dat de intrekking plaatshad binnen de termijn van beroep bij de Raad van State; dat dan tevens is aangetoond dat het tweede middel van verzoeker, waarin hij betoogt dat de bestreden beslissingen een miskenning inhouden van de beslissing van 17 september 1982 waardoor hij vast werd benoemd, niet gegrond is,

...

NOOT – Vgl. R.v.St., nr. 17.695, 9 juni 1976; R.v.St., nr. 18.175, 16 maart 1977 en R.v.St., nr. 18.176, 17 maart 1977. In deze arresten oordeelde de Raad van State dat verzoekschriften tot nietigverklaring van toelatingen tot de stage moeten worden geacht ook te zijn gericht tegen de besluiten tot vaste benoeming van dezelfde personen, zodat beide besluiten in één arrest kunnen worden vernietigd.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

9e KAMER – 5 MAART 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. Van Fraechem

Raadsheren: de hh. Van Craen en Snelders

Openbaar ministerie: de h. Schram

Advocaten: mrs. De Ryck loco Hagenaar, Mattheessens loco Jespers, Waterloos en Mathyssens

Strafvordering – Hoger beroep – Incidenteel beroep

De ontvankelijkheid van een regelmatig ingesteld incidenteel beroep hangt af van de regelmatigheid van het principaal hoger beroep, waarover de rechter in hoger beroep zal oordelen.

N.V. T. e.a. t/ V.

Overwegende dat de hogere beroepen van beklaagde en van het openbaar ministerie, regelmatig naar vorm en termijn, ontvankelijk zijn, behoudens in zoverre beklaagde hoger beroep aantekende tegen de feiten van de telastlegging waarvoor zij vrijgesproken werd;

dat haar beroep tegen deze vrijspraken onontvankelijk is bij gebrek aan belang;

Betreffende het incidenteel beroep van de burgerlijke partij N.V. H.

Overwegende dat artikel 203, § 4, van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat in alle gevallen waarin de burgerlijke rechtsoverzetting gebrachd wordt voor de rechter in hoger beroep, de gedaagde bij een op de terechtzitting genomen conclusie incidenteel beroep kan instellen zolang de debatten niet gesloten zijn;

Overwegende allereerst dat dient te worden opgemerkt dat dit artikel slechts als voorwaarde voor het instellen van incidenteel beroep stelt dat de vordering op procedureel rechtsgeldige wijze aanhangig is gemaakt voor de appelinstantie;

dat de inhoudelijke beoordeling van het principaal hoger beroep, zoals het belang om dit principaal hoger beroep in te stellen, geen beletsel vormt om incidenteel beroep in te stellen;

Overwegende dat artikel 203, § 4, van het Wetboek van Strafvordering, ingevoerd werd bij artikel 2 van de wet van 31 mei 1955 en tot doel had enerzijds de vrijwaring van het verdedigingsrecht van de geïntimeerde in een nieuw juridisch debat dat door de hoofdappellant werd uitgelokt en anderzijds de vereenvoudiging van de rechtspleging en kostenbesparing;

Overwegende dat de appelprocedure aanhangig gemaakt wordt door de verklaring van hoger beroep en het de appelrechter is die uitspraak moet doen over de geldigheid van de verklaring van hoger beroep en de gegrondheid ervan;

dat verklaringen van hoger beroep die procedureel een voorziening aanhangig maken, devolutieve en schorsende waarde hebben zodat de mogelijkheid aanwezig is om binnen de perken van het formeel correct ingesteld hoger beroep incidenteel beroep in te stellen daar de ontvankelijkheid van het principaal hoger beroep slechts beoordeeld kan worden door het rechtcollege dat er in hoger beroep over moet oordelen;

dat derhalve de ontvankelijkheid van een regelmatig ingesteld incidenteel beroep slechts afhankelijk mag worden gesteld van een vormelijk tijdig, rechtsgeldig ingesteld principaal hoger beroep, waarvan de ontvankelijkheid uiteindelijk door het Hof zelf beoordeeld wordt;

dat anders redeneren hierop zou neerkomen dat de burgerlijke partij misleid zou worden en geen principaal hoger beroep zou instellen omdat ze reeds in het hoger beroep betrokken is door een niet beperkt hoger beroep van beklaagde;

Overwegende dat, resumerend, een onderscheid dient gemaakt tussen aanhangigheid en ontvankelijkheid die door de appelinstantie beoordeeld wordt;

(In het dispositief wordt het incidenteel beroep ontvankelijk verklaard.)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

16e KAMER – 9 APRIL 1992

Raadsheer: de h. Puissant

Advocaten: mrs. Verschuere en Luyten

Vereniging zonder winstoogmerk – Scoutsvereniging – Door scoutsleiders begane fout – Orgaantheorie

Een scoutsleider is te beschouwen als een orgaan van zijn vereniging, daar het doel van de V.Z.W. «Vlaams Verbond van Katholieke Scouts en Meisjes» niet kan worden verwezenlijkt zonder de actieve medewerking van de niet in dienstverband optredende leiders.

V.Z.W. V. t/ M. en H.

Overwegende dat de V.Z.W. Vlaams Verbond van Katholieke Scouts en Meisjes elke mogelijke aansprakelijkheid ontkent voor een door een van haar scoutsleiders begane fout;

dat, naar zij beweert, scoutsleiders onafhankelijk hun activiteiten organiseren en elke band ontbreekt van ondergeschiktheid;

dat beweerdelijk een scoutsleider al evenmin als een orgaan is te beschouwen van zijn vereniging daar hij deze niet zou kunnen vertegenwoordigen of binden;

Overwegende dat men zich echter wel moet afvragen hoe het maatschappelijk doel van de V.Z.W. wel verwezenlijkt zou kunnen worden zonder de actieve medewerking van de inderdaad niet in dienstverband optredende leiders;

dat zij het bij uitstek zijn die verwezenlijken wat hun V.Z.W. op het oog heeft;

dat trouwens uit het verhoor van de algemene groepsleider en van de materiaalmeester voldoende is gebleken dat deze laatsten niet waren betrokken bij de activiteiten van de Jong Verkenner, waarvan o.m. Kurt M. deel uitmaakte op 22 oktober 1983;

dat de effectieve leiders van de groep G. goed en wel organen waren van appellante en zij voor hun misgrepen aansprakelijkheid dient op te nemen;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

13e KAMER – 8 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Van Avermaet

Advocaten: mrs. De Jaegere, Van Den Berghe en Delagrangé

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – Grafzerk in slechte toestand

Een grafzerk die zich in een algemeen slechte toestand bevindt, waarvan het vlakke gedeelte voor een deel schuin is weggezakt in de aarde en waarvan het metselwerk dat het opstaande en het neerliggend gedeelte bijeenhield, door de ouderdom is verpulverd, vertoont een intrinsiek gebrek in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W., omdat dit gebrek de structuur van de zaak zodanig aantast dat deze niet meer beantwoordt aan de normale vereisten van stabiliteit die een ieder van een dergelijke grafzerk mag verwachten.

Gemeente Ledegem t/ H. en L.C.M.

Bij het thans bestreden vonnis werd appellante volledig aansprakelijk gesteld voor een ongeval dat op 6 oktober 1985 op het kerkhof te Ledegem overkwam aan Renild H. en zijn dochter Annick H.

In eerste aanleg betwistte de gemeente Ledegem haar principiële verantwoordelijkheid, maar haar argumenten daartoe werden door de eerste rechter afdoende beantwoord en weerlegd, o.m. verwijzend naar de wet van 20 juli 1971 (art. 7 en art. 26). In deze aanleg betwist appellante dan ook niet meer dat ze eigenaar-bewaker is van de desbetreffende zerk.

Over het verloop van het ongeval gaf Renild H. t.o.v. de verbalisanten het volgende relaas: «Op (...) was ik met mijn dochter op het kerkhof te Rollegem-Kapelle. Ik zou het graf van mijn schoonvader wat opkalefateren. Op het ogenblik dat ik tussen de zerk van mijn schoonvader en een andere zerk paseerde is het rechtstaande gedeelte van de andere zerk op mijn schouder gevallen en viel ik op de grond. Ik heb niet tegen de andere zerk gestoten. Ik lag ten gronde met het arduinblok op mijn rechterarm.» Zijn dochter Annick verklaarde: «Op een gegeven moment hoorde ik een klap en toen ik me omdraaide zag ik dat mijn vader met de rechterarm en schouder onder een blok arduin lag. Ik heb gepoogd dit brokstuk op te heffen door middel van een houten balk, doch zonder resultaat. Door het overmatig heffen werd ik licht gewond aan de liesstreek, de nek en de schouder».

Betreffende de omgevallen grafzerk noteerden de verbalisanten: «Duidelijk is te zien dat het omgevallen gedeelte van de grafzerk in slechte toestand verkeerde. Het vlakke gedeelte is zelfs deels schuin weggezakt in de aarde. Het metselwerk dat het rechtstaande en neerliggend gedeelte bijeenhield, is door de ouderdom verpulverd.»

Appellante blijft betwisten dat de grafzerk waarover ze de bewaring had, een gebrek vertoonde dat oorzaak is van de schade.

De vergoedingsplicht op basis van artikel 1384, eerste lid, B.W. bestaat zodra door de schadelijder bewezen wordt dat het schadegeval te wijten is aan een gebrek van de zaak. Aldus ontstaat een vermoeden van schuld ten laste van de bewaarder van de zaak waarvan hij zich slechts kan ontlasten door het bewijs te leveren dat de schade door toeval, overmacht of de daad van een derde is veroorzaakt.

Het gebrek wordt echter niet vermoed en mag niet wettig afgeleid worden uit de enkele ongewone gedraging van de zaak; de rechter kan dit nochtans wel doen wanneer hij elke andere oorzaak voor die abnormale gedraging uitsluit.

Te dezen staat vast dat de grafzerk in een gebrekkige toestand verkeerde.

De eerste rechter verwees terecht naar de vaststellingen van de verbalisanten waaruit blijkt dat de grafzerk zich in een

algemeen slechte toestand bevond, met een schuin wegge-zakt vlak gedeelte en door ouderdom verpulverd metselwerk. De zerk was trouwens meer dan 50 jaar oud en niet meer onderhouden daar er blijkbaar geen familieleden van de overledene meer zijn of deze zich om de zerk niet meer bekommeren.

Appellante beroept zich op de met het bovenstaande tegenstrijdige verklaring van haar burgemeester en van de inspecteur van haar verzekeringsmaatschappij, maar deze verklaringen, uitgaande van personen die bij de zaak een rechtstreeks belang hebben, kunnen geen afbreuk doen aan de objectieve vaststellingen der verbalisanten. De verzekeringsinspecteur moet trouwens ook toegeven dat de vlakke steen «licht weggezakt is naar opzij».

Het is derhalve op afdoende wijze bewezen dat de grafzerk een intrinsiek gebrek vertoonde, nl. een gebrek dat de structuur van de zaak aantastte zodanig dat deze niet meer beantwoordde aan de normale vereisten van stabiliteit die een ieder van een dergelijke grafzerk mag verwachten.

Appellante stelt wel dat, zelfs indien het lichtjes scheefstaan van een grafzerk een gebrek zou zijn in de «technische zin» van het woord, dit dan nog geen gebrek is in de zin van artikel 1384 B.W.

Ze verduidelijkt of verantwoordt die stelling niet en overigens gaat het in casu niet alleen om een «lichtjes scheefstaan» van het vlakke gedeelte, maar wel over een algemeen gebrek aan onderhoud met o.m. als gevolg het verpulveren van het metselwerk tussen het rechtstaande en het neerliggende gedeelte van de zerk.

Verder is ook afdoende bewezen dat het ongeval en de daaruit voortvloeiende schade aan het desbetreffend gebrek te wijten zijn.

De verklaring die het slachtoffer Renild H. aflegde nopens de omstandigheden van het ongeval, en die grotendeels wordt gestaafd door die van zijn dochter Annick, komt op zich geloofwaardig voor en ze wint bovendien nog aan bewijskracht door de vaststelling dat appellante er niet in slaagt een andere mogelijke of waarschijnlijke oorzaak van het schadegeval dan de bouwvalligheid van de ingestorte grafzerk zelf, te bewijzen of zelfs nog maar plausibel te maken.

Appellante oppert wel de mogelijkheid dat Renild H. de ingestorte grafzerk zou kunnen hebben gebruikt «als steun», maar ze preciseert niet of bewijst ook niet hoe of waarom het slachtoffer het nodig of nuttig kon vinden de grafzerk als steun te gebruiken bij de uitvoering van zijn werk.

Appellante verwijst naar het feit dat de grafzerk reeds meer dan 50 jaar rechtstond zodat er, volgens haar, wel degelijk een causaal verband bestaan moet hebben tussen het ongeval en het werk van H. Het is bewezen dat het vlakke gedeelte van de zerk verzakt was en dat het metselwerk tussen het opstaande en vlakke gedeelte verpulverd was. Derhalve was er ook slechts een zeer precair evenwicht dat door de minste druk verstoord kon worden, bv. wanneer in de onmiddellijk omgeving werk uitgevoerd zou worden. Een grafzerk welke niet behept is met gebreken en voldoende stabiliteit vertoont, moet daaraan echter kunnen weerstaan, op zijn minst wanneer het slechts werk betreft zoals datgene dat door H. werd uitgevoerd.

De aansprakelijkheid van appellante is derhalve bewezen gebleven.

Nopens de toegekende schadevergoedingen is er op zich geen betwisting, evenmin als over de bevolen onderzoeksmaatregel die trouwens verantwoord is.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 21 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Top

Advocaten: mr. Westerlinck

Verbintenissen – Pauliaanse vordering – Inbreng in vennootschap – «Pauliana-beslag» – Bevoegdheid beslagrechter

De inbreng in vennootschap is een rechtshandeling die niet ontsnapt aan het toepassingsgebied van art. 1167 B.W. Zonder de oprichting van de vennootschap te hoeven aanvechten kan de schuldeiser opkomen tegen de vervreemding van de goederen door op de ingebrachte goederen beslag te leggen. De beslagrechter oordeelt in het raam van de revindicatieprocedure als bodemrechter over de toepassing van art. 1167 B.W.

N.V. S. t/ D. en C.

Het bestreden vonnis verklaart ongegrond de vordering van appellante tot ontrekking van alle goederen aan het uitvoerend roerend beslag dat eerste geïntimeerde tegen tweede geïntimeerde in diens woning liet leggen bij deurwaardersakte de dato 29 januari 1991, om betaling te krijgen van 102.427 frank in hoofdsom, interesten en kosten.

Het vonnis veroordeelt appellante, op tegenvordering van eerste geïntimeerde tot betaling aan deze laatste van 20.000 frank schadevergoeding wegens tergend en roekeloos verzet en verwijst haar in de kosten van het geding.

Appellante handhaaft haar eigendomsaanspraken, die in eerste aanleg gebaseerd waren op de inbreng in vennootschap van de bedoelde goederen door de beslagene, zoals moet blijken uit de bijlagen bij de oprichtingsakte van appellante de dato 28 september 1990, welk stuk thans niet wordt overgelegd, maar waarvan het feit als zodanig door eerste geïntimeerde niet wordt betwist.

Appellante stelt dat die inbreng op volstrekt regelmatige wijze is geschied en verwijst in haar appelakte naar haar conclusie in eerste aanleg, waarin zij de bedoelingen van het echtpaar C. V. heeft toegelicht met betrekking tot de inbreng van heel hun vermogen in deze vennootschap.

Inbreng in vennootschap is echter een rechtshandeling die niet ontsnapt aan het toepassingsgebied van artikel 1167 B.W. Op grond van deze bepaling zijn de handelingen verricht door een schuldenaar met bedrieglijke benadeling van de rechten van hun schuldeisers, herroepbaar op vordering en ten behoeve van de schuldeiser die kan aantonen hierdoor benadeeld te zijn.

Dit recht komt meer bepaald toe aan de beslagleggende schuldeiser die, zoals eerste geïntimeerde, vaststelt dat de goederen die in het bezit van de beslagene worden aangetroffen, voordien zijn vervreemd ten voordele van een derde die wist of moest weten dat deze handeling de rechten van die schuldeiser benadeelt.

De voorwaarden voor de toepassing van artikel 1167 B.W. zijn hier aanwezig:

- tweede geïntimeerde had een belangrijke schuld tegenover eerste geïntimeerde, die uit dien hoofde een vonnis verkreeg op 30 juni 1989 en het aan tweede geïntimeerde liet betekenen met bevel tot betaling op 11 oktober 1989;

- bij de oprichting op 1 maart 1990 door tweede geïntimeerde en zijn echtgenote van de N.V. S., huidige revendicante, wordt de volledige gezinsboedel in de vennootschap gebracht, waardoor het zichtbaar vermogen van de schuldenaar onttrokken wordt aan het verhaal van eerste geïntimeerde;

- tweede geïntimeerde en zijn echtgenote wisten en moesten weten dat door deze overdracht, die een werkelijke verarming betekende van het vermogen van de schuldenaar, de rechten van eerste geïntimeerde ernstig werden gefrustreerd;

- deze wetenschap bestond ook bij de oprichters en eerste bestuurders van de N.V. S., aangezien het om dezelfde personen gaat;

- de inbreng van de gezinsinboedel had bovendien duidelijk niets uitstaande met het doel van de opgerichte vennootschap.

Zonder de oprichting van de vennootschap zelf te hoeven aanvechten, kan eerste geïntimeerde opkomen tegen de vereëmding van de bedoelde inboedel, althans wat de in beslag genomen goederen betreft, en dit naar aanleiding van onderhavig revindicatiegeschil, waarover de beslagrechter als bodemrechter beslist.

De eerste rechter kon dus terecht beslissen dat die vereëmding aan eerste geïntimeerde niet tegengeworpen kan worden op grond van de vastgestelde collusie en op die gronden de eigendomsaanspraken van appellante verwerpen.

NOOT – Zie tevens Hof Antwerpen, 4 januari 1993, *R.W.*, 1993-94, 199, met noot Dirix; Hof Gent, 22 juni 1993, *R.W.*, 1993-94, 204.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

7e KAMER – 20 APRIL 1994

Voorzitter: mevr. Van Bruystegem

Rechters: mevr. De Kempeneer en de h. Haex

Advocaat: mr. Vergauwen

Consumentenkrediet – Wanbetaling consument – Nog verschuldigde termijnen – Moratoire interest

De vordering tot betaling van de nog verschuldigde maandelijkse termijnen maakt geen doublure uit met de gevorderde contractuele moratoire interest nu de interesten begrepen in het lastenpercentage de vergoeding van een andere schade beogen dan de moratoire interest.

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

Overwegende dat de N.V. S. op 18 september 1992 aan geïntimeerden een lening toestond van 226.000 fr., terugbetaalbaar in 41 maandelijkse stortingen van 7.166 fr., voor de eerste maal te betalen op 15 oktober 1992; dat in totaal der-

halve 300.972 fr. terugbetaald moest worden en het jaarlijks lastenpercentage 18,51 bedroeg;

Overwegende dat geïntimeerden in gebreke blijven de maandelijkse betalingen te doen; dat zij bij aangetekend schrijven van 27 januari 1993 aangemaand werden om de achterstallen binnen een maand te voldoen, op straffe van verlies van het voordeel van de termijnen; dat zij daaraan geen gevolg gaven, zodat het totaal van de nog verschuldigde maandelijkse termijnen opeisbaar werd, zijnde 300.972 fr., daar geïntimeerden geen enkele afbetaling hadden gedaan;

Overwegende dat appellante de N.V. S. vergoedde voor dit schadegeval en haar 300.972 fr. uitbetaalde; dat zij dan ook gesubrogeerd is in de rechten van de N.V. S.;

Overwegende dat appellante op 24 maart 1993 geïntimeerden dagvaardde tot betaling van:

- hoofdsom: $42 \times 7.166 \text{ fr.} = 300.972 \text{ fr.}$;

- contractuele moratoire interesten à 12% op de tot dan onbetaald gebleven maandelijkse betalingstermijnen vanaf hun vervaldag: 1.505 fr.;

- contractuele moratoire interesten à 12% op 300.972 fr. vanaf de dagvaarding;

- de gerechtskosten;

dat de vrederechter geïntimeerden solidair veroordeelde tot betaling van 300.972 frank, met de contractuele interesten à 12% per jaar vanaf 15 maart 1996 op het toen nog openstaand bedrag en met de gerechtskosten; dat appellante hoger beroep aantekent in zoverre de vordering tot betaling van 1.505 fr. interesten en interesten à 12% op 300.972 fr. vanaf de dagvaarding afgewezen werd en slechts toegekend werd vanaf 15 maart 1996, de einddatum van het contract bij normale uitvoering ervan;

Overwegende dat het hoger beroep gegrond is;

dat de overeenkomst van 18 september 1992 in art. 1 van de algemene voorwaarden bepaalt dat elk bedrag dat onbetaald blijft op zijn vervaldag van rechtswege en zonder ingebrekestelling een rente geeft van 1% per maand; dat geïntimeerden op het ogenblik van de dagvaarding reeds zes vervaldagen onbetaald hadden laten voorbijgaan, zodat appellante terecht 1.505 fr. reeds vervallen interesten vordert bij de dagvaarding en zij even terecht vanaf dan contractuele interesten à 12% per jaar vordert op 300.972 frank;

Overwegende immers dat appellante de maandelijkse termijnen had kunnen wederbeleggen indien zij tijdig betaling had ontvangen; dat de wanbetaling van geïntimeerden bovendien tot gevolg heeft dat appellante terugbetaling moet vorderen; dat de gerechtelijke interesten tegen de overeengekomen rentevoet vanaf de dagvaarding vergoeding beoogt van de vertraging van de tenuitvoerlegging; dat deze interesten derhalve vergoeding beogen van een andere schadepost dan de interesten die begrepen zijn in het lastenpercentage, dat de normale huurprijs van het geld is;

Overwegende verder dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen vervroegde betaling, bevestiging of erkenning van de schuldvordering door een vonnis, en de effectieve betaling van de schuld; dat er in casu geen vervroegde betaling is, maar een belangrijke vertraging in de betaling; dat het verkrijgen van een uitvoerbare titel niet noodzakelijk onmiddellijke tenuitvoerlegging meebrengt;

...

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

14e KAMER – 8 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Adriaensens

Rechtters in sociale zaken: de hh. De Brouwer en Dhont

Openbaar ministerie: mevr. Vercammen

Advocaten: mrs. Coenen en Van Reempts

1. Burgerlijke rechtspleging – Cautio judicatum solvi – Vreemdeling die nog niet als vluchteling is erkend – Belgische verweerder die in elk geval in de kosten verwezen wordt – 2. Maatschappelijk welzijn – Verblijf – Werkloosheid – Schulden teneinde een menswaardig bestaan te kunnen leiden

1. Een vreemdeling die nog niet als vluchteling is erkend, kan zich nog niet beroepen op de rechten verbonden aan zulk een erkenning, o.m. de vrijstelling van de cautio judicatum solvi (art. 16, lid 2, Vluchtelingenverdrag).

Art. 851 Ger.W. beoogt echter slechts de bescherming van de Belgische rechtzoekende tegen de geldelijke verliezen ten gevolge van een ongegrond proces dat wordt aangespannen door een vreemdeling. Als de verweerder krachtens art. 1017, tweede lid, Ger.W. steeds in de kosten wordt verwezen, en als hij geen tegeneis heeft ingesteld tot schadevergoeding wegens tergend of roekeloos geding, is de exceptie van borgstelling niet toelaatbaar.

2. Voor de beoordeling van een aanvraag tot maatschappelijke dienstverlening (art. 1 O.C.M.W.-wet) is de inschrijving in het bevolkingsregister van een gemeente geen relevant gegeven. Alleen een werkelijk verblijf op het grondgebied van de gemeente waar de steun wordt gevraagd, dient te worden aangetoond.

Eris geen financiële steun verschuldigd, indien het O.C.M.W. bewijst dat de steunaanvrager in de mogelijkheid is, door het opnemen van een passende arbeid, een inkomen te verwerven dat hem in staat stelt een menswaardig bestaan te leiden.

De vordering tot het verkrijgen van steun voor het verleden is ongegrond, indien de eiser niet bewijst dat hij schulden heeft gemaakt teneinde een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid.

I. t/ O.C.M.W. Antwerpen

1. Exceptie van borgstelling van de eisende vreemdeling

Overwegende dat verweerder de exceptie van borgstelling van de eisende vreemdeling inroept, zoals bepaald in de artikelen 851 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat artikel 851 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt: «Behalve wanneer Staten bij verdrag hebben bedongen dat hun onderdanen ontslagen zijn van borgstelling ter voldoening aan het vonnis, zijn alle vreemdelingen als hoofdeiser of tussenkomende partij gehouden, indien de Belgische verweerder het voor enige exceptie vordert, borg te stellen voor de betaling van de uit het geding voortvloeiende kosten en schadevergoedingen waarin zij kunnen worden verwezen...»;

Overwegende dat eiser van Pakistaanse nationaliteit is, en er geen wederkerig Verdrag bestaat tussen België en Pakistan met betrekking tot de eventuele vrijstelling van borgstelling;

Overwegende dat eiser ook niet kan steunen op artikel 16, lid 2, van het Verdrag van Genève, hetwelk bepaalt dat een

vluchteling in de Verdragsluitende Staat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, dezelfde behandeling geniet als een onderdaan, wat betreft de rechtsingang, waaronder begrepen rechtsbijstand en vrijstelling van de cautio judicatum solvi», nu dit slechts van toepassing is op vreemdelingen die de status van vluchteling verworven hebben;

Dat het declaratief karakter van de mogelijke, doch niet zekere erkenning van het statuut van vluchteling een vreemdeling – kandidaat-vluchteling – niet de vrijstelling van borgstelling kan doen genieten nu die vrijstelling juist afhangt van de erkenning van status van vluchteling. (Hof Antwerpen, 3e Kamer, 9 maart 1993, in zake Stad Antwerpen tegen B., A.R. KGO 501/92, onuitgegeven);

Overwegende dat de Raad van State in de volgende termen het declaratief karakter in herinnering heeft gebracht van de beslissing die de hoedanigheid van vluchteling van een persoon erkent: «Ofschoon de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling een prerogatief van elke soevereine Staat is, bepaalt de overheid die bevoegd is om zich daarover uit te spreken, zich tot het erkennen van de hoedanigheid die de vluchteling rechtstreeks aan het Verdrag ontleent». (advies van de Raad van State, Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1986-87, Doc. 699/1, p. 19);

Overwegende dat eiser vooralsnog niet als vluchteling erkend is, zodat hij zich nog niet kan beroepen op de rechten verbonden aan deze erkenning, zoals o.m. de vrijstelling van de cautio judicatum solvi;

Overwegende dat – hoewel eiser niet vrijgesteld kan worden van een eventuele borgstelling op grond van een bilateraal verdrag of het Verdrag van Genève van 20 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen – er toch vastgesteld dient te worden dat de opgeworpen exceptie van borgstelling een louter dilatoir karakter heeft gelet op artikel 1017, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek terwijl juist in huidige materie van individuele hulpverlening in het kader van de O.C.M.W.-wet, ieder uitstel van procedure vermeden dient te worden gezien het «precaire» karakter van de vordering;

Overwegende immers dat artikel 851 van het Gerechtelijk Wetboek enkel en alleen de bescherming beoogt van de Belgische rechtzoekende tegen de geldelijke verliezen ten gevolge van een ongegrond proces, dat wordt aangespannen door een vreemdeling die in België geen waarborgen biedt voor de betaling van de kosten en de schadevergoeding waartoe hij zou worden veroordeeld (Cass., 10 september 1987, R.W., 1987-88, 1429);

Overwegende dat de borgsom essentieel moet dienen tot verhaal van de kosten en eventueel opgelegde schadevergoedingen bij verlies van het geding;

Overwegende dat niet betwist wordt dat het onderhavige geding past in de recent uitgebreide bevoegdheid van de arbeidsrechtbank ingevolge de wet van 12 januari 1993 tot vaststelling van een urgentieprogramma voor een meer solidaire samenleving, waarbij deze thans kennis neemt van de geschillen omtrent het recht op maatschappelijke dienstverlening (artikel 580, 8°, d);

Overwegende dat dan ook verweerder, krachtens artikel 1017, tweede lid, als overheid of instelling belast met het toepassen van de wetten en verordeningen bedoeld o.m. in artikel 580, steeds in de kosten wordt verwezen, behalve wanneer het geding tergend of roekeloos is;

Overwegende dat verweerster in casu geen tegeneis heeft ingesteld tot schadevergoeding wegens tergend of roekeloos geding;

Overwegende dat derhalve de exceptie van borgstelling niet toelaatbaar is.

2. Voorwerp van de vordering

Overwegende dat eiser, steunende op artikel 1 van de wet van 8 juli 1976, in zijn inleidend verzoekschrift zijn vordering omschrijft als volgt: «het O.C.M.W. Antwerpen te veroordelen tot betaling van het levensminimum vanaf maart 1993, bedrag te vermeerderen met de gerechtelijke interesten»;

Overwegende dat eiser, in zijn aanvullende conclusie, de vordering tot betaling van het levensminimum preciseert als volgt: «verweerster te veroordelen tot het verlenen van hulp vanaf maart 1993, in de vorm van een maandelijks bedrag van 12.000 frank per maand;

3. Beoordeling

Overwegende dat, krachtens artikel 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, elke persoon recht heeft op maatschappelijke dienstverlening teneinde een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid;

Overwegende dat eiser sedert 23 december 1992 in België verblijft, meer bepaald te Antwerpen (...), en een aanvraag deed tot politiek asiel alsmede een steunaanvraag voor financiële hulp bij het O.C.M.W. te Antwerpen;

Overwegende dat verweerder bij beslissing van 10 februari 1993 aan eiser een financiële steun verleende ten bedrage van 66.145 frank voor de periode van januari 1993 tot en met juni 1993, daar de wenselijkheid bleek uit het sociaal onderzoek;

Overwegende dat verweerster een eenmalige financiële hulp uitkeerde van 15.201 frank op 15 februari 1993 en vanaf maart verdere hulp weigerde omdat betrokkene een bevel kreeg om het land te verlaten en er aldus geen bewijs was van een effectief verblijf te Antwerpen;

Overwegende dat eiser daartegen stelt dat er weliswaar geen inschrijving is in het bevolkingsregister van de stad Antwerpen maar dat hij wel effectief verblijft in de (...) te Antwerpen;

Overwegende dat eiser aantoont dat hij, na ontvangst van het bevel om het land te verlaten, een dringend verzoek tot heronderzoek heeft ingediend bij de Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen op 3 maart 1993, hetgeen geen schorsende werking heeft;

Overwegende dat derhalve niet betwist kan worden dat eiser gedurende de procedure van zijn asielaanvraag als kandidaat-vluchteling, het recht op tijdelijk verblijf in het Rijk toegestaan kreeg;

Overwegende dat de al of niet inschrijving in het bevolkingsregister van een gemeente, geen relevant gegeven is bij de beoordeling van een steunaanvraag, maar dat enkel een werkelijk verblijf op het grondgebied van de gemeente waar de steun wordt gevraagd, dient te worden aangetoond;

Overwegende dat uit het sociaal-verslag van 8 maart 1993 en, het bijkomend sociaal verslag van 24 juni 1993 duidelijk blijkt dat, na een hernieuwd huisbezoek, eiser nog steeds woonachtig is op dezelfde gemeubileerde kamer (nl. boven-

ste verdieping achteraan) en dat het duidelijk is dat hij er nog woont (kleding, voeding...)

Overwegende dat deze sociale verslagen overeenstemmen met de vaststellingen die gedaan werden door de politie der stad Antwerpen, welke in een schrijven van 2 juni 1993, gericht aan de bevolkingsdienst der stad Antwerpen, noteert «Voormeld pand (...) betreft een rijwoning met gelijkvloers en 3 verdiepingen. Heden (2.6.1993), om 14u15, deden wij nazicht... op voormeld adres. Betrokkene werd door ons aangetroffen. Hij betreft een kamer op de hoogste verdieping welke ingericht is als leef- en slaapkamer. Kopie van huurcontract werd getoond. Huurprijs bedraagt 6.000 frank exclusief kosten.»

Overwegende dat derhalve het werkelijk verblijf van eiser op het adres te Antwerpen (...) op afdoende wijze wordt bewezen;

Overwegende dat partijen blijkbaar niet betwisten dat eiser zonder bestaansmiddelen is maar verweerster aan de toekenning van de maatschappelijke dienstverlening, de voorwaarde koppelt van «werkbereidheid»;

Overwegende dat als uitgangspunt duidelijk dient te worden gesteld dat het begrip «werkbereidheid» niet in de tekst van de organieke wet van 8 juli 1976 voorkomt als toekenningsvoorwaarde voor maatschappelijke dienstverlening, dit bijvoorbeeld in tegenstelling met de wet op het bestaansminimum waarin in artikel 1 duidelijk sprake is dat een persoon die geen toereikende bestaansmiddelen heeft, noch in staat is deze hetzij door eigen inspanningen, hetzij op andere manieren te verwerven, recht heeft op een bestaansminimum;

Overwegende dat artikel 1 van de organieke wet van 8 juli 1976 vermeldt dat elke persoon recht heeft op maatschappelijke dienstverlening die tot doel heeft een ieder in de «mogelijkheid» te stellen een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid;

Overwegende dat derhalve de toetssteen voor het al dan niet toekennen van maatschappelijke dienstverlening niet het leiden is van een menswaardig bestaan doch wel de «mogelijkheid» daartoe (cf. Senaev P. en Simoens, D., *O.C.M.W. - dienstverlening en bestaansminimum*, Die Keure, p. 58/3, nr. 191);

Bij het onderzoek naar de mogelijkheid tot het leiden van een menswaardig bestaan komen uiteraard niet alleen de geldmiddelen ter sprake waarover de aanvrager eventueel beschikt, maar dient er tevens een onderzoek te gebeuren naar de werkbereidheid van de aanvrager;

Overwegende dat derhalve, indien verweerder het bewijs zou leveren dat de aanvrager van maatschappelijke dienstverlening in de actueel realiseerbare mogelijkheid is, door het opnemen van een passende arbeid in een inkomen te voorzien dat hem toelaat een menswaardig bestaan te leiden, de vordering van eiser tot financiële steun zou moeten worden afgewezen;

Overwegende echter dat verweerder hic et nunc in deze bewijslast faalt terwijl uit zijn sociale verslagen van 8 maart 1993 en het bijkomend sociaal verslag van 24 juni 1993 eerder blijkt dat de toekenning van de financiële hulp wenselijk is en dat betrokkene, waarmee zelfs uiterst moeilijk een gesprek gevoerd kan worden, toch reeds stappen heeft ondernomen ten einde een tewerkstelling te vinden in de restaurants;

B.V.B.A. t/J.

Overwegende dat derhalve het verzoek van eiser tot het verkrijgen van een financiële hulp ten bedrage van 12.000 frank per maand vanaf 1 juli 1993 gegrond voorkomt;

Overwegende, dat wat het verleden betreft, te rekenen vanaf de hulpaanvraag, namelijk vanaf maart 1993 tot en met 30 juni 1993, eiser niet bewijst dat hij schulden heeft gemaakt ten einde een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid;

Integendeel, uit de overgelegde kwitanties van de huishuur blijkt dat eisende partij tot en met mei 1993 zijn huishuur ten bedrage van 6.000 frank heeft vereffend;

Overwegende dat eiser nog drie Engelstalige verklaringen overlegt van 19 juni 1993 van de B.V.B.A. Well Wishing, van 15 juni 1993 van Kashmir Fims Int., en van 17 juni 1993 van Khan Magbool Arshed;

Overwegende dat met betrekking tot de taal waarin deze verklaringen zijn opgesteld vooraf dient te worden gesteld dat geen wettelijke bepaling de rechter ontslaat van de verplichting kennis te nemen van stukken die in een andere taal dan die van de rechtspleging zijn gesteld, wanneer de stukken hem regelmatig zijn overgelegd;

Het recht van verdediging zou geschonden worden door de rechter die een zodanig stuk weigert in aanmerking te nemen op grond alleen dat het in een vreemde taal is gesteld (Cass., 10 mei 1988, *R.W.*, 1988-89, 466);

Overwegende dat de eventuele onkunde van de rechter om een stuk te lezen dat in het Engels is opgesteld enkel en alleen aanleiding kan geven tot vertaling van deze bescheiden;

Overwegende echter dat de overgelegde «welwillendheidsverklaringen» geen afdoend bewijs leveren dat de eiser in de periode van maart 1993 tot en met mei 1993 een schuldenlast heeft gemaakt teneinde een menswaardig bestaan te kunnen leiden;

Er wordt noch enige leningsovereenkomst noch enige aanmaning en/of dagvaarding naar voren gebracht tot terugbetaling van mogelijke schulden;

Overwegende dat derhalve de vordering tot financiële steun van 1 maart 1993 tot en met 30 juni 1993 als ongegrond voorkomt;

VREDEGERECHT TE ZANDHOVEN

14 JULI 1994

Rechter: de h. Van den Bergh

Advocaat: mr. Zachée (voor verweerder)

Afpaling – Kosten van deskundigenonderzoek – Gerechtskosten

Wanneer het in het belang van beide partijen was dat een afpaling zou geschieden en een deskundigenonderzoek daartoe noodzakelijk was, dienen de kosten van dat onderzoek voor de helft door elk van de partijen gedragen te worden, zoals die van de afpaling.

De gerechtskosten vallen ten laste van de partij door wier fout de minnelijke afpaling onmogelijk geweest is.

Ter uitvoering van ons vonnis van 24 mei 1994 begaven wij ons ter plaatse (...) en dit op 22 juni 1994.

De aanwezige partijen en de deskundige gingen over tot het planten van de palen op de punten aangeduid in voormeld vonnis en partijen en de deskundige hebben het plan ondertekend.

1. Nu de afpaling van de percelen is geschied, blijven partijen enkel nog van mening verschillen over het probleem van de gerezen kosten.

Verweerder is van oordeel dat noch de gerechtskosten, noch die van de deskundige te zijnen laste gelegd kunnen worden omdat hij deze afpaling niet heeft gevraagd, omdat ze niet eens opportuun was daar ze overeenstemde met die welke hij zelf vroeger liet uitvoeren en daar hij bereid was om een minnelijke oplossing na te streven, zonder dat een procedure noodzakelijk was.

Eiser stelt hiertegenover dat het nodig was de grens vast te stellen omdat deze niet meer bepaald kon worden en hij meent dan ook dat de kosten tussen partijen verdeeld dienen te worden.

2. Er dient een onderscheid gemaakt te worden voor wat de kosten betreft tussen: a) de eigenlijke afpaling of kosten van afscheiding; b) de kosten van opmeting; c) de gerechtskosten.

De eigenlijke afpaling geschiedt steeds op gemene kosten (art. 646 B.W.) ongeacht of ze slechts door één van de partijen werd gevraagd en ongeacht of deze hadden kunnen worden vermeden indien partijen hierover een minnelijke oplossing hadden gevonden.

Deze kosten werden door de deskundige begroot op 17.593 frank, waarvan iedere partij de helft dient te dragen.

3. In een recent arrest van het Hof van Cassatie van 23 oktober 1992 (*R.W.*, 1992-93, 858) is erop gewezen dat de bepaling van art. 646 B.W. (laatste zin) enkel betrekking heeft op de kosten verbonden aan de afscheiding of eigenlijke afpaling en niet op de kosten van onderzoek naar de grensscheiding, zoals het deskundig onderzoek.

Er dient dan ook te worden nagegaan wie van beide partijen deze kosten, door de deskundige begroot op 41.648 frank, BTW inbegrepen, dient te dragen.

Het was in het belang van beide partijen dat een afpaling zou geschieden. Verweerder had weliswaar in 1987 door landmeter Bresseleers een opmeting laten doen, waarbij houten piketten geplaatst werden, doch deze waren klaarblijkelijk niet meer aan te treffen op het ogenblik dat eiseres in 1991 eigenares werd van de percelen 140, 145h, 141a en 142a. Het is zeker niet bewezen dat eiseres de vroeger geplante palen verwijderd heeft.

Aldus was de deskundige verplicht een grondig onderzoek te doen om de grens tussen beide percelen te kunnen terugvinden en hij kon zich niet baseren op details van de opmeting en de oppervlakteberekening van landmeter Bresseleers, daar deze niet meer in het bezit was van al deze documenten...

Het feit dat de deskundige met behulp van verweerder één piket terugvond tijdens zijn plaatsonderzoek, een piket die ongetwijfeld door landmeter Bresseleers werd geplant, heeft vanzelfsprekend wel bijgedragen om het verder onderzoek te vergemakkelijken, doch dit doet geen afbreuk aan het feit dat dit onderzoek nog steeds noodzakelijk bleef, zoals duide-

lijk blijkt bij lezing van het deskundig verslag, vooral nu vaststond dat de vorige opmeting een oppervlakte van het perceel van verweerder had opgeleverd die niet precies was.

In de gegeven omstandigheden is het dan ook aangewezen ook deze kosten tussen partijen te verdelen, zoals die van de eigenlijke afpaling.

4. In principe vallen de gerechtskosten ten laste van de partij door wiens fout de minnelijke afpaling onmogelijk geweest is (De Page, V, nr. 970,3).

Nergens toont eiseres aan dat zij getracht heeft in der minne tot een afpaling te komen. Zij kon misschien niet onmiddellijk de identiteit van verweerder achterhalen, doch zij kende deze in ieder geval alvorens tot dagvaarding over te gaan.

Zij had dus zeker eerst verweerder kunnen vragen of hij bereid was tot een minnelijke afpaling over te gaan.

Door onmiddellijk te dagvaarden heeft zij de gerechtskosten veroorzaakt en zij dient deze dan ook te dragen.

Daar de raadsman van verweerder eerst is opgetreden op het ogenblik van de plaatsopneming en het plaatsen van de palen, kan er slechts een rechtsplegingsvergoeding voor deze proceshandeling worden toegekend.

Om die redenen,

Wij, vrederechter voornoemd, recht doende op tegenspraak;

Bekrachtigen het proces-verbaal van afpaling en het plan;

Zeggen voor recht dat de kosten van afpaling en die van het deskundigenonderzoek naar de grensscheiding, zoals vermeld in het deskundig verslag, gedragen zullen worden door ieder der partijen voor de helft en dat de partij die ze heeft voorgeschoten de helft ervan kan terugvorderen van de andere partij;

Laten de kosten van de dagvaarding en de rechtsplegingsvergoeding voor het plaatsbezoek ten laste van eiseres.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Arbitragehof, 22 maart 1994

Arbitragehof – Bevoegdheid – Beoordeling van opportuniteit van een wettelijke maatregel

Beroep tot vernietiging van de wet van 23 juli 1994 houdende maatregelen ter bevordering van de tewerkstelling van jongeren in het raam van het jongerenbanenplan (*Belgisch Staatsblad*, 6 augustus 1993).

Met toepassing van de voorafgaande rechtspleging (art. 72, bijz. wet 6 januari 1989 op het Arbitragehof), verwerpt het Arbitragehof het beroep als klaarblijkelijk niet gegrond, omdat het niet vermag te oordelen over de opportuniteit van een wettelijke maatregel:

«De opportuniteit om de aanwerving van jongeren te bevorderen, wat die van personen die ouder zijn kan benadelen, kan weliswaar op uiteenlopende wijze worden beoordeeld, maar daarbij gaat het kennelijk om een politieke keuze van de wetgever, waarbij deze de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid niet heeft overschreden; geen element van het verzoekschrift of van de memorie met verantwoor-

ding doet van een zodanige overschrijding blijken» (overweging B.2).

(Voorzitter: de h. Melchior – Rapporteurs: de hh. François en Coremans – Arrest nr. 28/94).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 11 juni 1992

Huur – Woninghuur – Wet van 22 december 1989 – Wettelijke verlenging van huurovereenkomsten vervallen vóór 1 januari 1991 – Huurovereenkomst gerechtelijk verlengd bij een vonnis dat vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1989 in kracht van gewijsde is gegaan

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een vonnis van de Rb. Hoei van 13 februari 1991:

«Overwegende dat uit het bestreden vonnis blijkt dat eiseres, met toepassing van het oud artikel 1759bis van het Burgerlijk Wetboek, de gerechtelijke verlenging van haar huurovereenkomst had verkregen tot 31 maart 1990;

«Overwegende dat, krachtens artikel 2, eerste lid, van de wet van 22 december 1989, de huurovereenkomsten die vervallen vóór 1 januari 1991 met één jaar worden verlengd;

«Dat de huurovereenkomst van eiseres, die vóór 1 januari 1991 maar na de inwerkingtreding van die wet is vervallen, derhalve, met toepassing van voormeld artikel 2, met één jaar is verlengd;

«Dat het immers voor de toepassing van die bepaling niet ter zake doet dat de huurovereenkomst voordien gerechtelijk werd verlengd en dat de beslissing waarbij die verlenging is toegestaan vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1989 in kracht van gewijsde is gegaan.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Delahaye en Draps – In de zaak: L. t/ N. en R.)

NOOT – Zie in dezelfde zin: Van Oevelen, A., «De wet van 22 december 1989 op de bescherming van de gezinswoning (2)», *T.B.B.R.*, 1990, (269), pp. 273-274, nr. 23 en de verwijzingen aldaar; zie in andere zin: Herbots, J.H., «De nieuwe wet op de bescherming van de gezinswoning», *R. W.*, 1989-90, (897), p. 898, nr. 6.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 februari 1994

Arbeidsongeval – Schadeloosstelling – Uitkeringen – Basisloon – Berekening – Openbare orde

De beslissing van het Arbeidshof te Brussel van 7 september 1994, die de hoegrootheid van het basisloon uitsluitend laat berusten op het akkoord van de partijen, wordt als strijdig met de openbare orde vernietigd:

«Overwegende dat de bepalingen van de Arbeidsongevalwet van 10 april 1971 inzake de berekening van de uitkeringen van openbare orde zijn; dat bijgevolg de rechter gehouden is tot ambtshalve toepassing van die bepalingen en dat de partijen daarvan niet bij bijzondere overeenkomsten mogen afwijken;

«Overwegende dat het arrest beslist dat de uitkering van de verweerders moet worden berekend op basis van de voor de jaren 1985 tot 1992 wettelijk vastgestelde loonplafonds, op de enkele grond dat de partijen 'ermee akkoord gaan' om die lonen 'in aanmerking te nemen';

«Dat het arrest, nu het uitsluitend op het akkoord van de partijen is gebaseerd om het basisloon van de getroffene te bepalen, het karakter van openbare orde negeert van de in het onderdeel aangegeven artikelen van de wet van 10 april 1971, en derhalve die bepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Claeys Bouuaert – In de zaak: V. t/ F. e.a.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 februari 1994

Arbeidsongeval – Vergoeding – Blijvende arbeidsongeschiktheid – Hulp van ander persoon – Bijkomende vergoeding – Maximumbedrag – Maatstaf – Omvang hulp – Minimummaandloon – Grootte – Tijdstip

Het Hof casseert de beslissing van het Arbeidshof te Brussel van 4 mei 1992 die het maximumbedrag van de bijkomende vergoeding voor een getroffene wiens toestand volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, doet afhangen van een zo volledig mogelijke hulp aan de getroffene:

«Overwegende dat artikel 24, vierde lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, zowel in zijn versie van vóór de wet van 22 december 1989 als daarna, voorziet in de toekenning van een aanvullende vergoeding aan de getroffene wiens toestand volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt;

«Overwegende dat de wet geen criterium voor de berekening van die bijkomende vergoeding vaststelt; dat zij het aan de rechter overlaat het bedrag binnen de door haar bepaalde grenzen vast te stellen en de grootste bijkomende vergoeding die kan worden toegestaan, niet uitsluitend voor de zo volledig mogelijke hulp bestemt;

«Overwegende dat het arrest, na, met verwijzing naar de gronden van de eerste rechter, de door eiser vereiste hulp van een ander persoon op 50 pct. van de maximumhulp te hebben vastgesteld, beslist de jaarlijkse vergoeding waarop eiser aanspraak kan maken, door twee te delen;

«Dat het arrest, door aldus de toekenning van het maximumbedrag van de bijkomende vergoeding te doen afhangen van de zo volledig mogelijke hulp aan de getroffene van een arbeidsongeval, artikel 24 van de wet van 10 april 1971, zowel in zijn versie van vóór de wet van 22 december 1989 als daarna, schendt.»

Eveneens wordt vernietigd, de beslissing dat de vergoeding in kwestie moet worden berekend op grond van het gemiddelde minimummaandloon ten tijde van het ongeval:

«Overwegende dat uit de doelstelling van artikel 24, vierde en vijfde lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 na de wijziging ervan bij de Programmawet van 22 december 1989, blijkt dat, zolang de bijkomende vergoeding waarop de getroffene van een arbeidsongeval voor de hulp van een ander persoon recht heeft niet definitief is vastgesteld, zij op basis van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon dient te worden vastgesteld, met inacht-

neming van de aanpassingen en wijzigingen ervan volgens de collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad;

«Dat het arrest, dat beslist dat die vergoeding moet worden berekend op basis van het gewaarborgd gemiddelde maandelijks minimumloon ten tijde van het ongeval, de in het middel aangewezen wetsbepaling schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Draps – In de zaak: B. t/ N.V. R.)

KANTTEKENING

«Justice should not only...»

In de loop van het jaar 1983 ziet de parketsecretaris van één onzer Vlaamse arrondissementen zich verplicht een tuchtprocedure te beginnen tegen een van zijn bedienden. In de loop van de voorafgaande drie jaar hadden zo'n veertig schriftelijke opmerkingen en terechtwijzigingen niet tot resultaat gehad dat de betrokken dame haar ongedisciplineerd gedrag ook maar enigszins wijzigde.

De tuchtprocedure wordt uiteindelijk ingesteld op grond van drieëndertig grieven waarvan de opsomming voor onze uiteenzetting niet zinvol is.

Op grond van artikel 416 van het Gerechtelijk Wetboek is de secretaris van het parket de bevoegde overheid om een tuchtmaatregel op te leggen.

Betrokkene wordt verhoord en kan haar verdediging voorbrengen, bijgestaan door een raadsman die een schriftelijke conclusie neerlegt. In deze conclusie worden verschillende argumenten in rechte en in feite aangehaald, onder meer het bezwaar dat de parketsecretaris tegelijkertijd partij en rechter zou zijn.

Het is dit argument dat verder zal worden besproken.

Op 21 oktober 1983 neemt de secretaris een beslissing waarbij aan betrokkene de tuchtstraf van schorsing voor de duur van één jaar met inhouding van wedde wordt opgelegd.

Tegen deze beslissing voorziet betrokkene zich voor de Raad van State.

Ook voor het hoogste administratieve rechtscollege worden verschillende middelen aangevoerd. Eén daarvan, de hierboven vermelde beweerde schending van het rechtsbeginsel volgens hetwelk niemand rechter en partij in eigen zaak mag zijn, wordt door de auditeur in zijn verslag van 2 augustus 1989 gegrond geacht.

Verzoekster stelt dat de parketsecretaris zelf alle aanklachten heeft «geënceneerd», zelf alle grieven in een gerechtsbrief verzameld maar daarenboven ook zelf het verhoor afgenomen en ten slotte de tuchtstraf opgelegd.

Zij verwijst naar arresten van de Raad van State van 6 oktober 1981 (Van B., nr. 21432) en van 8 juli 1980 (S. en B., nr. 20494) en naar een arrest van het Hof van Cassatie van 14 november 1980.

Zij stelt dat het feit dat degene die een tuchtmaatregel voorstelt deze nadien ook treft, tot misbruiken moet leiden. Dit werd trouwens reeds vooropgesteld in de Commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers bij de bespreking van het wetsvoorstel dat geleid heeft tot de wet van 25 april 1983 die aan de basis ligt van de bevoegdheid van de parketsecretaris. In feite, stelt zij, bestaat er een toestand waarbij de openbare aanklager tegelijkertijd ook strafrechter is.

De houding van de parketsecretaris wordt volgens haar nog duidelijker als men vaststelt dat hij gewacht heeft tot 1983 om de procedure te beginnen, dit wil zeggen tot op het ogenblik waarop door de wetswijziging de bevoegdheid in zijn handen kwam te liggen.

In zijn advies stelt de auditeur dat het beginsel «nemo iudex in causa sua» heden ten dage door alle rechtsprekende organen wordt toegepast als zijnde een algemeen rechtsbeginsel dat geldt voor alle rechtscolleges (Cass., 23 mei 1985, R.W., 1985-86, 1441).

De Raad van State past dit rechtsbeginsel toe op het orgaan of op de ambtenaar die een tuchtstraf uitspreekt.

Aldus heeft in het arrest D., nr. 22286, van 26 mei 1982, de Raad van State geoordeeld dat de aanwezigheid, de bestendige tussen-

komt bij de beraadslaging en de deelname aan de stemming in het tuchtorgaan, van de overheid tegenover wie het laakbaar feit was gepleegd, en die de tuchtprocedure in gang had gezet, en die voortdurend de toepassing van een sanctie had gevorderd, de sereniteit en de onpartijdigheid, waarvan een bestuursoverheid blij dient te geven, schaad.

Door de auditeur worden nog andere dergelijke arresten aangehaald.

Belangrijk is dat die hoge magistraat ook prof. Suetens citeert waar deze stelt: «Ook ten aanzien van het beginsel van onpartijdigheid moet op de grenzen worden gewezen: de toepassing van dit beginsel mag niet tot gevolg hebben dat de tuchtprocedure onmogelijk zou worden gemaakt. In de arresten (Adriaensen en Soetewey) wordt telkens uitdrukkelijk vermeld dat het tuchtrechtelijk orgaan op geldige wijze kon beraadslagen in afwezigheid van de Secretaris-Generaal, respectievelijk de burgemeester» («Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», T.B.W., 1981, 84, nr. 12).

Het is overigens duidelijk dat in deze en andere arresten niet werd nagegaan of de betrokken persoon daadwerkelijk partijdig was. In navolging van het Engels recht wordt immers aanvaard dat de schijn van partijdigheid («likelihood of bias») de geldigheid van de administratieve rechtshandeling evenzeer aantast als de bewezen partijdigheid («actual bias»). «Justice should not only be done, but manifestly and undoubtedly be seen to be done!» (aldus in het verslag van de auditeur).

De Raad van State heeft in zijn arrest T, nr. 26.116, van 28 januari 1986, geoordeeld dat, niet alleen het algemeen rechtsbeginsel «*nemo iudex in causa sua*», maar ook het ruimere algemeen rechtsbeginsel dat in de rechtspreuken «Justice should not only be done, but should also be seen to be done» en «likelihood of bias» tot uitdrukking wordt gebracht, ook in administratieve zaken toegepast moeten worden, doch in zoverre zulks verenigbaar is met de eigen aard, inzonderheid met de structuur van het actief bestuur (overweging 4.3.2). In hetzelfde arrest werd gesteld dat deze «algemene rechtsbeginselen... vanwege hun strekking de persoonlijke belangen van degenen die onder de partijdigheid zouden kunnen lijden, overstijgen; dat zij niet slaan op het geval van bewezen partijdigheid («actual bias»); dat zij tot doel hebben ook de schijn van partijdigheid van rechter en bestuur te weren; dat de faam van onpartijdigheid van rechter en bestuur tegenover de gemeenschap als geheel moet worden opgehouden; dat derhalve het middel of het onderdeel van het middel dat gesteund is op een tekortkoming aan die eis, van openbare orde is».

De auditeur concludeert dat niet is aangetoond dat de parketsecretaris of zijn naaste verwanten een rechtstreeks materieel belang hadden bij de afhandeling van de tuchtprocedure (er was m.a.w. geen «actual bias»).

De parketsecretaris lijkt zich wel een eigen mening te hebben gevormd over de gedragswijze van verzoekster, dermate dat hij niet meer in staat kan worden geacht om zich in alle objectiviteit te beoordelen of terug te beoordelen. De auditeur laat in het midden of de parketsecretaris aldus een moreel belang heeft gehad bij het opleggen van de tuchtstraf (een moreel belang zou blijkbaar volgens de auditeur eveneens onder het begrip «actual bias» vallen).

De vraag is dan of de schijn van partijdigheid aanwezig is (zowel de uitdrukking schijn als de cursivering daarvan zijn van de hand van de auditeur).

Het is een feit, stelt de auditeur, dat de parketsecretaris zelf verschillende ongunstige nota's over verzoekster heeft opgesteld; dat hij de tuchtprocedure heeft gestart... dat hij het verhoor van verzoekster heeft afgenomen... en dat hij ten slotte de bestreden tuchtschorsing met inhouding van wedde heeft opgelegd.

Aldus ontstaat de indruk (onze cursivering) dat hij partijdig is opgetreden. Men kan in redelijkheid niet aanvaarden dat de hiërarchische meerdere, die de ongunstige feiten met betrekking tot een ondergeschikt personeelslid verzamelt, vervolgens deze laakbare feiten ten laste legt van dat personeelslid, nadien de vereiste onpartijdigheid zou bezitten om deze tekortkomingen objectief te beoordelen. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat de opgelegde tuchtstraf (schorsing voor één jaar met inhouding van wedde) de op één na zwaarste sanctie is; enkel ontzetting uit het ambt of ontzetting is als zwaardere sanctie nog mogelijk. Aangezien de bestreden tuchtstraf mede gebaseerd is op de tekortkomingen vermeld in de

nota's en brieven van de parketsecretaris, ontstaat de indruk dat deze documenten de zwaarte van de straf mede hebben bepaald.

De schijn van partijdigheid betekent dat het middel tot nietigverklaring kan leiden.

Tot daar de zienswijze van de auditeur, die in fine van zijn verslag concludeert dat het gegrond verklaren van het beroep op grond van het bovenvermeld middel en derhalve de vernietiging van de beslissing waarbij de tuchtstraf wordt opgelegd.

In haar arrest van 10 mei 1993 heeft de 10e kamer van de Raad van State, afdeling administratie, de zienswijze van de auditeur niet gevolgd en het beroep verworpen op de volgende gronden:

«Overwegende, wat betreft de aangevoerde schending van het rechtsbeginsel «*nemo iudex in causa sua*», hetgeen vooreerst inhoudt dat niemand tegelijk «rechter» en partij kan zijn in zijn eigen zaak, dat moet worden vastgesteld dat de toepassing te dezen wordt ingeroepen niet om een jurisdictionele maar om een bestuurlijke handeling te toetsen, zij het dat deze bestuurshandeling van tuchtrechtelijke aard is; dat moet worden aanvaard dat alvast dergelijke bestuurlijke beslissingen met eerbiediging van het rechtsbeginsel moeten worden genomen; dat verzoekster echter niet aantoonde dat de parketsecretaris of zijn verwanten een rechtstreeks materieel belang hadden bij de beslechting van de tuchtprocedure, dat, zo er al animositeit tussen de steller van de bestreden handeling en verzoekster was, verzoekster niet aantoonde dat deze animositeit niet enkel van haar uitging maar eveneens van de steller van de handeling en wel op een dergelijke wijze dat hij daardoor als een rechtstreeks betrokken partij, dus als een rechter in eigen zaak kon worden beschouwd; dat het middel in dit onderdeel niet gegrond is;

«Overwegende dat, wat het door verzoekster aangehaalde rechtsbeginsel betreft «justice should not only be done but should also be seen to be done», het hier eveneens een rechtsbeginsel betreft dat in zijn oorspronkelijke draagwijdte niet het bestuurlijk handelen maar het jurisdictionele optreden betreft: dat echter te dezen de vraag naar de uitbreiding ervan naar tuchtrechtelijk bestuurlijk handelen niet moet worden beantwoord; dat het ontvankelijk verklaren van dit onderdeel door het middel immers zou inhouden dat de steller van de bestreden handeling zijn wettelijke bevoegdheid vrijwel niet meer zou kunnen uitoefenen; dat immers zoals bij de bespreking van het eerste middel is gebleken krachtens artikel 416 van het Gerechtelijk Wetboek personeelsleden van een parket zoals verzoekster enkel door hun hiërarchische overste, de parketsecretaris, geschorst kunnen worden en wettelijk daartoe geen andere bevoegd is; dat het voor de hand ligt dat een parketsecretaris zoals te dezen, de meest betrokken persoon is wanneer het gedrag van een personeelslid tot een tuchtrechtelijk optreden noopt en dat vooral hij degene zal zijn die het dossier instrueert na wellicht zelf het meest te zijn geconfronteerd met het laakbaar gedrag van dit personeelslid; dat, hoewel door zijn optreden voorafgaand aan het opleggen van de tuchtstraf het niet uitgesloten is dat de parketsecretaris bij verzoekster een schijn van partijdigheid heeft gewekt, hij, gelet op voornoemde toepassing van een wettelijke bepaling, tenzij met schending van deze wettelijke norm, zijn tuchtrechtelijke bevoegdheid aan geen andere overheid kon toewijzen zelfs wanneer hij zich omwille van deze schijn van partijdigheid had willen wraken; dat aldus de toepassing van het beginsel te dezen zou inhouden dat de Raad van State een wettelijke bepaling aan kritiek onderwerpt, hetgeen buiten de hem door artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State verleende bevoegdheid ligt, dat het middel in dit onderdeel niet ontvankelijk is.

(Raad van State, 10e Kamer, 10 mei 1993 – voorzitter: de h. Baeteman – staatsraden: de hh. Verbiest en Beirlaen).

Die motivering is ongetwijfeld het bestuderen waard.

Men stelt inderdaad vast dat de Raad van State de mogelijkheid van een «schijn van partijdigheid» aanvaardt, maar dat de Raad hierin geen reden tot vernietiging ziet omdat de secretaris nu eenmaal niet anders kon dan van zijn tuchtrecht gebruik maken: anders ware geen tuchtrechtelijk optreden mogelijk geweest.

In feite zitten we hiermee volledig in principes die uit het Angelsaksisch recht komen.

A priori is er uiteraard niets tegen het overnemen van uitheemse rechtsprincipes. Men mag immers zelfs van zijn vijanden leren en de Britten zijn nog steeds onze vijanden niet, zelfs al hebben zij onze premier als kandidaat voor Europa gewipt.

Maar het overhevelen van Angelsaksische rechtsprincipes in ons continentaal recht doet toch steeds denken aan iemand die de ont-

steking van een benzinemotor zou willen overplanten in zijn diesel om zijn wagen vinniger te maken. Hij zal wellicht worden uitgelachen en spoedig ondervinden dat hij aan een onmogelijke onderneming begonnen is. Rechtsprincipes zijn (moeten we zeggen helaas of gelukkig?) niet materieel. Hun misbruik valt dan ook niet zo meteen op en het is – deze keer zeker helaas – derhalve mogelijk ze verkeerd te gebruiken.

Met rechtsprincipes die uitgedrukt zijn in een andere taal staat men om te beginnen trouwens al voor de moeilijkheid van de vertaling. Zo zien we op verschillende plaatsen in de door ons geciteerde teksten dat de Engelse uitdrukking «likelihood of bias» vertaald wordt als «*schijn* van partijdigheid». Dat bias als partijdigheid of vooringenomenheid wordt vertaald, kan weinig kritiek hebben. Maar likelihood omzetten als schijn doet de wenkbrauwen fronsen! Een dergelijke vertaling hebben wij in geen enkel woordenboek teruggevonden. Volgens Collins National Dictionary is «likelihood» synoniem met «probability» en dat wordt omschreven als «anything that has an appearance of truth», met andere woorden iets dat als waar overkomt, wat het uitzicht van waarheid heeft of zeg maar, wat waarschijnlijk is.

Gaan we nu in verklarende woordenboeken van de Nederlandse taal (Van Dale op kop) kijken, dan zullen wij bij het woord schijn geen enkele verklaring vinden die gelijk te stellen is met wat onder probability wordt begrepen. Integendeel, schijn is juist iets wat niet waar is, wat, anders gezegd, niet waarschijnlijk is.

Wellicht is het moeilijk de Engelse term «likelihood of bias» in het Nederlands te vertalen. Zouden we hem dan niet beter overnemen zoals hij er staat, namelijk in het Engels? Door de ongelukkige vertaling «schijn» te gebruiken, loopt men ernstig gevaar dat men hieraan een betekenis geeft die hij in het Engels helemaal niet heeft.

Nu is het juist belangrijk te weten wat de exacte draagwijdte is van rechtsprincipes die men wil overnemen. Dat heeft, naar onze mening de Raad van State in dit geval goed gedaan. Inderdaad werd niet alleen de regel van de «likelihood of bias» overgenomen maar ook de daarbijhorende «rule of necessity» die meebrengt dat zelfs in geval van «likelihood of bias» de betrokken instantie moet optreden omdat zij zich niet door iemand anders *kan* laten vervangen. Prof. Suetens heeft dit zeer duidelijk gezegd en de Raad van State heeft het in dit geval, naar onze mening, correct en terecht, aangenomen.

Inderdaad, als men iets uit het Angelsaksisch systeem overneemt, moet men het wel correct en volledig doen.

En als we daar dan toch mee bezig zijn zouden we misschien bij het zoveel gebruikte en misbruikte adagium «Justice should...» meteen een nieuw adagium kunnen uitvinden en zeggen: «Justice should not only seem to be done, but manifestly, undoubtedly, and in the first place, be done!»

J. Cuypers
Procureur des Konings te Turnhout

BOEKEN

INTERUNIVERSITAIR CENTRUM MENSENRECHTEN (red.), **De betekenis van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten voor de Belgische rechtsorde**, Antwerpen, Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1993, 115 pp.

Het was een uitstekend idee een studiedag te organiseren over dit VN-Verdrag (New York, 1966). Dit verdrag (afgekort «IVBPR», ook nog, lelijker kan het niet, «Bupo-verdrag»), is in ons land niet zo populair als het EVRM. Eigenlijk kent men het niet goed. En daarvoor bestaan vele redenen. Het EVRM is in België ongeveer dertig jaar vroeger in werking getreden, de rechtstreekse werking ervan is nooit betwist, de naleving wordt gecontroleerd door een echt rechtsprekend Hof. België heeft het «Facultatief Protocol» bij het IVBPR nu pas, bij de wet van 16 maart 1994, B.S., 23 juni 1994, goedgekeurd (dus na de studiedag), zodat particulieren eerst nu een klacht kunnen indienen bij schending van dat verdrag. En het bestaan van het EHRM werd als een argument aangevoerd om dat protocol, als overbodig, niet te ratificeren. Derhalve, een kringloop van oorzaken en gevolgen die maken dat het IVBPR praktisch van ondergeschikte betekenis is gebleven. Bovendien: beide verdragen overlappen elkaar in grote mate, zodat het doorgaans niet nodig is

een beroep te doen op het IVBPR en als men het doet, dan gebeurt dat in tweede orde. Dat zijn zoal de algemene overwegingen die ook Johan Vande Lanotte en Mieke Van De Putte maken als besluit bij hun preadvies (zie verder). In Nederland heeft iemand geteld (Nederlanders zijn ernstige mensen) dat tussen 1978 en 1987 292 keer een beroep is gedaan op het IVBPR, maar daarvan slechts (maar dus toch!) 65 keer zonder dat ook een beroep op het EVRM werd gedaan. Daarin is sindsdien «geen echt schokkende verandering ingetreden»: de doorwerking van het IVBPR is dus in de Nederlandse rechtspraak «kwalitatief bescheiden en kwantitatief niet groot», aldus Jan Leijten, advocaat-generaal Hoge Raad (p. 107). «Het Verdrag», zegt hij nog, «staat nog in zijn kinderschoenen, maar wie goed kijkt ziet dat het mooie schoenen zijn, al zijn ze wat op de groei gekocht» (p. 111). Het IVBPR zou dus ook in onze landen nog toekomst hebben en daarom was het een goed idee daaraan een colloquium en een boek te wijden.

Het boek bestaat uit vijf preadviezen en een slotwoord van Karel Rimanque.

In het *eerste preadvies* beschrijft Marc Bossuyt de twee bevoegdheden van het VN-Comité Mensenrechten (dat bestaat uit achttien voor vier jaar verkozen onafhankelijke deskundigen): het onderzoeken van de «verslagen» van de verdragspartijen en het beoordelen van «mededelingen» (een «VN-eufemisme voor klachten»). De *verslaggeving* heeft twee vormen: een «eerste» verslag over de algemene situatie van het land m.b.t. mensenrechten en latere verslagen (om de vijf jaar) ter aanvulling ervan. Over de verslaggeving gaat het in het tweede preadvies (zie verder). *Mededelingen* nu, mogen slechts gedaan worden door en tegen staten die daartoe een verklaring hebben afgelegd en door individuen slechts indien de staten tegen wie ze zijn gericht, het Facultatief Protocol hebben geratificeerd, wat 66 staten op 112 hebben gedaan (Bossuyt geeft de lijst) en België hoorde daar dus niet bij. Het Comité geeft hierover zijn «views», in het Frans «constatations», wat toch zachter is dan het «oordeel» in de niet-authentieke Nederlandse vertaling (de woorden «inzichten» en «bevindingen» die prof. Sybesma gebruikt in haar preadvies (zie verder), lijken mij dan ook beter). Tot nog toe heeft nog geen enkele staat een «mededeling» gedaan. Dat verwondert mij niet. Staten plegen elkaar te ontzien. Hun relaties houden ze liever in de diplomatieke dan in de juridische sfeer en gestroomlijnde relaties zijn voor hen belangrijker dan de wijze waarop in een ander land de mensenrechten worden geëerbiedigd. Daarentegen hadden tot juli 1992, 514 individuen een «mededeling» gedaan. De preadviseur verstrekt daarover cijfer- en ander materiaal.

De *verslaggeving* door de Belgische regering wordt behandeld door Paul Lemmens en Liesbeth Van Schouwbroeck in het *tweede preadvies*. Zij beschrijven eerst de eisen die het Comité in zijn richtlijnen hieromtrent stelt en de (door het Comité geprezen) wijze waarop de Belgische vertegenwoordigers zich van hun taak hebben gekwet. De preadviseurs zijn nochtans kritisch: de verslagen werden veel te laat ingediend en ze zijn niet erg evenwichtig, in die zin dat belangrijke aspecten soms een summier, onbelangrijke en disproporcionele aandacht krijgen. Zij vragen zich bovendien af waarom de Belgische vertegenwoordigers schreven dat het centrifugale karakter van ons federalisme, de bipolaire aard van het rechtssysteem en de taalkundige verschillen in de bevolking de toepassing van het IVBPR bemoeilijken. Inderdaad. Masochisme? Uit de reacties van het Comité (of zijn leden) selecteer ik er een paar. *Vreemdelingen* genieten dezelfde bescherming als Belgen «behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen» (art. 191 Gw.) en het kan hen verboden worden zich in bepaalde gemeenten te vestigen: dat vond een lid discriminatoir en een ander was daarvan niet overtuigd (wij ook niet, zie verder). Een lid zocht in België tevergeefs naar de bevordering van de positieve aspecten van het «recht op het leven», zoals het recht op gezondheid, de uitroeiing van epidemies en de strijd tegen de milieuverontreiniging.... Ook de *vrijheid van mening* lokte een vraag uit, daar uitzendingen of publikaties in België door de rechter verboden kunnen worden indien zij de reputatie van een persoon in het gedrang brengen (merkwaardige vraag van een deskundige, daar art. 19, lid 3, van het verdrag uitdrukkelijk beperkingen aanvaardt «in het belang van de rechten of de goede naam van anderen»). *Recht van vergadering*? maar in België is het zo dat, indien dat recht in de open lucht wordt uitgeoefend, het ten volle aan de politiewetten onderworpen blijft (art. 26 Gw.)... Nee toch, wat een land! België maakt desondanks geen slechte beurt, want de wijze waarop het zijn minderheden bejegt zou als model kunnen dienen voor andere

landen, aldus het Comité. Nou. We worden toch aangemaand daaraan dezelfde zorg te blijven besteden. En bovendien ook aangespoord om de rechten van meningsuiting en van vereniging verenigbaar te houden met het verdrag. Meer in het algemeen moet België meer rekening houden met het IVBPR en in zijn verslagen niet zoveel woorden besteden aan also maar datzelfde EVRM van de concurrentie. De preadviseurs vragen zich in hun «conclusies» dan ook af of het Comité wel een voldoende zicht heeft in de werkelijke problemen zoals die in het betrokken land worden gevoeld. Voor het overige vragen ze om een externe inbreng (van de academische wereld en van NGO's) bij de rapportering of naar aanleiding daarvan. Tegenspraak lijkt hun onontbeerlijk, terwijl nu alleen de regering aan het woord is. Organisaties hebben echter geen recht tussen te komen bij de rapportering. Reden te meer om het Facultatief Protocol te bekrachtigen (wat dus inmiddels zal zijn gebeurd), want dank zij het individueel «klachtrecht» krijgen de burgers (en de organisaties achter hen) het recht om hun visie langs een andere weg aan het Comité te laten kennen.

In het derde *preadvies* bespreekt mevrouw Sybesma-Knol de «rechtspraak» van het Comité, zoals die blijkt uit zijn eigen commentaren bij het IVBPR en uit de behandeling zowel van de «verslagen» als van de «mededelingen». Daartoe overloopt ze een aantal materieelrechtelijke bepalingen van het verdrag die ze, wat welkom is, voluit overschrijft. Ik grasduin even. Vooraan staat het *zelfbeschikkingsrecht*. Dat is geen mensenrecht, maar een «recht der volkeren, een grondrecht van de derde generatie», waarmee de staten nog verder afstand nemen van hun burgers dan met de economische, sociale en culturele (SEC) grondrechten. De preadviseur zegt terecht dat dat recht «politiek geïnspireerd was» ter «bevrijding uit de koloniale overheersing», terwijl het nu wordt ingeroepen door afscheidingsbewegingen. Het is dus controversieel en ik denk niet dat het Comité bekwaam of zelfs bevoegd is de controversen te beslechten: dat hoort een hogere instelling toe, de AV met name. Het *discriminatieverbod* vindt men in een zestal bepalingen van het verdrag. In het algemeen is een ongelijke behandeling nog geen discriminatie, zegt het Comité: «A differentiation based on reasonable and objective criteria does not amount to prohibited discrimination», wat vager is dan wat we gewend zijn. Te noteren in dit verband dat niet elk onderscheid tussen onderdanen en buitenlanders verboden is: dat is niet onbelangrijk voor de beoordeling van de Belgische wet die het mogelijk maakt de vestiging van buitenlanders boven een bepaald quotum in gemeenten te verbieden (zie hiervoor). Bij een *algemene noodtoestand* kunnen de staten onder welomschreven voorwaarden en met inachtneming van een aanmeldingsplicht, afwijken van de verdragsverplichtingen. Over die derogatie verstrekt de preadviseur een aantal gegevens die haar doen besluiten dat geen duidelijke lijn te onderscheiden valt in de houding van het Comité, een houding die ze toch als restrictief kwalificeert. In het artikel over het *recht op leven* is, na de inleidende zin, verder alleen sprake van de doodstraf. Maar zoals reeds vermeld, hecht het Comité veel belang aan de positieve maatregelen om het leven te beschermen, zoals de zwangerschapsbegeleiding, het tegengaan van de kindersterfte, de keuring van voedingswaren en medicamenten. Het spreekt in dit verband vaak van wat «wenselijk» is en de preadviseur vraagt zich met reden af of het Comité daarmee niet op het terrein komt van het andere VN-Verdrag van 1966, het SEC-Verdrag, over de sociale, economische en culturele rechten die «ook progressief geïmplementeerd» dienen te worden. Is de werking van beide verdragen dan toch dezelfde? Heeft het IVBPR dan geen rechtstreekse werking? En indien dat wel zo is, hoe kan men dan de toepassing ervan «progressief» in de tijd spreiden? Wat natuurlijk wel kan met een louter programmatisch verdrag zonder rechtstreekse werking, zoals het SEC-Verdrag waarvan de toepassing wordt overgelaten, zoals het nieuwe artikel 23 van onze Grondwet, aan de wil of onwil van de bevoegde overheden, zonder dat subjectieve rechten aan individuen zijn toegekend. Of zou men het in het Comité nog oneens zijn over de juiste draagwijdte van het IVBPR? Wanneer het leven begint en eindigt, zegt het IVBPR niet en het is dan ook vrij logisch dat het Comité slechts «nu en dan» *euthanasie* en *abortus* heeft besproken, blijkbaar zonder uitsluitel te verstrekken (anders zou de preadviseur het vermeld hebben). Over het verband tussen *oorlog* en het *recht op leven*, neemt het Comité daarentegen «een duidelijk standpunt in», een standpunt dat ik pseudo-pacifistisch zou noemen, met name dat oorlog een kwalijke zaak is die aan veel mensen het leven kost en bovendien veel hulpbronnen opsloort die beter anders ge-

bruikt zouden worden en voor het overige wordt alleen over atoomwapens gesproken volgens de hier tijdens de Koude Oorlog gangbare thematiek, net of conventionele wapens, machetes inclusief, sinds 1945 niet oneindig veel meer slachtoffers hebben gemaakt.

Ik zou geneigd zijn te zeggen dat al die gegevens aantonen dat het Comité nog veel denkwerk zal moeten verrichten om tot een sluitende en toonaangevende jurisprudentie te komen, maar dat zou unfair zijn. De opdracht van het Comité (en van alle VN-organen overigens) kan, op korte termijn, niet anders dan hopeloos moeilijk zijn: die opdracht bestaat erin universele principes en normen ingang te doen vinden in 184 VN-staten die cultureel, ideologisch, staatsfilosofisch, materieel, politiek en qua ontwikkelingsgraad onder elkaar oneindig grote verschillen vertonen. Een gemeenschappelijk geestelijk en materieel substraat waarop men universeel recht kan funderen, ontbreekt op wereldschaal ten enenmale. Begin er maar aan. Dat doet het Comité, maar het beloofde land is nog ver. Ik heb toch mijn bedenkingen: die volgen nog.

Met het *vierde preadvies* van Johan Vande Lanotte en Mieke Van De Putte, reduceren we die ruime en verre horizon tot de onze, namelijk tot de Belgische rechtspraak m.b.t. het IVBPR. Het is een rijk gestoffeerd preadvies waarin telkens de bepalingen van het IVBPR met die van het EVRM worden vergeleken. Daar waar het om het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod gaat, komt vanzelfsprekend ook het Arbitragehof aan bod: al mag dit Hof geen wetskrachtige normen vernietigen wegens de schending van internationale regels, volstaan ruimschoots de artikelen 10 en 11 Gw., die het Hof trouwens zeer ruim interpreteert. De rechtspraak is overvloedig en met haar betreden we opnieuw het vertrouwde terrein van concrete situaties, nauwkeurige afwegingen en duidelijke uitspraken. Misschien, is dit iets té geflatteerd, maar het verschil met de «rechtspraak» van het VN-Comité valt toch op. Wegens het grote aantal arresten en vonnissen is zowel een samenvatting als een redelijke selectie onbegonnen werk. Ik beperk me tot topics: het recht op vrijheid (en de voorlopige hechtenis), het «eerlijk proces»-beginsel (en het recht van verdediging voor onderzoeksgerechten, keuringsraad, in tucht- en belastingszaken, het probleem van de rechter die voordien kennis heeft gehad van de zaak als onderzoeksrechter, het vermoeden van onschuld, het recht met zijn raadsman te communiceren, de bijstand van een tolk, de regel van de dubbele aanleg en het probleem van het voorrecht van jurisdictie met de rechtstreekse verwijzing naar een hoger rechtscollege), het «non bis in idem»-beginsel in strafzaken (het probleem van een veroordeling in het buitenland), de uitzetting van vreemdelingen, het recht op een vrij gekozen verblijfplaats (vreemdelingen, gemeentepersoneel, politieke mandatarissen), het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod (met de heel scherpe (BIORIM) criteria die het Arbitragehof aanlegt, te vergelijken met die van het VN-Comité (zie hiervoor), enz. Het geheel is een mooi overzicht in kort bestek van de mensenrechten-rechtspraak in ons land, met een uitvoerig voetnotenapparaat.

Het *laatste preadvies*, van de reeds genoemde advocaat-generaal bij de Hoge Raad Jan Leijten en Beatrijs Kortenhorst, gaat over de doorwerking van het IVBPR in Nederland. Het is kort en zeer levendig geschreven, veel meer in de stijl van een causerie dan van een wetenschappelijk betoog, maar daarom niet minder diepgaand: het gaat tot de kern van de zaak. Het begint met het verhaal van een (uiteraard Nederlandse) kapper «die krulletjes aanbracht in het hoofdhaar van een vrouwelijke klant» en strafrechtelijk werd vervolgd omdat hij alleen een vergunning had om heren te verzorgen. Discriminatie, zei hij, want vrouwenkappers van hun kant mogen wel mannelijke haren krullen.

Daarmee staan we wel heel ver van de bedoeling van het IVBPR en van alle andere mensenrechtenverdragen. Het IVBPR, met al wat erbij hoort, is daarvoor niet gemaakt. Laten we niet vergeten, zegt Leijten, dat het voortkomt uit «de barre verschrikkingen en het heilloze onrecht van de oorlogsjaren 1940-45». Het kappersverhaal, hoe extreem ook, maar ook vele andere in deze recensie opgetekende echte of vermeende schendingen, doen, bekeken tegen de achtergrond van wat in de wereld onder onze ogen geschiedt, onwezenlijk aan. Want de «barre verschrikkingen» behoren heden in vele landen nog tot het dagelijkse leven: «foltering van staatswege, willekeurige gevangennemingen en gevangenhoudingen, verdwijningen, ontvoeringen uit andere landen», en, toe te voegen, etnische zuiveringen, systematische verkrachtingen, deportaties, genocide. Het is goed dat op de studiedag, al was die duidelijk positiefrechtelijk bedoeld, ook de diepere waarheid werd herhaald. Even maar, maar

toch voldoende om het onderwerp in zijn juiste perspectief te plaatsen.

Positief recht kan maar begrepen en dus correct toegepast worden, indien men zijn achtergronden, ontstaansgeschiedenis en doelstellingen in acht neemt. In een inleiding over de hele materiële en ideële context waarin het IVBPR tot stand is gekomen, zou men een antwoord hebben kunnen geven op vragen zoals: waarom het IVBPR-Verdrag (samen met het daarvan afgescheiden SEC-Verdrag) eerst in 1966 is aangenomen, en niet een jaar of twee na de Universele Verklaring van 1948; waarom, overigens, beide grondrechtenverdragen werden gesplitst; of de USSR, haar satellieten, de Chinese Volksrepubliek en de meeste ontwikkelingslanden «directe werking» toekenden aan het IVBPR en zo ja, wat ze onder dat begrip verstonen; waarom de grote «westerse» landen zoals de USA, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland en zovele andere het Facultatief Protocol ook niet hebben geratificeerd. Dan zou duidelijker zijn geworden waarom België die twee verdragen eerst in 1983 heeft bekrachtigd en het Facultatief Protocol pas nu in maart 1994 heeft goedgekeurd en, derhalve, waarom het IVBPR, vergeleken bij het EVRM, een secundaire rol vervult.

Maar meer dan dat. Daarin zou ook erop zijn gewezen dat de toepassing van «fundamentele» rechten slechts mogelijk is in een groep landen die het «fundamenteel» eens zijn over een ethisch, politiek en cultureel waardenbestel dat de grondslag, het «fundament», ervan is. We hopen natuurlijk allen dat een dergelijk waardenbestel eens «universeel» zal zijn, op het niveau van de hele wereld als de ene grote schaaftal. Voorlopig is dat nog een verre utopie. Dat betekent niet dat we niet moeten meewerken. Integendeel, want zonder de westerse landen komt er hoe dan ook niets van terecht. Maar inmiddels zou de wereldorganisatie uiterst omzichtig moeten zijn en geen alibi's gaan zoeken voor haar onvermijdelijk tekortschieten in het vervullen van een onmogelijke opdracht, door te zoeken («tevergeefs», dan nog wel) naar wat België doet om epidemieën te voorkomen om het recht op het leven te bevorderen... Surrealisme past hier niet. Met Kravchenko en zovele andere boeken in ons geheugen, met Jung Chang nog maar pas opgeborgen, Somalië, Ethiopië, Mozambique, noem maar op, en nu Joegoslavië en Ruanda voor ogen, lijken enig onderscheid tussen hoofd- en bijzaak en enige zin voor proporties, fundamentele plichten voor wie eerbied voor de mens en voor de mensen poogt te propageren. Anders vervalt men in misschien spitsvondig maar pietluttig juridisme terwijl miljoenen mensen worden getergd, gepijningd en gedood. En dan zijn New-York en Genève, Byzantium.

Jan Gijssels

E. DIRIX en G.L. BALLON, **Factuur**, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1993, 278 pp.

De factuur is een rechtsfiguur waarvan het statuut raakvlakken vertoont met verscheidene rechtstakken. Hoewel een systematische wettelijke regeling geheel ontbreekt, zijn de gezaghebbende auteurs Dirix en Ballon er met het gerecenseerde werk in geslaagd tegemoet te komen aan de behoefte om een zo volledig mogelijk overzicht van alle aspecten van de factuur te bieden: naast het burgerlijk en het handelsrecht, zijn ook de fiscaalrechtelijke en zelfs strafrechtelijke relevante bepalingen in een aangename, vlot leesbare stijl, op een overzichtelijke en duidelijke wijze besproken. De belangrijke consumentenbeschermende maatregelen die vervat liggen in de nieuwe Wet Handelspraktijken en de Wet op het Consumentkrediet, zijn in deze herwerkte uitgave van het in 1985 voor het eerst verschenen werk, voldoende toegelicht.

In een eerste algemeen hoofdstuk wordt het toepassingsgebied geschetst. Hierbij besteden de auteurs tevens aandacht aan de belangrijke rol die de factuur vervult in het B.T.W.-stelsel. De problematiek van de gevolgen van de fiscale onregelmatigheid van de factuur voor de overeenkomst, en meer specifiek voor de bewijskracht van de factuur, wordt bondig, doch duidelijk uiteengezet en besloten met de conclusie dat deze in de heersende opvatting geen afbreuk doet aan de bewijskracht.

De vermeldingen op de factuur komen aan bod in het tweede hoofdstuk. De lezer vindt hier in kleine druk zeer gedetailleerde informatie over verplichte vermeldingen voortvloeiende uit diverse bijzondere wetten. Aldus werd de reeds uitvoerige opsomming voorkomend in de uitgave van 1985 hier nog aangevuld met de desbetref-

fende reglementering inzake het beroep van privé-detective, de bewakingsondernemingen, de beursvennootschappen, beleggingsinstellingen en beleggingsfondsen, en ten slotte die m.b.t. vleeskeuring en vleesvervoer.

De taalwetgeving en haar sancties worden uitvoerig beschreven in het derde hoofdstuk, waarbij mogelijke conflicten met de nieuwe Wet Handelspraktijken niet over het hoofd worden gezien.

In hoofdstuk vier wordt de factuur dan vergeleken met andere, min of meer verwante handelsdocumenten. Het lijstje voorkomend in de versie van 1985 is aangevuld met het ingevolge art. 59, § 1, Wet Consumentenkrediet door de kredietgever bij kredietopening verplicht af te leveren maandoverzicht. Van de vermelde documenten wordt onderzocht in welke mate ze als factuur kunnen worden bestempeld en wat de eventuele gevolgen van het niet-protesteren ervan zijn. Misschien hadden de auteurs daar, volledigheidshalve, het verschijnsel van de zgn. «interne facturatie» aan kunnen toevoegen, waarbij, d.m.v. een «interne» declaratie of facturatie tussen maten of vennoten, een aandeel in de winst van een maatschap of vennootschap wordt opgevorderd (zie bv. Kh. Gent, 27 maart 1990, *T.B.H.*, 1991, 508).

De wezenlijke functie van de factuur, het schriftelijk bevestigen van een schuldvordering van de verzender op de geadresseerde, wordt systematisch en uitvoerig behandeld in het vijfde hoofdstuk, waarin Dirix en Ballon tot de kern van hun monografie doordringen. De factuur levert tegen de leverancier die haar uitreikt, het bewijs op van het bestaan van de overeenkomst conform haar vermeldingen, met name van de verbintenis van de leverancier, ongeacht de hoedanigheid van de cliënt (art. 1330 B.W.). T.a.v. de cliënt-handelaar geldt het wettelijk vermoeden uit art. 25, tweede lid, W. Kh., zodat de aanvaarde factuur, wat haar bewijskracht betreft, gelijkgesteld wordt met een onderhandse akte. De geadresseerde mag dan met alle middelen rechtens bewijzen dat zijn houding geen aanvaarding van de factuur of bepaalde daarop vermelde contractvoorwaarden, impliceert. Tegen de cliënt-niet-handelaar levert de aanvaarde factuur echter geen volledig bewijs op van de overeenkomst. Onder omstandigheden zal de aanvaarding wel kunnen worden opgevat als een feitelijk vermoeden, als een buitengerechtelijke bekentenis of als een uitvoeringshandeling van de overeenkomst.

Cruciaal is derhalve wat men onder aanvaarding dient te verstaan. Terecht verwerpen Dirix en Ballon de o.m. door Cloquet verdedigde stelling dat de aanvaarding een rechtshandeling zou zijn die verbintenissen doet ontstaan; de aanvaarding mag niet gezien worden als de aanvaarding door de cliënt van het aanbod van de leverancier, de factuur heeft slechts een bewijsrechtelijke functie en beoogt geenszins obligatoire gevolgen tot stand te brengen (ze is m.a.w. alleen maar *instrumentum*). Verder wijzen de auteurs er nog op dat de gewoonterechtelijke regel die stelt dat het omstandig stilzwijgen van een handelaar in beginsel als aanvaarding geldt, zijn grondslag vindt in de vertrouwensleer.

Bij de bespreking van het protest had men nog kunnen vermelden dat uit de artt. 1134, derde lid, en 1135 B.W. ook t.a.v. niet-handelaars een zekere protestplicht kan worden afgeleid indien de betrokkenen reeds in een obligatoire rechtsverhouding tot elkaar stonden, zij het dan dat deze plicht een stuk milder moet worden beoordeeld dan t.a.v. handelaars. Buiten het geval van een vooraf bedongen protestlast moeten er namelijk bijkomende omstandigheden voorhanden zijn opdat stilzitten van een niet-handelaar als aanvaarding kan gelden (zie Storme, M.E., «Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging», *T.B.H.*, 1991, (463), nr. 28).

T.a.v. het probleem van de tegenstrijdige standaardbedingen blijven Dirix en Ballon de zgn. *theorie van het eerste woord* verdedigen (A die het aanbod doet, mag zijn voorwaarden als geldend beschouwen, tenzij B de toepassing ervan *uitdrukkelijk* heeft afgewezen). De meeste auteurs, daarin gevolgd door de recente rechtspraak, benaderen de formulierenstrijd evenwel als volgt: maken de algemene voorwaarden deel uit van de hoofdbestanddelen van de overeenkomst, dan belet het gebrek aan wilsovereenstemming de geldige totstandkoming van deze laatste; zijn de algemene voorwaarden daarentegen niet van essentieel belang, dan neemt men aan dat tegenstrijdige voorwaarden elkaar opheffen en de verhouding tussen partijen beheerst wordt door het gemene recht overeenkomstig art. 1135 B.W. (Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmerman, B., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992), Verbintenissen»,

T.P.R., 1994, (171), 314-315, nr. 99; Dirix, E. en Van Oevelen, A., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)», *R.W.*, 1992-93, (1209), 1214, nr. 14; Antwerpen, 17 mei 1989, *Limb. Rechtsl.*, 1989, 131). Naast het feit dat in de rechtspraak geen toepassingen van de theorie van het eerste woord zijn terug te vinden, reiken de auteurs evenmin een theoretische basis naar Belgisch recht aan. Noch de wilsleer, noch de vertrouwensleer blijken dienend te zijn. Bovendien heeft Kruithof er in zijn recensie van de eerste uitgave (*T.P.R.*, 1987, 977) reeds op gewezen dat Schoordijk's visie en diens verwijzing naar de uitspraak van Lord Denning, door de auteurs aangehaald ter staving van hun stelling, door hen uit de context zijn gerukt en derhalve verkeerd geïnterpreteerd zijn.

In de daarna volgende onderdelen worden bezwarende bedingen besproken naar gemeen recht en in het licht van de W.H.P. Vooral hier merkt de lezer dat het belang van het gerecenseerde werk duidelijk het toepassingsgebied van de factuur overstijgt. Een kleine opmerking t.a.v. het vermelde onder nr. 276 lijkt hier op haar plaats: voor bedingen opgenomen op de zwarte lijst hoeft de consument alleen te bewijzen dat de desbetreffende clausele onder het toepassingsgebied van art. 32 W.H.P. valt, zonder dat onrechtmatigheid zelf te hoeven aantonen aangezien deze wordt voorondersteld.

Dit hoofdstuk wordt vervolgens afgerond met een gedetailleerd overzicht van andere bewijsfuncties van de factuur, in vergelijking met de uitgave van 1985 aangevuld met een bespreking van de rol van de factuur bij de aanbesteding van werken, leveringen en diensten voor de overheid.

In het volgende hoofdstuk wordt de juridische betekenis van de bestelbon geanalyseerd in het raam van de voornaamste consumentenbeschermende wetten.

Hoofdstuk zeven behandelt het endossement van de factuur en in het achtste hoofdstuk wordt overlopen welke bepalingen uit de W.H.P. (bv. inzake prijs- en hoeveelhedaanduiding, etikettering,...) nageleefd dienen te worden bij de redactie van de factuur.

Ten slotte worden ook de merkenrechtelijk en strafrechtelijk relevante regels uiteengezet en besluiten Dirix en Ballon met een overzicht van de factuur als controle-instrument.

Het gerecenseerde werk is niet in de eerste plaats rechtsdogmatisch, maar is ongetwijfeld wel de meest op de rechtspraktijk gerichte studie betreffende de factuur die heden ten dage in België verkrijgbaar is. Door haar systematische aanpak, die resulteert in overzichtelijkheid en duidelijkheid, haar talrijke verwijzingen naar rechtspraak en doctrine, een handig zakenregister en kruisverwijzingen waar nodig, zal ze de rechtspracticus een antwoord formuleren op de meest uiteenlopende juridische vraagstelling die i.v.m. de factuur kunnen opduiken. Deze tweede uitgave heeft, dank zij de verwerking van vooral nieuwe consumentenrechtelijke bepalingen, ongetwijfeld een toegevoegde waarde t.a.v. de eerste, die reeds door een ruim publiek werd geapprecieerd.

A. De Boeck

S. GILCART, **Douze constitutions pour une Europe**, o.l.v. E. CEREXHE en L. LE HARDY DE BEAULIEU, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994

Dit boek bevat niet alleen de loutere weergave van de grondwetten van de twaalf lidstaten van de Europese Unie. Stéphane Gilcart schreef een lezenswaardige algemene introductie. De diverse onderdelen van de grondwetten, zoals het staatshoofd, de regering(en), het parlement, de grondwettigheidscontrole enz. werden gegoten in overzichtelijke vergelijkende tabellen.

Een aparte rijkdom van het boek is dat per land door een constitutionalist nog een korte commentaar van een vijf- tot vijftiental pagina's werd geschreven, voor België van de hand van Le Hardy de Beaulieu.

De keuze van de Engelse teksten, daar waar Engeland geen systematische geschreven grondwet kent, is klassiek te noemen, waarbij in vergelijking met soortgelijke buitenlandse edities nog iets meer teksten werden opgenomen zoals de Magna Charta van 1225 naast die van 1215 en «l'Act du 30 avril 1958 sur la pairie à vie» («Life Peerages Act 1958»; Wet op het levenslange paarschap, vgl. Kimmel A., *Die Verfassungen der Eg-Mitgliedstaaten*, München, Beck, Deutscher Taschenbuch Verlag).

De volledige Franse uitgave is bijzonder verzorgd. In voetnoten bij de grondwetsartikelen wordt soms nog enige toelichting of de wijzigingsdatum gegeven. De juristen met belangstelling voor (verge-

lijkend) publiekrecht en de politicologen vinden snel de hen interesserende bepalingen via een trefwoordenregister en een uitgewerkte inhoudstafel.

W. Rauws

ERRATA

Subsidiefraudebestrijding

In het artikel van Dirk Coeckelberg moeten op de laatste regel van voetnoot 41 (p. 555, rechterkolom) twee woorden verbeterd worden: éluder (i.p.v. étuder) en pénales (i.p.v. frénales).

Aannemingen van werk

Op p. 546 is bij het vonnis van Kh. Kortrijk, 27 februari 1993, de naam van mr. Cambien vermeld. De dominus litis blijkt echter mr. Coulier geweest te zijn.

MEDEDELINGEN

Politie en gezag

Op dinsdag 24 januari 1995 organiseert de vzw Politeia een studiedag ten behoeve van de politiediensten en politie-overheden met als thema's "gezag over en controle op de politiediensten" en "tuchtregering inzake gemeentepolitie".

Voor verdere informatie kan U contact opnemen met Uitgeverij Politeia vzw op het telefoonnummer 02/506.47.02.

Bevoegdheid van de rechtbanken in verkeerszaken – Overgangrecht

In een mondelinge vraag aan de minister van Justitie acht senator Erdman het onaantvaardbaar dat sommige rechtbanken waarbij geschillen over verantwoordelijkheid inzake verkeer aanhangig zijn, de partijen laten weten dat die zaken, in afwachting van de inwerkingtreding van de wet op de politierechtbanken, onbepaald uitgesteld worden. De minister heeft op 1 december 1994 het volgende antwoord gegeven:

«Ik deel uw standpunt volledig en ik begrijp de houding van de gerechten niet die systematisch 'sine die' de verkeerszaken naar de rol van hun rechtbank verwijzen.

De artikelen van de wet van 11 juli 1994 die betrekking hebben op de politierechtbanken zullen op 1 januari 1995 in werking treden; het vereiste koninklijk besluit zal weldra in het Staatsblad verschijnen.

Tot die artikelen behoort artikel 69 dat betrekking heeft op de overgangsbepalingen.

Dit artikel is bijzonder duidelijk aangezien het bepaalt dat voor burgerlijke zaken, de bepalingen van de wet met betrekking tot de bevoegdheid, het ressort en de rechtspleging slechts toepasbaar zijn op de zaken die op de rol van de politierechtbank zijn ingeschreven na de inwerkingtreding ervan, dus na 1 januari 1995.

De oplossing die het artikel geeft voor strafzaken is bijna identiek, aangezien de politierechtbank, in de zaken waar een opsporingsonderzoek plaatsvond, slechts bevoegd zal zijn wanneer de beklagde wordt gedagvaard na de inwerkingtreding ervan en, in de zaken waar een gerechtelijk onderzoek plaatsvond, wanneer de beklagde wordt verwezen naar een vonnisgerecht, eveneens na de inwerkingtreding ervan.

Dit systeem is eenvoudig; het wijkt gedeeltelijk af van artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek en had normaal gezien geen enkel probleem moeten stellen.

De gerechten die thans geadieerd zijn, zullen deze zaken dus moeten beoordelen zonder de mogelijkheid om ze naar een ander gerecht te verwijzen; ik zie dan ook niet in welk belang zij erbij zouden hebben de zaken onbepaald uit te stellen, wat slechts nadelig kan zijn voor de justitiabele.

Om elke andere interpretatie te voorkomen, zal ik een brief sturen naar de eerste voorzitters van de hoven van beroep opdat de rechters, via hiërarchische weg, op de hoogte zijn van de oplossing bepaald bij artikel 69.»