

BEDINGEN VAN TONTINE EN AANWAS

1. Het afgelopen decennium is er in de rechtsleer heel wat te doen geweest over de zogenaamde bedingen van tontine en aanwas.¹

¹ BLONTROCK, F., «Tontine versus huwelijk», *T. Not.*, 1994, 194-222; BOUCKAERT, F., «Tontine, een rechtsfiguur uit grootvaders tijd», *T. Not.*, 1982, 241-247; BOUCKAERT, F., «Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 570-584; CARTUYVELS, B., «Tontine sur des droits divis», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 275-282; CASHMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Mys & Breesch, Gent, 1991, 504 e.v.; CASHMAN, H., «Conventions entre titulaires de droits actuels», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 234-239; CASHMAN, H., «Overeenkomst na verkrijging», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 239-244; COENE, M., «Schenkings» in Notariële Actualiteit, deel 7, *Familierecht*, Die Keure, 1996, 148-154; COPPENS, N., «Tontine et pacte sur succession future», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 245-252; CULOT, A., «La tontine en droit fiscal», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 294-306; DEBOUCHE, J.-M., «Synthèse des connaissances actuelles en matière de tontine», *Rev. Not. B.*, 1995, 138-155; DE WULF, C., «Bedingen van aanwas en tontine», in *Notariële Actualiteit*, deel 2, Die Keure, Brugge, 1991, 107-114; DU FAUX, A., «Tontine, een onduidelijk begrip», *T. Not.*, 1994, 451-453; GELTMAYER, F., «La tontine», *Waarvan Akte*, 1989, 51-55; GRÉGOIRE, M., «Aspects économiques de la tontine», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 264-274; JEANMART, M., «Le concubinage», in *Rép. Not.*, deel XV, boek 6, Brussel, Bruylant, 1987, nrs. 98-2 e.v.; JUNGERS-POIRE, D. en CULOT, A., «La tontine en droit fiscal», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, nr. 24.051; KAISIN, B. en WILMUS, M., «Le statut du bien acquis en indivision par deux concubins», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Academia & Bruylant, 1992, 231-233; KAISIN, B., WILMUS, M. en RASSON, G., «La société civile à titre d'alternative», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Academia & Bruylant, 1992, 253-263; PINTENS, W., «Vrijgevegheden tussen concubanten», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 194-201; RASSON, G., «Tontine - aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 286 e.v.; TAYMANS, J.-F., «Le sort de l'immeuble acquis en commun dans le cadre d'une union libre», in *L'Union Libre*, Brussel, Bruylant, 1992, 183-204; TAYMANS, J.-F., GAHYLLE, G. en DE PAOLI-CLAUDE, D., «Le statut des biens acquis par deux concubins», *Rev. Not. B.*, 1985, 338-357; WEYTS, L., «Tontine tussen meerdere echtparen», *Notarius*, 1991, 88; WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 283-293; WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», *T.R.V.*, 1991, 247-255; WEYTS, L., «Met z'n tweeën», in *Eigenaar worden van een woning*, Notariële dagen Houffalize, Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (red.), 1987, 73 e.v.; X., «La tontine», *La Basoche*, 1982, afl. 4, 19-21.

Frans recht: HENRY, M., «Une pratique critiquable: La clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial», *J.C.P.*, 1987, I, nr. 3281; PACAUD, B. en PUJOL, F., «La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées», *Rép. Defrénois*, 1991, 641-657; RAFFRAY, J., «Tontine en société», *J.C.P.*, 1988, I, nr. 3327.

Nederlands recht: COHEN HENRIQUEZ, E., «Verblijvingsbedingen tussen echtgenoten en relatiepartners in theorie en praktijk», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5532, 645-651; DE GROOT, J.J.A., «Verblijvingsbeding c.s.»,

In vele gevallen stelt men daarbij een Babylonische spraakverwarring vast, aangezien de inhoud en de uitwerking van deze bedingen door de verschillende auteurs niet steeds op uniforme wijze wordt weergegeven of geïnterpreteerd.

De voornaamste reden voor die spraakverwarring is het feit dat voormelde bedingen als dusdanig niet in wetteksten terug te vinden zijn; het gaat hier om creaties van de rechtsleer, en rechtsgeleerden houden er graag hun eigen mening op na, met alle gevolgen van dien!

2. In deze bijdrage wordt gepoogd een *status quaestionis* op te maken inzake begrippen die niet meer weg te denken zijn uit ons rechtsverkeer, aangevuld met enkele rechtsvergelijkende beschouwingen naar Frans en Nederlands recht.

I. BEDINGEN VAN TONTINE

A. De tontine: een recente herontdekking van een oude rechtsfiguur met een hernieuwde toepassing

3. De tontine is een rechtsfiguur die dateert uit de 17e eeuw, en haar naam ontleent aan de Italiaanse bankier Tonti (1630-1695). Tonti organiseerde beleggingen waarbij gelden werden ingezameld tussen beleggers die ongeveer dezelfde leeftijd hadden. Het kapitaal werd, na verloop van een vooraf bepaald aantal jaren, samen met de interesten verdeeld onder de beleggers die op dat ogenblik nog in leven waren.

Nadien vond deze techniek veel bijval in kloostergemeenschappen, die er alzo in slaagden de door de kloosterlingen opgebouwde vermogens (vooral via schenkingen en testamenten) *intra muros* te bewaren.

Na de wet van 26 juni 1921, waarbij aan de verenigingen zonder winstoogmerk rechtspersoonlijkheid werd toegekend, kwam dit procédé in onbruik; het werd pas recentelijk herontdekt door juristen die vooral met notarieel recht bezig zijn.²

4. Thans kent de tontine een hernieuwde toepassing, vooral bij de aankoop van onroerende goederen door concubanten, die op die manier de langstlevende onder hen willen vrijwaren tegen mogelijke aanspraken van hun erfgenamen.

in *Liber Amicorum Prof. mr. E.C. Henriquez*, Kluwer, Deventer, 1993, 119-124; ESSERS, P.H.J., «Fiscale gevolgen van vennootschappelijke verblijvingsbedingen onder het NBW», *W.F.R.*, 1992, 1433-1438; LANGESLAG, A.H., «Het verblijvingsbeding in niet-huwelijkse samenlevingsverbanden», *W.P.N.R.*, 1981, nr. 5550, 72-75; PETIT, F.M., «Het verblijvingsbeding tussen echtgenoten als alternatief?», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5522, 408-411; VAN DER BURGH, G., «Verblijven, schenken of erven», *W.F.R.*, 1994, 1846-1853; VAN KEMPEN, M.L.M., «De invloed van het burgerlijk recht op de fiscale behandeling van het verblijvingsbeding met vertraagde werking», *W.F.R.*, 1993, 1915-1924; ZWEMMER, J.W., *Fiscale aspecten van optierechten en verblijvingsbedingen*, Kluwer, Deventer, 1988.

² BOUCKAERT, F., «Tontine, een rechtsfiguur uit grootvaders tijd», *T. Not.*, 1982, 241-247; BOUCKAERT, F., «Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 570-584; RAUCENT, L., «La clause d'attribution de l'usufruit au survivant des époux», *Rev. Not. B.*, 1971, 362-365.

Het tontinebeding heeft immers tot gevolg dat de goederen die er het voorwerp van uitmaken geacht worden steeds te hebben toebehoord aan de langstlevende (in volle eigendom, of in vruchtgebruik; zie de hiernavermelde clausules), zodat de erfgenamen van de eerststervende geen aanspraken kunnen laten gelden tegenover de langstlevende der concubanten. Bovendien zijn er een aantal belangrijke fiscale voordelen (zie verder in dit artikel).

Het begrip tontine kent aldus een ware heropstanding.

Het is bovendien zodanig ingeburgerd, onder meer via de informatie verspreid door de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen en door de media,³ alsook door de ruime belangstelling van de rechtsleer (zie voetnoot 1), dat geen enkele jurist het zich nog kan veroorloven hieromtrent onwetend te zijn!

5. De meest gebruikte tontinebedingen zijn in de rechtsleer bekend als de «clausule Defrénois»⁴ en de «clausule Raucent».

Het onderscheid tussen beide clausules bestaat erin dat de «clausule Defrénois» betrekking heeft op de volle eigendom, terwijl de «clausule Raucent» slechts uitwerking heeft wat het vruchtgebruik betreft.

De «clausule Defrénois» kan als volgt worden weergegeven: *«De verkoper verklaart te verkopen aan de kopers, die aanvaarden, ieder onder de opschortende voorwaarde van overleving en onder de ontbindende voorwaarde van vooroverlijden, zodat de langstlevende der kopers geacht moet worden steeds eigenaar te zijn geweest en de eerststervende der kopers geacht moet worden nooit eigenaar te zijn geweest.»*

In de praktijk stelt men vast dat deze clausule soms wordt aangevuld met de bewoordingen dat de kopers *elk voor de onverdeelde helft* aanvaarden, hetgeen wellicht meer met de werkelijkheid overeenstemt.

De «clausule Raucent» wordt door zijn ontwerper⁵ als volgt verwoord: *«Elk der echtgenoten verkrijgt van de verkoper een onverdeelde helft van het goed, en bovendien, op voorwaarde van zijn overleving, het vruchtgebruik van de andere helft verkocht aan zijn partner, die er slechts het genot van krijgt onder de ontbindende voorwaarde van zijn vooroverlijden, zodat de erfgenamen van de eerststervende slechts het genot zullen verkrijgen van hun helft op het ogenblik van het overlijden van de langstlevende der kopers.»*

Deze clausule is oorspronkelijk voorgesteld in de verhouding tussen echtgenoten, maar kan uiteraard ook worden gebruikt tussen concubanten, broers en zusters, of andere personen. De woorden «echtgenoten» worden dan gewoon vervangen door de woorden «deelgenoten».

6. Een beding dat ook een ruime bekendheid heeft verworven is de «clausule Istas» (naar de naam van de Antwerpse notaris die ze heeft bedacht), en kan als volgt worden verwoord:

«De verkoper verkoopt aan koper A, die aanvaardt, een onverdeelde helft (A) in blote eigendom, alsook het vruchtgebruik op de andere helft (B).

«De verkoper verkoopt aan koper B, die aanvaardt, een onverdeelde helft (B) in blote eigendom, alsook het vruchtgebruik op de andere helft (A).

«Bij het overlijden van koper A houdt diens vruchtgebruik op, waardoor koper B het vruchtgebruik op het hele goed verkrijgt, zijn hele leven lang. Hetzelfde geldt voor koper B, bij vooroverlijden van koper A.

«Bij het overlijden van de beide kopers zijn hun respectievelijke erfgenamen eigenaars van de helft van hun respectievelijke rechtsvoorganger.»

Over de rechtsgeldigheid van deze clausule, ook bekend als de «gekruste aankoop», worden in de rechtsleer bepaalde vraagtekens geplaatst.⁶ Ook zijn er mogelijke negatieve fiscale implicaties (zie hierna). Deze twee factoren maken dat de «clausule Istas» in de praktijk veel minder wordt gebruikt dan de «clausule Defrénois» en de «clausule Raucent».

De «clausule Istas» is alleen denkbaar wanneer men aanvaardt dat, indien iemand een helft in blote eigendom koopt en de andere helft in vruchtgebruik, er geen vermenging van rechtswege optreedt tussen beide rechten. Deze vermenging zou immers tot gevolg hebben dat de koper gewoon de helft in volle eigendom bezit. Het Comité voor Studie en Wetgeving van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen is van oordeel dat deze vermenging niet optreedt, waardoor de «clausule Istas» dus rechtsgeldig gebruikt zou kunnen worden.⁷ De Franse rechtsleer is de tegenovergestelde mening toegedaan.⁸

De zienswijze van het Comité voor Studie en Wetgeving kan worden gedeeld, althans indien de verkrijging geen gemeenschapsgoederen van echtgenoten tot voorwerp heeft.⁹

7. Er moet worden opgemerkt dat de tontinebedingen zich niet noodzakelijk beperken tot een verkoop, doch dat dit wel hun meest gebruikelijke toepassing is. Zo is het denkbaar dat ook schenkingen plaatsvinden met een beding van tontine. Maar ook op andere rechtsfiguren (ruil, verhuur, leasing, enz.) zouden bedingen van tontine kunnen worden toegepast, rekening houdende met de specifieke karakteristieken van de betrokken rechtshandeling. In de bestaande rechtsleer werden evenwel alleen toepassingen gevonden van de verkoop en de schenking.

Voor de duidelijkheid zal de verdere bespreking van de tontine (alsook de bespreking van het beding van aanwas, hierna) beperkt worden tot het kader van een *verkoop* van onroerende goederen. Dit sluit, zoals gezegd, andere mogelijke toepassingen niet uit (waarbij de terminologie eventueel moet worden aangepast). De aandachtige lezer zal hier rekening mee houden.

⁶ JUNGERS-POIRE, D. en CULOT, A., «La tontine en droit fiscal», *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 24.051, 22; RASSON, G., «Tontine - aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 318, met verwijzingen.

⁷ *Verslagen C.S.W.*, 1980, 362.

⁸ PACAUD, B. en PUJOL, F., «La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées: analyse fiscale», *Rép. Defrénois*, 1991, (641), 654-655.

⁹ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Kluwer, 1991, nr. 602/2.

³ Zie onder meer: *De Standaard*, 9 januari 1992: «Tontine en andere kansspelen» (fiscale kroniek); «Acquisitions immobilières: la tontine», informatie verspreid door de 'Conseil Régional Francophone' van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (december 1992); alsook de bronnen aangehaald door RASSON, G., in zijn artikel «Tontine - aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 288, voetnoot 1.

⁴ Ook bekend onder de benaming «clausule Savatier».

⁵ RAUCENT, L., «La clause d'attribution de l'usufruit au survivant des époux», *Rev. Not. B.*, 1971, 363.

B. De essentiële kenmerken van tontine

8. De essentiële kenmerken van een beding van tontine zijn:

a) een overeenkomst;
b) waarbij twee of meer personen samen bepaalde goederen verwerven (meestal via aankoop, doch dit kan ook via schenking of op een andere wijze) of bepaalde rechten verwerven op deze goederen (zoals het recht van vruchtgebruik, het recht van bewoning, maar ook bijvoorbeeld het recht op huur of gebruik); en

c) waarbij de langstlevende uiteindelijk eigenaar of houder van andere rechten (zie hiervoor) wordt van het geheel van het geheel van deze goederen,¹⁰

d) met dien verstande dat beide partijen gelijke kansen moeten hebben om de goederen uiteindelijk te verkrijgen (waarbij eventuele ongelijkheden dienen te worden gecompenseerd, bv. door betaling van een hoger aandeel in de prijs door degene die het meeste kansen maakt om het langst te leven.)^{11, 12}

9. Een analyse van de vooropgestelde tontinebedingen levert de volgende vaststellingen op.

a) De kopers putten hun rechten rechtstreeks uit de overeenkomst met de verkoper, die aldus een onlosmakelijke schakel vormt in het beding van tontine.

¹⁰ Vergelijkbare definities worden gegeven door BOUCKAERT («Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 572), DE PAGE, (*Traité élémentaire de droit civil belge*, deel V, nr. 354, Brussel, Bruylant, 1941) en JEANMART («Le concubinage» in *Rép. Not.*, deel XV, boek VI, nr. 98-2).

¹¹ Over de verschillende procédés om de gelijkheid tussen deelgenoten te herstellen, met concrete voorbeelden (berekeningen), zie GRÉGOIRE, M., «Aspects économiques de la tontine», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 264 e.v.

CASMAN (*Notarieel Familierecht*, Mys & Breesch, Gent, 1991, 186) maakt in dit verband melding van een mogelijke verwijzing naar een onderliggende natuurlijke verplichting tussen de concubanten om voor de langstlevende onder hen zorg te dragen, met omzetting van deze natuurlijke verplichting in een burgerrechtelijke verbintenis waarvan het bezwarend karakter – volgens deze auteur – moeilijk te betwisten zal zijn.

Dit spoor, dat ook terug te vinden is in de Nederlandse rechtsleer (COHEN HENDRIQUEZ, E. en MOLTMAKER, J.K., *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, Preadvies voor de jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap 1977, Kluwer, Deventer, 1977, 111), kan interessante perspectieven bieden.

¹² Zie in dat verband ook de rechtsleer aangehaald door RASSON, G., «Tontine - aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 288, voetnoot nr. 2. Men kan evenwel de vraag stellen of dit laatste element essentieel is voor de tontine, hetgeen geen uitgemaakte zaak lijkt te zijn. Bij ongelijkheid van kansen (die niet wordt hersteld, door bijvoorbeeld de jongste deelgenoot een groter deel in de prijs te laten betalen) bestaat natuurlijk wel het risico dat de operatie wordt gekwalificeerd als een schenking, met alle gevolgen van dien (zie hierna onder C). Ze zal bovendien gemakkelijker kunnen worden vernietigd voor zover kan worden aangetoond dat een der determinerende beweegredenen van deze schenking ligt in het laten ontstaan, het in stand houden of vergoeden van ongeoorloofde betrekkingen (PINTENS, W., «Vrijgevigheden tussen concubanten», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 195, met verwijzing naar een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 13 maart 1973 in dit verband).

Dit houdt in dat een beding van tontine nooit tot stand kan komen zonder tussenkomst van de verkoper, en dat deze laatste in principe ook zal moeten optreden bij eventuele wijzigingen van dit beding of bij de opheffing ervan vóór de vervulling van de opschortende en de ontbindende voorwaarde.¹³ Het beding van tontine is immers een modaliteit van de verkoop als dusdanig, en geen loutere afspraak tussen de kopers.

Meteen blijkt hoe fictief deze constructie wel is. Wat kan het de verkoper baten of schaden dat de langstlevende der kopers uiteindelijk geacht wordt *ab initio* eigenaar te zijn geweest van het geheel? Als de prijs betaald werd en de koper alle overige verbintenissen die uit de koop voortspuiten (eventuele lasten of andere verplichtingen die zouden zijn opgelegd) heeft uitgevoerd, heeft de verkoper, in principe, niets meer te maken met een constructie die privé-aangelegenheden regelt tussen de kopers onderling. De rechtsleer bekritiseert dan ook terecht dit fictief karakter.¹⁴

Wat een latere tussenkomst van de verkoper bij de opheffing of bij de wijziging van het tontinebeding betreft zou men evenwel de bedenking kunnen formuleren dat deze tussenkomst niet vereist is indien de verkoper dit beding niet *expressis verbis* heeft opgelegd als een voorwaarde van de verkoop, aangezien het beding *de facto* van de kopers uitgaat. Dit zou in de meeste gevallen de tussenkomst van de verkoper overbodig maken. Om elke betwisting te vermijden bepalen sommige akten dat de verkoper een onherroepelijke volmacht geeft aan de kopers om latere wijzigingen of een opheffing van het tontinebeding mogelijk te maken.

b) De rechten van de kopers zijn *pendente conditione* niet duidelijk bepaald. Bij de zuivere «clausule Defrénois» (zoals hiervoor weergegeven, en waarbij derhalve niet wordt bedongen dat de kopers elk voor de onverdeelde helft aankopen) kan men zich immers afvragen welke rechten de kopers tijdens hun leven kunnen laten gelden op de goederen, voorwerp van het beding van tontine.

Doordat elke koper riskeert nooit als eigenaar te worden gekwalificeerd, lijkt dit probleem onoplosbaar; elkeen heeft tot aan het overlijden van de eerststervende slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht! Verderop in deze bijdrage zal eveneens dieper worden ingegaan op deze problematiek, met een proeve van oplossing.

c) Wat gebeurt er indien beide kopers gelijktijdig overlijden? Sommigen menen dat de verkoper hierdoor weer eigenaar wordt van de verkochte zaak, daar geen der ontbindende en opschortende voorwaarden van het tontinebeding vervuld zijn.¹⁵ Deze mening is reine onzin indien het niet de verkoper was die het beding heeft opgelegd. In de praktijk is dit evenwel niet steeds duidelijk aanwijsbaar.

Een auteur tracht dit probleem op te lossen door toepassing te maken van art. 1172 B.W., waardoor de tontine nietig

¹³ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Kluwer, 1991, nr. 598/4 in fine; Administratieve beslissing van 14 december 1992, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1993, nr. 24.238.

¹⁴ RASSON, G., «Tontine - aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 291, en de in voetnoot 4 van voormelde bijdrage aangehaalde rechtsleer.

¹⁵ CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Mys & Breesch, Gent, 1991, nr. 517, hierna gevolgd door DEBOUCHE, J.-M., «Synthèse des connaissances actuelles en matière de tontine», *Rev. Not. B.*, 1995, 141.

zou zijn in een dergelijke (onwaarschijnlijke) hypothese.¹⁶ Dit is een interessant en aanvaardbaar denkspoor. Door een gelijktijdig overlijden van beide deelgenoten zouden hun respectievelijke erfenamen derhalve elk de helft van de goederen erven, iets wat niet alleen billijker en logischer lijkt maar bovendien meer aan de wil der partijen beantwoordt dan wanneer de goederen terug naar de verkoper zouden gaan.

Indien de toepassing van art. 1172 B.W. niet het gewenste resultaat zou opleveren, kan een beroep op de artikelen 1156, 1157, 1158 en 1175 B.W. alsook, subsidiair de theorie van de verrijking zonder oorzaak, overwogen worden om te vermijden dat de verkoper (of diens rechtsopvolgers) opnieuw eigenaar zou worden van het goed dat hij reeds heeft verkocht.

d) De goederen die het voorwerp uitmaken van een tontinebeding vallen niet in de nalatenschap van de eerststervende, maar worden, door de werking der opschortende en ontbindende voorwaarden, geacht steeds aan de langstlevende te hebben toebehoord. Hierdoor wordt het wettelijk erfrecht, op een door rechtspraak en rechtsleer aanvaarde wijze, buitenspel gezet.

Dit zou tot het onbillijke resultaat kunnen leiden dat de langstlevende der deelgenoten niet gehouden is om het aandeel van de eerststervende in nog lopende hypothecaire leningen (die niet zouden worden aangezuiverd door een schuldsaldoverzekering) verder af te betalen! In de praktijk zal dit probleem zich weinig of niet voordoen, te meer daar de deelgenoten bijna steeds hoofdelijk en ondeelbaar gehouden zijn tegenover de bank die hun een hypothecair krediet heeft verstrekt. Toch is het raadzaam deze hypothese in het tontinebeding te voorzien door voormelde aflossingen ten laste van de langstlevende deelgenoot te leggen.

Wegens het feit dat de deelgenoten via de tontine het wettelijk erfrecht kunnen uitschakelen wordt in de notariële praktijk vaak geadviseerd om in geval van aanwezigheid van afstammelingen de tontine tot het vruchtgebruik te beperken. Dit komt, praktisch gezien, neer op een uitgesteld erfrecht voor de afstammelingen der deelgenoten: zij zullen immers, bij een tontine in vruchtgebruik, erven bij het overlijden van de langstlevende der deelgenoten.

C. De tontine en het verbod van art. 1130 B.W.

10. Art. 1130 B.W. houdt het verbod in van overeenkomsten over niet-opengevallen nalatenschappen. De wetgever heeft hierdoor willen beletten dat iemand reeds over zijn nalatenschap zou beschikken tijdens zijn leven, en hierdoor, onder meer, afbreuk zou doen aan het wettelijk erfrecht.¹⁷

De rechtsleer heeft zich de vraag gesteld of een beding van tontine niet in strijd is met art. 1130 B.W., aangezien men het lot van bepaalde goederen koppelt aan het overleven of overlijden van een der deelgenoten.

¹⁶ BLONTROCK, F., «Tontine vesus huwelijk», *T. Not.*, 1994, 220.

¹⁷ Zie in dit verband de uitstekende bijdrage van LELEU, Y.-H., «Les pactes successoraux en droit comparé», in *De internationale contractuele relaties – De rol van de notaris*, Notarieel Congres Tongeren, Maklu, 1995, (545), 589 e.v., alsook het artikel van VERSTRAETE, J., «Overeenkomsten over niet-opengevallen nalatenschappen», *T. Not.*, 1991, 243 e.v.

Volgens een vaste cassatierechtspraak¹⁸ is dit niet het geval. Ook het Franse Hof van Cassatie, dat nochtans veel strenger is wat betreft de beoordeling van bedingen over niet-opengevallen nalatenschappen (zie hierna), is van oordeel dat het tontinebeding niet strijdig is met het verbod.¹⁹

Dat is logisch: door de werking der opschortende en ontbindende voorwaarden worden de goederen, voorwerp van het tontinebeding, geacht *ab initio* te hebben toebehoord aan de langstlevende, en wordt de eerststervende geacht er nooit eigenaar van te zijn geweest. Ze komen dan ook niet voor in zijn nalatenschap, en kunnen derhalve geen inbreuk op art. 1130 B.W. inhouden.

De moderne rechtsleer is dan ook unaniem: tontinebedingen zijn geen verboden overeenkomsten over niet-opengevallen nalatenschappen.²⁰

11. Men kan terecht de vraag stellen of het feit dat er een ongelijkheid van kansen is tussen de deelgenoten om het goed uiteindelijk te verkrijgen (bv. groot leeftijdsverschil, zware ziekte van een der deelgenoten, ...) met zich meebrengt dat de tontine automatisch dient te worden gekwalificeerd als een verboden overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap.

Indien deze ongelijkheid wordt gecompenseerd doordat degene die het meeste kansen had om het goed uiteindelijk te verkrijgen bijvoorbeeld een groter aandeel in de prijs heeft betaald, is er geen probleem. Maar in het tegenovergestelde geval lijkt dit niet het geval te zijn: door het spel van de opschortende en ontbindende voorwaarden vallen de goederen gewoonweg niet in de nalatenschap. Wel bestaat het risico dat de operatie wordt geherkwalificeerd als een schenking, met alle gevolgen vandie. Zo zijn schenkingen tussen echtgenoten *ad nutum* herroepbaar, en kunnen erfenamen inkorting (reservatairen) of inbreng (niet-reservatair-

¹⁸ Cass., 3 mei 1880, *Pas.*, 1880, 170, *Rev. prat. not. belge*, 1880, 630; Cass., 16 oktober 1959, *R. W.*, 1959-60, 1493; Cass., 10 november 1960, *Pas.*, 1961, I, 259, *R. C. J. B.*, 1961, 5, noot RENAULD, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1962, nr. 20.520; Cass., 11 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 996, *Pas.*, 1980, 991, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, nr. 22.824; Cass., 9 maart 1989, *R. W.*, 1989-90, 1118, noot. Inzake vennootschapscontracten: Cass., 30 december 1880, *Pas.*, 1881, 34, *Rev. prat. not. belge*, 1881, 180.

¹⁹ Franse cassatierechtspraak aangehaald in LELEU, Y.-H., «Les pactes successoraux en droit comparé», in *De internationale contractuele relaties – De rol van de notaris*, Notarieel Congres Tongeren, Maklu, 1995, (545), 597, voetnoot 193, met tevens verwijzingen naar Nederlandse en Luxemburgse rechtspraak en rechtsleer.

²⁰ COPPENS, N., «Tontine et pacte sur succession future», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 246; DU FAUX, A., «Tontine, een onduidelijk begrip», *T. Not.*, 1994, 453; JEANMART, N., «Le concubinage», in *Rép. Not.*, deel XV, boek 6, nr. 98-3; PINTENS, W., «Vrijgevheden tussen concubanten», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 197, nr. 326; RASSON, G., «Tontine – aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 293; SENAËVE, P., «Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Kluwer, 1990, 441; TAYMANS, J.-F., «Le sort de l'immeuble acquis en commun dans le cadre d'une union libre», in *L'Union Libre*, Brussel, Bruylant, 1992, 189; VERSTRAETE, J., «Overeenkomsten over nietopengevallen nalatenschappen», *T. Not.*, 1990, 250; WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Kluwer, 1991, nr. 598, p. 534; WEYTS, L., «Met z'n tweeën», in *Eigenaar worden van een woning*, Notariële dagen Houffalize, Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (red.), 1987, 78.

ren) vorderen, afgezien nog van de rechten die de schuldeisers bezitten om de nietigverklaring van het tontinebeding te vorderen indien dit tot stand is gebracht met bedrieglijke benadeling van hun rechten (bijvoorbeeld bij een manifeste ongelijkheid van kansen, die niet op een of andere wijze wordt gecompenseerd).

Een recent arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen heeft zich hier zeer welwillend opgesteld, door te oordelen dat een leeftijdsverschil van ruim twintig jaar niet van dien aard is dat de gelijkheid van kansen tenietgedaan wordt!²¹ Voorzichtigheid is echter geboden, daar er buiten voormeld arrest geen andere rechtspraak daarover bekend is.

D. Tontine, onverdeeldheid en uitoonverdeeldheidstreding

12. Een van de meest klemmende vragen die rijzen bij een beding van tontine is of er tussen de deelgenoten een onverdeeldheid bestaat.

Een bijkomende vraag, die daarbij slechts aan de orde kan komen indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, betreft de mogelijkheid om de uitoonverdeeldheidstreding te vorderen (met toepassing van art. 815 B.W.): kunnen de deelgenoten en, eventueel, de schuldeisers, een dergelijke vordering instellen?

Deze vragen zijn het voorwerp van een controverse.

Hierna volgen de voornaamste strekkingen.

13. Een gedeelte van de rechtsleer is van oordeel dat er van enige onverdeeldheid geen sprake kan zijn, nu de deelgenoten slechts voorwaardelijke rechten hebben op de goederen die het voorwerp uitmaken van het tontinebeding, en er bovendien geen onverdeeldheid kan bestaan tussen een eigenaar onder opschortende voorwaarde en een eigenaar onder ontbindende voorwaarde.²²

Het Franse Hof van Cassatie volgt die stelling.²³

²¹ Antwerpen, 10 februari 1988, *Rev. Not. B.*, 1988, 436, *T. Not.*, 1989, 320.

²² DAGOT, M., «L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs», *J.C.P.*, 1972, I, nr. 2442; LEDOUX, J.-L., «Saisie immobilière des biens appartenant à un couple», *Rev. Not. B.*, 1994, 116; SENAËVE, P., «Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Kluwer, 1990, 441; TAYMANS, J.-F., GAHYLLE, G. en DE PAOLI-CLAUDE, D., «Le statut des biens acquis par deux concubins», *Rev. Not. B.*, 1985, 348; WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», *T.R.V.*, 1991, 251.

DE WULF («Erfenissen, schenkingen en testamenten, bedingen van tontine en aanwas», in *Notariële Actualiteit*, deel 2, *Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Studiedag Familierecht en familiaal vermogensrecht Gent, 8 juni 1991, Die Keure, 114) spreekt zich niet duidelijk uit over het al dan niet bestaan van een onverdeeldheid, maar stelt wel in duidelijke bewoordingen dat de tontine slechts kan worden beëindigd in gemeen overleg en dat het aandeel van de deelgenoten *pendente conditione* niet vatbaar is voor beslag door de schuldeisers van de deelgenoten.

LEDoux stelt daarbij wel voorop dat een ongebreidelde toepassing van die principes op een zeker moment zou kunnen noodzaken tot een wetgevend ingrijpen, om te vermijden dat de rechtmatige belangen van de schuldeisers worden geschaad.

²³ Cass. fr., ch. mixte, 27 november 1970, *D.*, 1971, 81, concl. LINDON, R., *J.C.P.*, 1971, II, 16.823, noot BLIN, H., *Rec. Gén. Lois*, 1971 145, noot NERSON, R., *Rép. Gén. Not.*, 1971, p. 95, art. 29.786, concl. LINDON, R., noot MORIN, G., *Rev. Not. B.*, 1972, 514, concl. LINDON, R.; Cass. fr., 27 mei 1986, *D.*, 1987, 139, noot MORIN, G., *J.C.P.*, 1987, II,

Het logische gevolg ervan is dat de uitoonverdeeldheidstreding niet kan worden gevorderd, noch door de deelgenoten, noch door de schuldeisers, die aldus de vervulling van de opschortende en ontbindende voorwaarden moeten afwachten en inmiddels slechts bewarende maatregelen kunnen nemen (met toepassing van art. 1180 B.W.).

Een recent, en trouwens het enige bekende Belgische vonnis in dezen stelt dat deelgenoten geen uitoonverdeeldheidstreding kunnen vorderen, zelfs niet indien de tontine beperkt is tot het vruchtgebruik.²⁴

14. Door een andere strekking wordt verdedigd dat er wel degelijk een onverdeeldheid bestaat, maar dat de deelgenoten de uitoonverdeeldheidstreding niet kunnen vorderen omdat zij al over hun rechten hebben beschikt in elkaars voordeel.²⁵

15. Ten slotte is er de stelling dat de deelgenoten in onverdeeldheid zijn, hetgeen de schuldeisers de mogelijkheid moet bieden om beslag te leggen op het aandeel van een der deelgenoten en om, met toepassing van art. 1561 Ger. W., de uitoonverdeeldheidstreding te vorderen.²⁶

De mogelijkheid van de deelgenoten om *pendente conditione* de uitoonverdeeldheidstreding te vorderen wordt slechts door een minderheid bevestigend beantwoord.²⁷

16. Aan welke van die strekkingen moet nu de voorkeur worden gegeven?

Op de eerste vraag, namelijk of er al dan niet sprake is van onverdeeldheid, kan het antwoord alleen maar bevestigend zijn.

Er is sprake van medeëigendom indien en zodra het eigendomsrecht tussen verschillende personen (medeëigenaars) wordt opgedeeld. Het goed blijft daarbij materieel intact; het blijft één, dus in staat van onverdeeldheid.

In ons rechtstelsel staan medeëigendom en onverdeeldheid voor dezelfde toestand, maar beschrijven ze de zaken vanuit een andere hoek:

- medeëigendom slaat op de opdeling van het eigendomsrecht in verschillende abstracte delen, terwijl
- onverdeeldheid verwijst naar de eenheid die het voorwerp van het eigendomsrecht heeft bewaard.²⁸

In de rechtsleer wordt daarbij terloops opgemerkt dat, indien men stelt dat er geen onverdeeldheid bestaat, men hieruit moet afleiden dat het goed, voorwerp van het tontinebeding, *pendente conditione* geen meester heeft, waardoor het

20.763, noot DAGOT, M., *Rép. Defrénois*, 1987, I, art. 33.888, noot MORIN, G. Het Hof stelt daarbij (zonder meer) dat men een uitzondering moet maken wat het genot betreft.

²⁴ Rb. Nijvel, 31 mei 1994, *Rev. Not. B.*, 1994, 536. In dezelfde zin: Rb. Parijs, 17 september 1990, *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 24.081.

²⁵ CASMAN, H., «Conventions entre titulaires de droits réels», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 235; DEBOUCHE, J.-M., «Synthèse des connaissances actuelles en matière de tontine», *Rev. Not. B.*, 1995, 145; PINTENS, W., «Vrijgevigheid tussen concubanten», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 199.

²⁶ BOUCKAERT, F., «Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 577; DIRIX, E., «Vermogensrechtelijke aspecten van het concubinaat», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 218-220, nr. 353; RASSON, G., «Tontine – aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 313.

²⁷ PIRSON en LECHIEU, *La copropriété*, Bruylant, Brussel, 1985, 228-253.

²⁸ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel V, nr. 1136 B, Brussel, Bruylant, 1975.

automatisch eigendom zou zijn van de Staat.²⁹ Dit kan toch niet de bedoeling zijn!

Bovendien is het aantal zakelijke rechten beperkt door de wet; men kan door het beding van tontine geen zakelijke rechten *sui generis* creëren. Het is namelijk zo dat er in de toekomst ooit een moment zal komen waarop een der deelgenoten geacht moet worden nooit eigenaar te zijn geweest en de andere deelgenoot geacht moet worden steeds eigenaar te zijn geweest, maar dit belet niet dat er inmiddels een hele periode is verstreken waarbinnen de deelgenoten juridisch hebben samengeleefd en, met andere woorden, medeëigenaars, en dus in onverdeeldheid, zijn geweest.

17. De tweede vraag, namelijk de mogelijkheid van een uitonverdeeldheidstreding *pendente conditione*, is veel delicaat.

Zo al algemeen wordt aanvaard dat de deelgenoten in gemeen overleg uit onverdeeldheid kunnen treden, en daarbij het goed, voorwerp van het tontinebeding, bijvoorbeeld aan een der deelgenoten kunnen toebedelen,³⁰ dan kan – volgens een vrijwel unanieme rechtsleer – aan elk der deelgenoten afzonderlijk niet het recht worden toegekend om de uitonverdeeldheidstreding te vorderen.

Indien men art. 815 B.W. toch van toepassing zou verklaren op het tontinebeding, zou dit beding daardoor automatisch verworven tot een verboden beding over een niet-opengevallen nalatenschap.³¹ Het tontinebeding zou dan immers betrekking hebben op louter eventuele rechten, aangezien elk der deelgenoten zou kunnen uitmaken of het al dan niet uitwerking kan krijgen.

Een ander argument tegen de mogelijkheid der deelgenoten om de uitonverdeeldheidstreding te vorderen, vloeit voort uit de aard van het tontinebeding zelf. Hierdoor wordt een bepaald goed immers voorbestemd om, op een gegeven ogenblik, toe te behoren aan een der deelgenoten (die dan bovendien geacht moet worden er steeds eigenaar van te zijn geweest). In de praktijk past dit meestal in een tweerelatie (al dan niet binnen het huwelijk), waarbij de partners elkaars toekomst willen veilig stellen. Het gaat hier om het typische voorbeeld van een *doelvermogen*. Dit begrip heeft reeds geruime tijd burgerrecht verworven in ons recht; het houdt in dat het vermogen als dusdanig wordt losgeweekt van het persoonsbegrip enerzijds, en van het begrip subjectief recht anderzijds.

derzijds.³² Zodoende krijgt het een zelfstandige inhoud, die het de deelgenoten onmogelijk maakt er eenzijdig afstand van te doen *pendente conditione*, en dus, in casu, de uitonverdeeldheidstreding te vorderen.

18. Rest dan de vraag naar de mogelijkheid van de schuldeisers der deelgenoten om de uitonverdeeldheidstreding te vorderen.³³

Voor de schuldeisers van een der deelgenoten is deze vraag van groot belang. Indien zij immers beslag willen leggen op een goed dat het voorwerp uitmaakt van een tontinebeding en indien zij daarbij slechts een titel bezitten tegen één der deelgenoten, dan zullen zij, met toepassing van art. 1561 Ger. W., eerst de uitonverdeeldheidstreding moeten vorderen van het goed, voorwerp van het tontinebeding, alvorens het beslag te kunnen voortzetten.

Indien men van oordeel is dat er geen onverdeeldheid bestaat tussen de deelgenoten, vloeit hieruit voort dat ook schuldeisers de uitonverdeeldheidstreding niet kunnen vorderen (zie hiervoor). Zij zullen zich tevreden moeten stellen met bewarende maatregelen (art. 1180 B.W.), in de hoop dat hun schuldenaar ooit het volledige eigendomsrecht zal verkrijgen.

Die opvatting kan niet worden gedeeld, aangezien ze de rechten der schuldeisers volledig uitholt en afbreuk doet aan de meest fundamentele principes van ons rechtstelsel.

Hoewel het voor de deelgenoten, om redenen die hiervoor werden uiteengezet, niet mogelijk is om de uitonverdeeldheidstreding te vorderen, kan dit recht toch niet worden ontzegd aan schuldeisers, aan wie het *doelvermogen* dat *inter partes* door de tontine is gecreëerd niet tegengeworpen kan worden.

Voor de schuldeisers blijft art. 1561 Ger. W. derhalve onverkort van kracht indien zij wensen over te gaan tot de uitwinning van de goederen jegens één der deelgenoten, behoudens de eventuele toepassing van art. 815, tweede lid, B.W.³⁴

Er anders over oordelen zou bovendien afbreuk doen aan de artikelen 7 en volgende van de Hypotheekwet, die van openbare orde zijn.³⁵ Er kan immers alleen rekening worden gehouden met wettelijke uitzonderingen inzake vatbaarheid voor beslag.

Gelet op de controverse in de rechtsleer en het ontbreken van rechtspraak in België is het dan ook aan te raden om, indien het tontinebeding niet in de tijd wordt beperkt, dit beding aan te vullen met de bepaling dat, in geval van beslag,

²⁹ JEANMART, M., «Le concubinage», in *Rép. Not.*, deel XV, boek 6, nr. 98-5.

³⁰ BLONTRUCK, F., «Tontine versus huwelijk», *T. Not.*, 1994, 220-221; BOUCKAERT, F., «Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 578; VAN MELKEBEKE, P., «Uit de notariële praktijk: tontine», *Notarius*, 1994/5, 22; DE WULF, C., «Bedingen van aanwas en tontine», in *Notariële Actualiteit*, deel 2, Die Keure, Brugge, 1991, 114; KAISIN, B. en WILMUS, M., «Le statut du bien acquis en indivision par deux concubins», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Academia & Bruylant, 1992, 231; RASSON, G., «Tontine – aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 310. Fiscaal gezien wordt de uitonverdeeldheidstreding met toebedeling van het (onroerend) goed aan een der deelgenoten aangemerkt als een – fiscaal voordelige – verdeling (artt. 109 e.v. Registratiewetboek; JUNGERSPOIRE, D. en CULOT, A., «La tontine en droit fiscal», *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 24.051).

³¹ JEANMART, M., «Le concubinage», in *Rép. Not.*, deel XV, boek 6, nr. 98-7.

³² VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht*. Algemeen Deel, Story-Scientia, 1987, nr. 88.

³³ Deze vraag zal in vele gevallen geen enkel belang hebben, vooral niet in de huidige notariële praktijk waarbij twee of meer personen samen een onroerend goed aankopen dat wordt gefinancierd door een hypothecair krediet, en waarbij de deelgenoten het aangekochte goed (in zijn geheel) in hypotheek geven tot zekerheid van hun verbintenissen tegenover de bank. Indien het misloopt met de afbetaling van het hypothecair krediet, zal de bank beslag kunnen leggen op het (gehele) goed ten laste van alle deelgenoten, zonder eerst de uitonverdeeldheidstreding te hoeven vorderen.

³⁴ BOUCKAERT, F., «Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 577; DIRIX, E., «Vermogensrechtelijke aspecten van het concubinaat», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 218-219, nr. 353.

³⁵ VERHEYDEN-JEANMART, N., «Les effets patrimoniaux de l'union libre et de sa rupture», in *L'Union Libre*, Brussel, Bruylant 1992, 133.

er automatisch een einde komt aan de tontine, waardoor de deelgenoten zich terug in een «gewone» onverdeeldheid bevinden.

E. Tontine tussen echtgenoten

19. Hoewel de tontine meestal wordt gebruikt bij aankoop door concubanten, kan dit beding in bepaalde gevallen ook interessante toepassingen opleveren tussen echtgenoten.³⁶

In de rechtsleer wordt evenwel gesteld de tontine slechts nuttig gebruikt kan worden door:

- echtgenoten die gehuwd zijn onder een stelsel van scheiding van goederen; en door
- echtgenoten die gehuwd zijn onder een gemeenschapsstelsel bij wederbelegging van eigen gelden.

Het gebruik van de tontine in een gemeenschapsstelsel (buiten de hypothese van de wederbelegging van eigen gelden) moet worden uitgesloten, aangezien dit ertoe zou leiden dat de goederen, bij het overlijden van de eerststervende, moeten worden geacht retroactief aan de langstlevende en dus nooit aan de huwelijksgemeenschap te hebben toebehoord, hetgeen een retroactieve ontbinding van deze gemeenschap zou inhouden. Dit impliceert een schending van de dwingende regels in verband met de ontbinding en vereffening van het gemeenschappelijk vermogen.³⁷

20. Wat zijn nu de mogelijke argumenten om tussen echtgenoten te opteren voor de tontine?

Door de werking van de opschortende en ontbindende voorwaarden komen de goederen, voorwerp van het tontinebeding, niet in de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot terecht, en zullen de erfgenamen derhalve ook geen inbreng of inkorting kunnen vorderen. Ook wordt het hun onmogelijk gemaakt de omzetting van het vruchtgebruik te vorderen, hetgeen interessant kan zijn, bijvoorbeeld voor de vakantiewoning van het gezin die niet dezelfde bescherming geniet als de gezinswoning.

Bovendien is de bescherming die door de tontine wordt geboden aan de langstlevende echtgenoot, groter dan de bescherming die bij testament of schenking (buiten huwelijkscontract) kan worden geboden, aangezien de (niet in de tijd beperkte) tontine slechts kan worden gewijzigd of opgeheven met wederzijdse instemming van beide echtgenoten, terwijl een testament of schenking (buiten huwelijkscontract) *ad nutum* wijzigbaar respectievelijk herroepbaar is. De tontine doorstaat zelfs een eventuele echtscheiding tussen echtgenoten, tenzij dezen er, in gemeen overleg, een einde aan maken!

Voor echtgenoten die gehuwd zijn onder een stelsel van scheiding van goederen, is de tontine een mogelijk alterna-

tief voor een toebedeling van de gemeenschap bij echtgenoten die zijn gehuwd onder een gemeenschapsstelsel.

Een en ander kan natuurlijk ook nadelig blijken te zijn, vooral bij echtscheiding, aangezien de vraag van een der echtgenoten om een beding van tontine te beëindigen door de andere echtgenoot als een pressiemiddel gebruikt zou kunnen worden om bepaalde eisen kracht bij te zetten.

Om dat te verhelpen kan het raadzaam zijn een niet in de tijd beperkt tontinebeding tussen echtgenoten aan te vullen met de bepaling dat, in geval van echtscheiding, er automatisch een einde komt aan de tontine, waardoor de echtgenoten zich terug in een «gewone» onverdeeldheid bevinden. Men mag hier natuurlijk niet te ver in gaan, door bijvoorbeeld te bepalen dat er een einde komt aan de tontine bij de inleiding van de eis tot echtscheiding, aangezien men hierdoor in het vaarwater van de verboden overeenkomsten over niet-opgevallen nalatenschappen zou komen.

21. Een tontinebeding dat is overeengekomen tussen concubanten die nadien met elkaar in het huwelijk treden, wordt niet automatisch beëindigd door dit huwelijk, tenzij zulks uitdrukkelijk is bepaald in het beding zelf.

Aangezien het, om voormelde redenen, in bepaalde gevallen nuttig kan zijn het tontinebeding ook tijdens het huwelijk te behouden, zal men er dan ook het best aan doen dit «verval bij huwelijk» niet automatisch in het tontinebeding op te nemen. Indien de echtgenoten toch zouden beslissen het beding te handhaven, zou deze clausule hen dit immers beletten. Omgekeerd kunnen echtgenoten, in hun huwelijkscontract of tijdens hun huwelijk, in gemeen overleg wel degelijk een einde maken aan een bestaand tontinebeding (met, eventueel, de tussenkomst van de verkoper; cf. supra). Indien dit niet gebeurde, zou de langstlevende echtgenoot, als laatste redmiddel, tegenover de administratie de stilzwijgende afstand kunnen invoeren; de administratie is evenwel niet verplicht gevolg te geven aan dit verzoek door het enkele feit van deze verklaring (zie ook de administratieve beslissing van 4 augustus 1995, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1996, nr. 24.558).

F. De beperking van de tontine in de tijd

22. Wegens de onmogelijkheid van uitonverdeeldheid-treding *pendente conditione* op verzoek van een der deelgenoten is het raadzaam het tontinebeding in de tijd te beperken.

Het idee van een beperking in de tijd is in de rechtsleer tot stand gekomen in het kader van het beding van aanwas, dat verderop in deze bijdrage zal worden besproken. In de voorgestelde modellen van het beding van aanwas worden een duur van vijf³⁸ respectievelijk drie jaar aanbevolen.³⁹

³⁸ CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Mys & Breesch, Gent, 1991, 523; CASMAN, H., «Conventions entre titulaires de droits actuels», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 236-237; CASMAN, H., «Overeenkomst na verkrijging», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 241.

³⁹ TAYMANS, J.F., «Le sort de l'immeuble acquis en commun dans le cadre d'une union libre», in *L'Union Libre*, Brussel, Bruylant, 1992, 194-195 en 203. Deze auteur stelt daarbij voor dat het beding automatisch wordt verlengd met opeenvolgende periodes van drie jaar indien op het einde van de lopende driejaarlijkse periode geen opzegging wordt betekend door een der deelgenoten.

³⁶ Voor een uitvoerige uiteenzetting daarover, zie BLONTRÖCK, F., «Tontine versus huwelijk», *T. Not.*, 1994, 194-222.

³⁷ BLONTRÖCK, F., «Tontine versus huwelijk», *T. Not.*, 1994, 210-211; BOUCKAERT, F., «Tontine, een rechtsfiguur uit grootvaders tijd», *T. Not.*, 1982, 244; BOUCKAERT, F., «Un procédé juridique oublié: la tontine», *Rev. Not. B.*, 1983, 578; RASSON, G., «Tontine – aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 300-301; WEYTS, L., «Met z'n tweeën», in *Eigenaar worden van een woning*, Notariële dagen Houffalize; Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (red.), 1987, 77 en 94; WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», *T.R.V.*, 1991, 251.

Er is evenwel geen objectieve reden om te stellen dat een dergelijke beperking in de tijd onmogelijk is bij tontine. Gelet op recente rechtspraak die de onmogelijkheid van de uit onverdeeldheidstreding bij tontine heeft bevestigd,⁴⁰ is een beperking in de tijd zelfs meer dan raadzaam.⁴¹

De tijdsbeperking mag er echter niet toe leiden dat elk der deelgenoten op elk ogenblik een einde mag maken aan het beding, daar anders de tontine zou neerkomen op het verlenen van louter eventuele rechten op goederen die deel kunnen uitmaken van een toekomstige nalatenschap, hetgeen ingevolge vaste cassatierechtspraak wordt bestempeld als een verboden overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap.⁴²

G. Fiscale aspecten van tontinebedingen

23. De onzekerheid inzake de fiscale gevolgen van tontinebedingen is weggenomen sinds de administratie enkele jaren geleden daarover een duidelijk standpunt heeft ingenomen,⁴³ hetgeen voor de praktijk een noodzaak was geworden.

In haar aanschrijving bespreekt de administratie alle mogelijke bedingen van tontine en aanwas en aanverwante fiscale problemen op een heldere wijze. Men verheuge zich!

Hierna worden de verschillende tontinebedingen besproken, die alle betrekking hebben op in België gelegen onroerende goederen.

24. Tontine in volle eigendom.

– Bij de aankoop door de deelgenoten wordt het evenredig verkooprecht (of schenkingsrecht, indien het een schenking aan de deelgenoten betreft) geheven op ieders aandeel, verwordt onder ontbindende voorwaarden, zonder rekening te houden met de opschortende voorwaarden (toepassing van art. 15 W. Reg.).

– Bij het overlijden van een der deelgenoten, waardoor de opschortende en de ontbindende voorwaarden zich realiseren, wordt het evenredig verkoop- of schenkingsrecht (naargelang het een verrichting onder bezwarende titel of niet betreft) geheven op het bijkomend gedeelte dat de overlevende verkrijgt van de verkoper ten gevolge van de verwezenlijking van de opschortende voorwaarde, volgens het tarief dat van toepassing was op het ogenblik van de akte van aankoop (of schenking) en op basis van de verkoopwaarde op het ogenblik van overlijden (toepassing van de artt. 13 en 16 W. Reg.); het evenredig recht dat bij de initiële overdracht werd gehe-

ven, wordt niet teruggegeven (toepassing van art. 208 W. Reg.).

25. Tontine in vruchtgebruik (overdracht niet beperkt tot het vruchtgebruik; gelet op de specifieke eigenschappen van de tontine, nl. het samenspel van de opschortende en de ontbindende voorwaarden, kan er in dit geval geen sprake zijn van een overdracht beperkt tot het vruchtgebruik):

– bij de aankoop door de deelgenoten wordt het evenredig verkooprecht (of schenkingsrecht, indien het een schenking aan de deelgenoten betreft) geheven op ieders aandeel, verworven onder ontbindende voorwaarde, zonder rekening te houden met de opschortende voorwaarden (toepassing van art. 15 W. Reg.);

– bij het overlijden van een der deelgenoten, waardoor de opschortende en de ontbindende voorwaarden in vervulling gaan, wordt het evenredig verkoop- of schenkingsrecht (naargelang het een verrichting onder bezwarende titel of om niet betreft) geheven op het bijkomend gedeelte in vruchtgebruik dat de overlevende verkrijgt van de verkoper ten gevolge van de verwezenlijking van de opschortende voorwaarde (toepassing van de artt. 13 en 16 W. Reg.); het evenredig recht dat bij de initiële overdracht werd geheven, wordt niet teruggegeven (toepassing van art. 208 W. Reg.).

26. De administratie stelt uitdrukkelijk dat de «clause Defrénois» moet worden gekwalificeerd als een tontine in volle eigendom, terwijl de «clause Raucourt» moet worden gekwalificeerd als een tontine in vruchtgebruik.

Inzake de «clause Istas» of de zogenaamde «gekruste aankoop» zal de administratie bij het overlijden van de vruchtgebruiker, en in de mate waarin alle voorwaarden zijn vervuld, het vermoeden van artikel 9 van het Wetboek der Successierechten toepassen. Indien het bij deze bepaling bedoelde bewijs niet wordt geleverd, zal de verkrijging van de helft in volle eigendom door de overlevende deelgenoot geacht worden door hem als legaat in de nalatenschap van de eerststervende verkrijger te zijn verkregen, althans zo de andere toepassingsgevallen van gezegd artikel zijn vervuld.⁴⁴ Omgekeerd betekent dit dat er geen enkele taxatie zal zijn indien elk der deelgenoten kan bewijzen dat hij/zij zijn/haar aandeel in de prijs zelf heeft betaald bij de aankoop.⁴⁵

Indien men het spel correct speelt, zullen er bij de «clause Istas» dus noch successierechten, noch registratierechten hoeven te worden betaald, en dat is toch wel zeer opmerkelijk!

27. Enkele bijkomende fiscale problemen.

a) De toepassing van verminderde tarieven bij aankoop (art. 53 tot 71 W. Reg.).

In principe dient de vermindering bij aankoop te worden toegepast indien de wettelijke voorwaarden zijn vervuld.

In de «clause Istas» wordt de toepassing van het verminderd aankooprecht evenwel beperkt tot de waarde van de blote eigendom.

b) De teruggave van registratierechten (art. 212 W. Reg.).

Er is geen mogelijkheid tot teruggave van registratierechten indien zou blijken dat een der deelgenoten binnen twee

⁴⁰ Rb. Nijvel, 31 mei 1994, *Rev. Not. B.*, 1994, 536.

⁴¹ DEBOUCHE, J.-M., «Synthèse des connaissances actuelles en matière de tontine», *Rev. Not. B.*, 1995, 138. Deze auteur stelt: «Après ce jugement, il n'est plus acceptable de conseiller une tontine non limitée dans le temps, sauf dans des cas très exceptionnels.»

⁴² Cass., 10 november 1960, *Pas.*, 1961, I, 259, *R.C.J.B.*, 1961, 5, noot RENAULD, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1962, nr. 20.520; Cass., 11 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 996, *Pas.*, 1980, I, 991; Cass., 9 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 118, *Rev. Not. B.*, 1989, 245.

⁴³ Aanschrijving nummer 17 van 22 oktober 1992, *Fiskoloog*, 1992, afl. 371, 1-3, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1993, nr. 24.189, *T. Not.*, 1994, 94-101. Het betreft hier een officialisatie van het standpunt dat reeds door de administratie was ingenomen in de rechtsleer (JUNGERS-POIRE, D. en CULOT, A., «La tontine en droit fiscal», *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 24.051). Zie ook de zeer volledige uiteenzetting van WERDEFROY (*Registratierechten*, Kluwer, 1991, nrs. 598/4 e.v.).

⁴⁴ *Vr. en Antw.*, Senaat, 5 augustus 1975; *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 22.172.

⁴⁵ Zie in dit verband CULOT, A., «Comment échapper au piège de l'article 9 du Code des droits de succession», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1995, nr. 24.514.

jaar overlijdt, aangezien de begunstigde van het tontinebeding zijn rechten rechtstreeks van de oorspronkelijke verkoper verkrijgt en niet via zijn partner.⁴⁶

c) De afstand van het beding van tontine door de deelgenoten, ingevolge hetwelk weer een «gewone» onverdeeldheid ontstaat, wordt geregistreerd tegen het algemeen vast recht (momenteel 1.000 frank). De administratie aanvaardt dat de akte van verzaking door de deelgenoten wordt ondertekend; de afwezigheid van tussenkomst van de verkoper betel niet dat deze afstand uitwerking krijgt. Zou de verkoper later enige rechtsvordering instellen tegen de deelgenoten of zouden de partijen later de clause alsnog uitwerking willen geven of herkwalficeren, dan behoudt de administratie zich het recht voor haar standpunt te herzien, rekening houdende met het voorliggende geval.⁴⁷

28. De langstlevende der deelgenoten is ertoe gehouden om, binnen vier maanden na het overlijden van de eerststervende, een verklaring in te dienen op het registratiekantoor bevoegd voor de ligging van het onroerend goed, met het oog op de heffing der registratierechten (art. 32 W. Reg.).⁴⁸

29. De fiscale behandeling van tontinebedingen is, vooral in de relatie tussen concubanten, zeer interessant. Zelfs bij een langdurig samenleven worden concubanten door de fiscus als vreemden beschouwd. Indien zij gewoon van elkaar zouden erven, zouden er zeer zware successierechten betaald moeten worden (vanaf 30% op de eerste schijf van 500.000 frank tot 80% op de schijf boven 7.000.000 frank). Bij de tontine betaalt de langstlevende daarentegen «slechts» 12,5% (of een verminderd tarief) op de waarde van de helft van het onroerend goed op het ogenblik van de realisatie van de opschortende voorwaarde.

Maar ook tussen echtgenoten kan het fiscaal interessant zijn om voor de tontine te kiezen. Met name vanaf een nettoactief van 6.000.000 frank is het tarief der registratierechten voor verkopen lager dan het tarief der successierechten (14% op de schijf tussen 6.000.000 en 8.000.000 frank tot 30% op de schijf boven 20.000.000 frank). Opteren voor een beding van tontine (in volle eigendom of in vruchtgebruik) kan dan ook als een volwaardig onderdeel van belastingverspreiding ('tax planning') worden gehanteerd bij echtgenoten gehuwd onder een stelsel van scheiding van goederen of die aankopen met wederbelegging van eigen gelden.

30. Uitzonderlijk kan op een beding van tontine het schenkingsrecht worden gegeven, indien blijkt dat het om een loutere bevoordeling gaat en niet om een kanscontract onder bezwarende titel.⁴⁹ Deze bevoordeling kan voortvloeien uit een groot leeftijdsverschil tussen de deelgenoten dat niet wordt gecompenseerd, of uit het feit dat een der deelgenoten in verhouding tot zijn aandeel en kansen om het goed uiteindelijk te verwerven meer betaalt dan zijn partner.

De *animus donandi* wordt niet vermoed, en dient door de fiscus te worden bewezen.⁵⁰

Wel is het zo dat men in de verhouding tussen echtgenoten extra waakzaam zal moeten zijn. De fiscus is immers van oordeel dat bedingen van tontine tussen echtgenoten normaal voortvloeien uit een geest van vrijgevigheid, en derhalve moeten worden belast als schenkingen.⁵¹ Hierop bestaat een uitzondering, namelijk wanneer de clause als een evenwichtige kansovereenkomst wordt voorgesteld. Indien de echtgenoten derhalve duidelijk in de akte hun bedoeling kenbaar maken om aan het beding van tontine of aanwas een bezwarend karakter toe te kennen, mag men veronderstellen dat de administratie dit standpunt niet zal betwisten.⁵²

31. In Frankrijk was de fiscale behandeling van de tontinebedingen geruime tijd gelijklopend met de huidige positie van de administratie in België.

Een wet uit 1980⁵³ maakte een einde aan deze toestand, met dien verstande dat alle contracten gesloten vóór 6 september 1979 er nog de «oude» behandeling kunnen krijgen.

Door artikel 69 van voormelde wet uit 1980 werd artikel 754-A in het Franse Wetboek der Inkomstenbelastingen ingevoegd, waardoor de goederen die door de langstlevende(n) worden verkregen ingevolge bedingen van tontine (en aanwas) voortaan belast worden met successierechten. Er wordt namelijk een onweerlegbaar vermoeden gecreëerd dat deze goederen o.m. niet zijn verkregen door de langstlevende(n).

Op deze regel geldt een uitzondering, die slechts kan worden ingeroepen indien aan vier voorwaarden is voldaan, namelijk indien:

- het een gezamenlijke aankoop van een onroerend goed betreft;
- door twee personen (dus geen uitzondering bij aankoop door meer dan twee personen);
- waarbij het aangekochte goed de hoofdverblijfplaats moet zijn van de twee deelgenoten (toestand te beoordelen op het ogenblik van het overlijden van de eerststervende); en
- waarbij de waarde van het onroerend goed het bedrag van 500.000 Franse frank niet mag overtreffen (waarde op het ogenblik van het overlijden van de eerststervende). Indien het onroerend goed meer waard is, dan wordt het geheel belast met successierechten (en dus niet alleen de schijf boven dit plafond)!

Een en ander maakt het beding van tontine uiteraard veel minder aantrekkelijk in Frankrijk dan in België.⁵⁴

⁴⁶ Nieuwsbrief Notariaat Fiscaal, 1994, nr. 4.

⁴⁷ Administratieve beslissing van 14 december 1992, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1993, nr. 24.238.

⁴⁸ Het betreft hier een verklaring ondertekend door de langstlevende deelgenoot (deelgenoten), opgemaakt in twee exemplaren, met vermelding van de identiteit der partijen, de aard van de overeenkomst, de datum van overlijden van de eerststervende en de waarde van het onroerend goed op het ogenblik van dit overlijden.

⁴⁹ WEYTS, L., *Notarieel fiscaal recht*, deel 1, nr. 135.

⁵⁰ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Kluwer, 1991, nr. 598/5.

⁵¹ JUNGERS-POIRE, D. en CULOT, A., «La tontine en droit fiscal», *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 24.051, p. 21.

⁵² WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Kluwer, 1991, nrs. 598/5 en 603.

⁵³ Loi n° 80-30 du 18 janvier 1980.

⁵⁴ Voor een overzicht van de fiscale behandeling in Frankrijk, zie PACAUD, B. en PUJOL, F., «La clause d'acquisition au profit du survivant des acquéreurs et les acquisitions croisées: analyse fiscale», *Rép. Defrénois*, 1991, 641-657.

II. BEDINGEN VAN AANWAS

A. Bedingen van aanwas: een alternatief voor de tontine

32. Het is vooral wegens het fictief karakter van de tontine en de onmogelijkheid om bij dit beding uit onverdeeldheid te treden dat de rechtsleer naar een alternatief is begonnen te zoeken.

Dit alternatief werd gevonden in het beding van aanwas.⁵⁵

In het beding van aanwas of aangroei wordt overeengekomen dat bij het intreden van een bepaalde gebeurtenis, gewoonlijk een overlijden, het aandeel van één der deelgenoten in bepaalde goederen of in een vereniging of maatschap van rechtswege door de overige deelgenoten verkregen zal worden.⁵⁶

In plaats van te werken met een samenspel van ontbindende en opschortende voorwaarden beperkt het beding van aanwas zich tot een verkrijging onder opschortende voorwaarde naar de toekomst toe.

Bovendien wordt het beding van aanwas niet opgevat als een verkrijging met een bepaalde modaliteit jegens de verkoper, maar als een beding tussen de deelgenoten onderling, dat eventueel ook na de verkrijging, bij afzonderlijke akte, kan worden overeengekomen.

Dat de pleitbezorgers van het beding van aanwas twee notarissen zijn is niet toevallig; het is immers in de notariële praktijk dat er het meest behoefte is aan werkzame en praktische clausules voor de aankoop van onroerend goed door, voornamelijk, concubanten.

33. Hierna wordt een clausule voorgesteld waarbij de teksten van de notarissen Casman en Taymans als uitgangspunt werden gebruikt.⁵⁷ Indien men de aanwas wenst te beperken tot het vruchtgebruik hoeft men slechts de woorden «volle eigendom» te vervangen door het woord «vruchtgebruik» en het woord «bedragen» te vervangen door het woord «interessen»:

«BEDING VAN AANWAS (volle eigendom)

«De kopers komen uitdrukkelijk overeen, ten titel van wederkerige bepaling en kanscontract onder bezwarende titel, dat bij het overlijden van de eerststervende onder hen, zijn aandeel in het aangekochte goed in volle eigendom zal aangroeien bij dat van de overlevende. Aldus staat ieder van de kopers zijn aandeel

⁵⁵ Het betreft hier in feite een herontdekking van een beding dat vroeger regelmatig werd gebruikt. Zie in dit verband LE HON, A., «Réversion de rente viagère. Réversion d'usufruit et accroissement entre époux. Droit fiscal – droit civil», *Rev. prat. Not. B.*, 1958, (309), 319 e.v.

⁵⁶ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Kluwer, 1991, nr. 598. Deze auteur gebruikt het begrip «beding van aanwas» of «beding van aangroei» als een algemene term, die ook het «beding van tontine» omvat. In deze uiteenzetting worden die begrippen evenwel duidelijk gescheiden, om iedere verwarring te vermijden.

⁵⁷ CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Mys & Breesch, Gent, 1991, 183; CASMAN, H., «Conventions entre titulaires de droits actuels», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 234-239; CASMAN, H., «Overeenkomst na verkrijging», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 239-244; TAYMANS, J.-F., «Le sort de l'immeuble acquis en commun dans le cadre d'une union libre», in *L'Union Libre*, Brussel, Bruylant, 1992, 187 e.v.

af aan de andere, onder opschortende voorwaarde van zijn vooroverlijden. Als tegenprestatie voor deze afstand verkrijgt degene die afstaat een gelijke kans om het aandeel van de andere te verwerven, indien hij langst leeft.

«Deze overeenkomst wordt daarenboven gesloten onder de volgende modaliteiten:

«a) Daar het een kansovereenkomst onder bezwarende titel betreft zal er geen enkele vergoeding verschuldigd zijn door de langstlevende aan de erfgenamen van de eerststervende uit hoofde van de verwerving door de overlevende van het deel van de eerststervende. De partijen achten voor zichzelf de kansen gelijkwaardig om het goed uiteindelijk te verwerven.

«b) Deze aanwas zal zich uitstrekken over alle gebouwen, werken, verbeteringen of wijzigingen die aan of op het onroerend goed zouden aangebracht zijn. De bedragen die uit hoofde hiervan nog zouden verschuldigd zijn bij overlijden van de eerststervende zullen evenwel uitsluitend ten laste zijn van degene die het goed in volle eigendom verkrijgt. De erfgenamen van de eerststervende zullen bijgevolg geen enkel verhaal kunnen uitoefenen tegen de langstlevende uit hoofde van dergelijke gebouwen, werken, verbeteringen of wijzigingen.

«c) Deze overeenkomst wordt voor een duur van drie jaar aangegaan. Ze wordt nadien automatisch verlengd met opeenvolgende periodes van drie jaar; tenzij één der kopers zijn wil te kennen geeft aan de andere om ze te beëindigen, hetgeen dient te gebeuren bij aangetekend schrijven verstuurd minstens drie maanden vóór het einde van de lopende driejaarlijkse periode.

«d) Tevens verbinden de kopers zich ertoe hun aandeel in het bij deze aangekochte goed niet te vervreemden, te hypothekeren of te verhuren, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de andere, en dit zolang deze overeenkomst van kracht blijft tussen hen.»

B. De essentiële kenmerken van het beding van aanwas en de belangrijkste verschillen met de tontine

34. De essentiële kenmerken van een beding van aanwas zijn in feite dezelfde als die van een beding van tontine.

Het beding beantwoordt evenwel meer aan de realiteit dan de gekunstelde en fictieve tontine: het zijn de deelgenoten zelf die het lot van het goed bepalen, en zij hoeven zich dan ook bij een eventuele wijziging of opheffing in geen enkel opzicht te bekommeren om hun rechtsvoorganger, zoals dat, althans theoretisch, bij de tontine wel het geval lijkt te zijn. Dit heeft als bijkomend voordeel dat het beding van aanwas ook na de aankoop kan worden aangenomen, bij afzonderlijke akte.⁵⁸

Het uiteindelijke resultaat is hetzelfde als bij de tontine: de langstlevende zal het goed in volle eigendom (of in vruchtgebruik) verkrijgen.

Bovendien is de toestand *pendente conditione* veel duidelijker definieerbaar dan bij de tontine. Bij het beding van aanwas wordt immers door de deelgenoten in onverdeeldheid gekocht; de aanwas is slechts een modaliteit voor de toekomst, die zich als het ware ent op de bestaande toestand.

Aangezien het beding van aanwas dus niet terugwerkt in de tijd, bestaat er geen enkel risico dat het goed terugkeert

⁵⁸ Zie het model van CASMAN («Overeenkomst na verkrijging», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen 1992 Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 242-244).

naar de verkoper bij een gelijktijdig overlijden van de deelgenoten; uit de bespreking van de tontine is gebleken dat dit daar wel tot problematische toestanden kan leiden.

Voor het overige vallen de goederen die het voorwerp uitmaken van een beding van aanwas ook niet in de nalatenschap van de eerststervende, aangezien het hier een kanscontract onder bezwarende titel betreft, waarbij beide deelgenoten dezelfde kans hebben om het goed uiteindelijk te verkrijgen (ongelijkheden moeten ook hier worden gecorrigeerd, zoals bij de tontine).

35. Bij onze Noorderburen, waar het begrip tontine onbekend is, komt het beding van aanwas voor onder de benaming «verblijvingsbeding» of «verblijvingsbeding». Ook hier was het notariaat de grote promotor van deze doctrinale constructie,⁵⁹ hierin gevolgd door twee bekende arresten van de Hoge Raad.

In het De Rooy-arrest⁶⁰ heeft de Hoge Raad de geldigheid van een verblijvingsbeding in een vennootschapscontract uitdrukkelijk aanvaard.

In het Pellicaan-arrest⁶¹ heeft de Hoge Raad de geldigheid van een verblijvingsbeding tussen concubanten aanvaard en gekwalificeerd als een kanscontract zonder bevoordelingsbedoeling. De Hoge Raad had zich hierover nog niet eerder uitgesproken, en de rechtsleer was op dit punt verdeeld.⁶²

Aldus bestaat er civielrechtelijk een grote gelijkenis tussen het Belgische beding van aanwas en het Nederlandse verblijvingsbeding. Wel is het zo dat het verblijvingsbeding vanaf 1 januari 1992 (datum van inwerkingtreding van boek 3 NBW) niet meer van rechtswege uitwerking krijgt, maar onderworpen is aan een leveringsformaliteit (art. 3.186 NBW). Men kan zich indenken dat dit in een aantal omstandigheden tot problemen aanleiding kan geven, zoals bij weigering van medewerking van de rechtsopvolgers van de overledene.⁶³

⁵⁹ COHEN HENRIQUEZ, E. en MOLTMAKER, J.K., *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, Preadvis voor de jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap 1977, Kluwer, Deventer, 1977, 106-111. Die bijdrage wordt algemeen gezien als de *trendsetter* bij onze Noorderburen, waarin de lijnen zijn uiteengezet, zowel civiel- als fiscaalrechtelijk.

⁶⁰ Hoge Raad, 26 maart 1965, *NJ*, 1966, 328.

⁶¹ Hoge Raad, 1 oktober 1993, *RvdW*, 1993, 190, *NJ*, 1994, 257.

⁶² COHEN HENRIQUEZ, E., «Verblijvingsbedingen tussen echtgenoten en relatiepartners in theorie en praktijk», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5532, 645-651; KLAASSEN-EGGENS, bewerkt door LUIJTEN, E.A.A., *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, tweede gedeelte, *Erfrecht*, Tjeenk-Willink, Zwolle, 1989, 45 en de in voetnoot 22 aangehaalde rechtsleer; LANGESLAG, A.H., «Het verblijvingsbeding in niet-huwelijkse samenlevingsverbanden», *W.P.N.R.*, 1981, nr. 5550, 72-75; PENTT, F.M., «Het verblijvingsbeding tussen echtgenoten als alternatief?», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5522, 408-411. Zie ook de verschillende stellingen aangehaald in het preadvies van de professoren Cohen Henriquez en Moltmaker, eerder geciteerd.

⁶³ In de praktijk wordt dat verholpen door in het verblijvingsbeding een onherroepelijke volmacht op te nemen, krachtens welke de toekomstige gerechtigde zelf mede namens de andere (overleden) deelgenoot de formele leveringshandeling kan verrichten.

De lege ferenda staan de zaken er evenwel minder rooskleurig voor bij onze Noorderburen, gelet op een wetsontwerp tot regeling van, onder meer, verblijvingsbedingen.⁶⁴

Conform het nieuwe art. 7.3.12b NBW wordt een verblijvingsbeding betiteld als een gift, ook indien het is overeengekomen ter nakoming van een natuurlijke verbintenis, tenzij het is overeengekomen tegen een redelijke tegenprestatie (de wederkerigheid geldt daarbij niet als tegenprestatie). De aldus door de wet als gift gekwalificeerde verblijvingsbedingen (het betreft een onweerlegbaar vermoeden) worden bij overlijden behandeld als legaten, met alle gevolgen van dien.

Het spreekt vanzelf dat, indien voormeld wetsontwerp wordt goedgekeurd, de populariteit van het verblijvingsbeding zal dalen.⁶⁵ De door de Nederlandse rechtsleer geuite kritiek op dit ontwerp kan ook worden gedeeld.⁶⁶

C. Het beding van aanwas en het verbod van art. 1130 B.W.

36. Naar Belgisch recht is het beding van aanwas niet strijdig met het in art. 1130 B.W. vervatte verbod van overeenkomsten over niet-opengevallen nalatenschappen.

De rechten die aan de medecontractant zijn toegekend, zijn actuele rechten (geen louter eventuele rechten) en de verbintenis is definitief aangegaan,⁶⁷ zij het dat de uitvoering afhankelijk is gesteld van een voorwaarde (het vooroverlijden van degene die afstaat).⁶⁸

Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen heeft deze zienswijze bevestigd door het beding van aanwas te valideren.⁶⁹ Een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te

⁶⁴ Wetsontwerp 17213 inzake Vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, op 1 december 1981 aan de Tweede Kamer overgezonden en ... nog steeds in behandeling. Zie in dit verband: DE GROOT, J.J.A., «Verblijvingsbeding c.s.», in *Liber Amicorum Prof. mr. E.C. Henriquez*, Kluwer, Deventer, 1983, 119-124; MEGCHELSEN, G. en VEGTER, J.B., «Schenking volgens titel 7.3», *W.P.N.R.*, 1995, nr. 6186, 418; PERRICK, S., *Gemeenschap, schuldeisers en verdeling*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, 123 e.v.; VAN STRAATEN, J.C., «Nakoming en omzetting van natuurlijke verbintenissen onder het NBW in schenkings- en erfrechtelijk perspectief», *W.P.N.R.*, 1984, nr. 5682, 58-59 en nr. 5684, 85-86; ZWEMMER, J.W., *Schenking*, Studiepockets privaatrecht, nr. 8, Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, 97.

⁶⁵ PITLO, A., VAN DER BURGH, G. en ROOD-DE BOER, M., *Persoon- en Familierecht*, deel 1, Gouda Quint, 1993, 299.

⁶⁶ ASSER-MEIER-VAN DER PLOEG, *Erfrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, nr. 206, voetnoot 78; DE GROOT, J.J.A., «Verblijvingsbeding c.s.», in *Liber amicorum Prof. mr. E.C. Henriquez*, Kluwer, Deventer, 1993, 123.

VAN STRAATEN («Nakoming en omzetting van natuurlijke verbintenissen onder het NBW in schenkings- en erfrechtelijk perspectief», *W.P.N.R.*, 1984, nr. 5682, 59 en nr. 5684, 85-86) deelt deze kritiek, maar merkt op dat een dergelijke gift buiten de inkortings sfeer blijft wanneer zich het geval voordoet van art. 4.3.3.7a NBW: het voldoet aan een morele verplichting tot onderhoud. Deze auteur vrees evenwel dat art. 4.3.3.7 NBW alsnog geschrapt zal worden, zodat voor ongehuwde samenwonenden een aanzienlijke verslechtering van de erfrechtelijke positie zou ontstaan.

⁶⁷ PINTENS, W., «Vrijgevigheiden tussen concubanten», in *Concubinaat*, Leuven, 1992, 198, nr. 328.

⁶⁸ CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Mys & Breesch, Gent, 1991, nr. 520.

⁶⁹ Antwerpen, 10 februari 1988, *Rev. Not. B.*, 1988, 437, *T. Not.*, 1989, 320.

Dendermonde gaat in dezelfde richting.⁷⁰

Het feit dat de clause in de tijd wordt beperkt, doet hieraan niets af, als het maar niet neerkomt op de mogelijkheid van de deelgenoten om op welk tijdstip ook een einde te maken aan dit beding. De voorgestelde duur van drie jaar is in dit opzicht volstrekt aanvaardbaar.

37. Het Nederlandse verblijvingsbeding doorstaat eveneens de toetsing met het verbod van overeenkomsten over niet-opengevallen nalatenschappen.⁷¹

38. Naar Frans recht staan de zaken er anders voor.

Het Franse Hof van Cassatie⁷² is immers van oordeel dat het beding van aanwas een verboden overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap uitmaakt.

Een en ander houdt verband met een verschillende jurisprudentiële benadering.

Volgens het Belgische Hof van Cassatie wordt alleen het verlenen van «louter eventuele rechten» op goederen die deel kunnen uitmaken van een toekomstige nalatenschap, bestempeld als een verboden overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap; het Franse Hof van Cassatie meent dat zulks reeds het geval is bij het verlenen van «eventuele rechten».⁷³

D. Beding van aanwas, onverdeeldheid en uitoonverdeeldheidstreding

39. De vraag of er tussen de deelgenoten een onverdeeldheid bestaat moet hier zonder meer bevestigend worden beantwoord. Bij een beding van aanwas wordt er verkocht in onverdeeldheid; het zijn de deelgenoten zelf die vervolgens het beding van aanwas enten op deze onverdeeldheid, onder opschortende voorwaarde van het overlijden van de eerstervende.

40. Wegens het feit dat de deelgenoten reeds over hun rechten hebben beschikt in elkaars voordeel, dient ook bij het beding van aanwas te worden gesteld dat de uitoonverdeeldheidstreding krachtens art. 815 B.W. onmogelijk is,⁷⁴ naast de overige argumenten die bij de tontine werden besproken en die *mutatis mutandis* ook gelden voor het beding van aanwas.

41. Inzake de mogelijkheid van de schuldeisers der deelgenoten om de uitoonverdeeldheidstreding te vorderen kan eenvoudig geargumenteerd worden dat de beperkingen die gelden tussen deelgenoten, hun niet tegengeworpen kunnen

worden. Schuldeisers moeten enkel rekening houden met een eventuele overeenkomst die beantwoordt aan de voorwaarden van artikel 815, tweede lid, B.W., wat niet wegneemt dat het ook bij het beding van aanwas dat niet in de tijd is beperkt, aan te raden is te bepalen dat er, in geval van beslag, automatisch een einde komt aan het beding, waardoor de deelgenoten zich terug in een «gewone» onverdeeldheid bevinden.

42. In Nederland neemt het verblijvingsbeding een einde door de verbreking van de relatie tussen de deelgenoten. Buiten deze hypothese om wordt het onherroepelijk karakter van dit beding er benadrukt door de rechtsleer.⁷⁵

Bovendien zijn ook onze Noorderburen van oordeel dat het doelvermogen⁷⁶ tussen deelgenoten niet tegengeworpen kan worden aan derden-schuldeisers, wier rechten er dus niet door beknót kunnen worden.⁷⁷

E. Bedingen van aanwas tussen echtgenoten

43. Er is in de rechtsleer⁷⁸ gesteld dat het beding van aanwas niet mogelijk is tussen echtgenoten, wegens het verbod van art. 1595 B.W. (verbod van verkoop tussen echtgenoten, behoudens de uitzonderingen in dit artikel, en behoudens de uitzonderingen die voortvloeien uit het internationaal privaatrecht).⁷⁹

Met die stelling kan niet worden ingestemd.

Een kanscontract onder bezwarende titel is iets geheel anders dan een verkoop; beide echtgenoten hebben immers dezelfde kans om het goed uiteindelijk te verkrijgen. Er dient daarbij te worden opgemerkt dat het verbod van art. 1595 B.W. van strikte interpretatie is, en niet naar analogie kan worden uitgebreid.⁸⁰

⁷⁵ COHEN HENRIQUEZ, E., «Verblijvingsbedingen tussen echtgenoten en relatiepartners in theorie en praktijk», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5532, (645), 649-650.

⁷⁶ In de Nederlandse rechtsleer wordt de term *lotsgemeenschap* gehanteerd in deze context (VAN DER BURGH, G., «Verblijven, schenken of erven», *W.F.R.*, 1994 (1846), 1850).

⁷⁷ De Nederlandse rechtsleer spreekt van het prevaleren van de rechten van derden boven die van de samenlevers (PITLO, A., VAN DER BURGH, G. en ROOD-DE BOER, M., *Personen- en Familierecht*, Gouda Quint, 1993, 393).

⁷⁸ CASMAN, H., «Conventions entre titulaires de droits actuels», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 234.

⁷⁹ De meeste rechtsstelsels kennen het verbod van art. 1595 B.W. niet (voor een recent overzicht in enkele landen, zie LUITEN, E.A.A., MALAURI, P. en VERBEKE, A., «Contractuele relaties in het huwelijksvermogensrecht in Nederland, Duitsland, Zwitserland, Oostenrijk, Frankrijk, Italië, Portugal, Spanje, Luxemburg, Griekenland en Engeland», in *De internationale contractuele relaties – De rol van de notaris*, Notarieel Congres Tongeren, Maklu, 1995, 463 en 507). Aangezien een verkoop tussen echtgenoten moet worden gezien als een persoonlijk gevolg van het huwelijk (Rb. Nijvel, 15 januari 1990, *J.T.*, 1990, 162, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 345; Rb. Gent, 15 september 1994, *A.J.T.*, 1994-95, 330, noot WAUTERS, A. en WAUTERS-LAMBEIN, K.) zullen de voorstanders van die stelling in de rechtsleer de geldigheid van het beding van aanwas dus ook moeten aanvaarden bij de meeste echtparen van vreemde nationaliteit.

⁸⁰ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel IV, nr. 59, Brussel, Bruylant, 1972; HARMEL, P., «Théorie générale de la vente», in *Rép. Not.*, deel VII, boek I, nr. 121; Rb. Brussel, 1 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 136.

⁷⁰ Rb. Dendermonde, 3 november 1992, *T.G.R.*, 1993, 18. Het vonnis spreekt van een beding van tontine, maar het betreft wel gelijk een beding van aanwas.

⁷¹ Rechtspraak: Hoge Raad, 26 maart 1965, *NJ*, 1966, 328. Rechtsleer: COHEN HENRIQUEZ, E., «Verblijvingsbedingen tussen echtgenoten en relatiepartners in theorie en praktijk», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5532, (645); 646; PETIT, F.M., «Het verblijvingsbeding tussen echtgenoten als alternatief?», *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5522, (408), 410; VAN MOURIK, M.J.A., *Erfrecht*, Studiepockets privaatrecht, nr. 37, Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, 100-101.

⁷² Cass. fr., 24 januari 1928, *D.P.*, 1928, 157, *Gaz. Pal.*, 1928, I, 600, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1928, 458, noot SAVATIER, R., *Sir.*, 1929, I, 137.

⁷³ Over het begrip overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap in de Franse rechtspraak en rechtsleer, zie: GRIMALDI, M., *Successions*, Parijs, Litec, 1989, 313 e.v.

⁷⁴ CASMAN, H., «Overeenkomst na verkrijging», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 240.

De wetgever heeft met art. 1595 B.W. bepaalde misbruiken willen voorkomen; deze misbruiken kunnen zich, bij een correcte toepassing van het beding van aanwas, niet voordoen.

De klassieke Belgische rechtsleer,⁸¹ alsook de Franse rechtsleer van vóór de afschaffing van het verbod van de verkoop tussen echtgenoten bij onze Zuiderburen,⁸² waren dezelfde mening toegedaan: art. 1595 B.W. verzet zich niet tegen de toepassing van het beding van aanwas tussen echtgenoten.

Wel dient, zoals werd geargumenteed bij de tontine, het gebruik van het beding van aanwas tussen echtgenoten te worden gereserveerd voor:

- echtgenoten die gehuwd zijn onder een stelsel van scheiding van goederen; en voor
- echtgenoten die gehuwd zijn onder een gemeenschapsstelsel bij wederbelegging van eigen gelden.

44. Met de stelling⁸³ dat het inlassen van een voorkooprecht bij beëindiging van het beding van aanwas indruist tegen art. 1595 B.W. kan wel worden ingestemd: het zou hier om een werkelijke verkoop gaan, en bovendien herleeft hier de *ratio legis* van dat artikel. Maar niets belet de uitoefening van dit voorkooprecht te bedingen onder de opschortende voorwaarde van een rechterlijke machtiging (art. 1595, 4°, B.W.) of van een verkoop die beantwoordt aan de overige uitzonderingen van art. 1595 B.W. Een onherroepelijke volmacht in elkaars voordeel (die kan worden opgenomen in de akte houdende aanneming van het beding van aanwas) om het goed bij de beëindiging van het in duur beperkte aanwasbeding openbaar te verkopen, en waarbij elke vrij kan inkopen (uitzondering van art. 1595, 4°, B.W.), is een rechtsgeldig alternatief en een mogelijke uitweg in een conflictsituatie.

45. Ook hier dient, zoals voor het tontinebeding, te worden gesteld dat het huwelijk niet automatisch een einde maakt aan een beding van aanwas.

F. De beperking van het beding van aanwas in de tijd

46. In dit verband wordt verwezen naar hetgeen hiervoor werd uiteengezet inzake het beding van tontine. Het idee van een beperking in de tijd is trouwens tot stand gekomen in het kader van het beding van aanwas. In het model dat voorafgaat wordt een duur van drie jaar vooropgesteld, telkens verlengbaar met opeenvolgende periodes, behoudens opzegging.

⁸¹ LE HON («Réversion de rente viagère. Réversion d'usufruit et accroissement entre époux. Droit fiscal – droit civil», *Rev. prat. Not.* B., 1958, (309), 324-325) komt in zijn studie tot de conclusie dat het beding van aanwas moet worden aanvaard en goedgekeurd voor echtgenoten die gehuwd zijn onder een stelsel van scheiding van goederen, aangezien geen enkele wettelijke bepaling hen verbiedt voortijdig het lot van de tussen hen bedongen onverdeeldheid te regelen.

⁸² NERSON, R., «La clause dite d'accroissement, insérée dans l'acte d'achat d'un immeuble passé par deux époux séparés de biens, est-elle valable?», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1971, 624. Het verbod van de verkoop tussen echtgenoten werd in Frankrijk afgeschaft door de wet (nr. 85-1372) van 23 december 1985, en dit met ingang van 1 januari 1986.

⁸³ BLONTROCK, F., «Tontine versus huwelijk», *T. Not.*, 1994, 203.

G. Fiscale aspecten van bedingen van aanwas

47. De bovenvermelde administratieve aanschrijving viest naast de bedingen van tontine ook de aanwasbedingen.

De fiscale behandeling van bedingen van tontine en aanwas loopt parallel, met dien verstande dat er bij het aanwasbeding een extra hypothese is, namelijk een beding dat zich beperkt tot de aankoop van het vruchtgebruik alleen (hetgeen bij tontine onmogelijk is).

Volledigheidshalve worden hierna de verschillende aanwasbedingen besproken, die alle betrekking hebben op in België gelegen onroerende goederen.

48. *Aanwas in volle eigendom.*

– Bij de aankoop door de deelgenoten wordt het evenredig verkooprecht (of schenkingsrecht, indien het een schenking aan de deelgenoten betreft) geheven op ieders aandeel, zonder rekening te houden met het beding van aanwas (toepassing van art. 15 W. Reg.).

– Bij het overlijden van een der deelgenoten, waardoor de opschortende voorwaarde vervuld wordt, wordt het evenredig verkoop- of schenkingsrecht (naargelang het een verrichting onder bezwarende titel of om niet betreft) geheven op de helft van het onroerend goed volgens het tarief dat van toepassing was op het ogenblik van de akte van aankoop en op basis van de verkoopwaarde op het ogenblik van overlijden (toepassing van art. 16 W. Reg.).

49. *Aanwas in vruchtgebruik.*

a) Overdracht beperkt tot het vruchtgebruik.

– Bij de aankoop door de deelgenoten wordt het evenredig verkooprecht (of schenkingsrecht, indien het een schenking aan de deelgenoten betreft) geheven op de bedongen prijs (of op de verkoopwaarde, indien deze hoger is) of, bij schenking, op de waarde die door de partijen *pro fisco* in de akte is opgenomen, rekening houdende met de leeftijd van de jongste deelgenoot (art. 50 W. Reg.) en met de bepalingen van art. 47 W. Reg.

– Bij het overlijden van een der deelgenoten wordt geen bijkomend recht geheven, aangezien het initieel geheven recht zowel de verwerving van het voorwaardelijk vruchtgebruik als van het actueel vruchtgebruik dekte.

b) Overdracht niet beperkt tot het vruchtgebruik.

– Bij de aankoop door de deelgenoten wordt het evenredig verkooprecht (of schenkingsrecht, indien het een schenking aan de deelgenoten betreft) geheven op ieders aandeel, zonder rekening te houden met het beding van aanwas (toepassing van art. 15 W. Reg.).

– Bij het overlijden van één der deelgenoten, waardoor de opschortende voorwaarde zich realiseert, wordt het evenredig verkoop- of schenkingsrecht (naargelang het een verrichting ten bezwarende titel of om niet betreft) geheven op de helft van het vruchtgebruik van het onroerend goed volgens het tarief dat van toepassing was op het ogenblik van de akte van aankoop en op basis van de verkoopwaarde op het ogenblik van overlijden (toepassing van art. 16 W. Reg.).

50. Enkele bijkomende fiscale problemen:

Er wordt verwezen naar hetgeen daarover werd uiteengezet bij de bespreking van de tontine, met dien verstande:

a) dat de mogelijkheid tot het verkrijgen van teruggave van registratierechten (art. 212 W. Reg.) hier wel degelijk bestaat, aangezien het beding van aanwas een beding is tussen de deelgenoten onderling, en de administratie aanvaardt dat het woord «wederkoop» in art. 212 W. Reg. alle verrich-

tingen omvat die door dit wetboek met verkopeningen gelijkgesteld worden en die daarom belast worden met het overgangsrecht van 12,5%;

b) dat de afstand van het beding van aanwas door de deelgenoten, ingevolge welke weer een «gewone» onverdeeldheid ontstaat, geenszins de tussenkomst van de verkoper of schenker vereist, die vreemd is aan dit beding.⁸⁴

51. Voor het overige geldt *mutatis mutandis* hetgeen hiervoor werd uiteengezet bij de bespreking van de tontine.

52. In Nederland worden de verblijvingsbedingen gevisieerd (en dus belast met successierechten) door een aantal fictiebepalingen uit de Successiewet 1956.

Ingeval krachtens het verblijvingsbeding bij het overlijden van een echtgenoot aan de ander méér verblijft dan de helft van de gemeenschappelijke goederen, is de waarde van dit surplus belast met successierecht, aldus art. 7 Successiewet 1956.

Ingevolge art. 12 Successiewet 1956 wordt elke bevoordeling die heeft plaatsgevonden binnen 180 dagen vóór het overlijden als een fictieve erfrechtelijke verkrijging aangemerkt.

Art. 11, eerste lid, Successiewet 1956 belast in het bijzonder de verblijvingsbedingen die werken bij het overlijden. Het laatste (vijfde) lid van dit artikel geeft het toepassingsgebied weer: binnen de beperkte familiekring en de kring van buitenhuwelijkse samenlevers zoals deze zijn gedefinieerd in art. 24.

Eigenaardig genoeg wordt door de termen «ongetrouwde samenleving» in art. 24 Successiewet 1956 enkel gevisieerd: een verkrijger die sedert zijn 22e jaar tot aan de verkrijging meer dan vijf jaar onafgebroken heeft samengeleefd met de erflater.

Welnu: men hoeft slechts één vijf jaar samen te leven, niet «officieel» samen te leven of de samenleving af en toe te onderbreken om niet belast te worden!

De Nederlandse fiscus heeft de hiaten in deze wetgeving nog recentelijk aan den lijve ondervonden.⁸⁵

Let wel: *de lege ferenda* zou het Nederlandse verblijvingsbeding – behoudens redelijke tegenprestatie – steeds belast worden met successierechten, aangezien verblijven in voorliggende ontwerp tekst (boven besproken) wordt aangemerkt als een gift!

BESLUIT. TONTINE EN AANWAS – NIEUWE PERSPECTIEVEN VOOR NIEUWE TIJDEN

53. De bedingen van tontine en aanwas zijn niet meer weg te denken uit ons rechtsverkeer. Maar waarom zouden ze zich in hun toepassing moeten beperken tot de aankoop van onroerende goederen door, voornamelijk, concubanten? De principes die hiervoor werden uiteengezet, gelden immers *mutatis mutandis* voor roerende goederen.

In recente rechtsleer is de mogelijkheid geopperd om deze bedingen aan te wenden bij de verwerving van aandelen en meubilair.

54. De tontine of het beding van aanwas kan nuttig gebruikt worden in het vennootschapsrecht, als aan alle voorwaarden voldaan is.⁸⁶ Het betreft hier een kanscontract waartegen andere vennoten zich niet kunnen verzetten.

Wel zijn er een aantal regels te eerbiedigen, eigen aan het vennootschaps- en financieel recht, zoals daar zijn:

– het pluraliteitsvereiste bij de N.V. (artt. 13ter, 4° en 104bis Venn.W.), waardoor het aan te bevelen is uit veiligheid een paar aandelen niet onder tontine of aanwas te plaatsen;⁸⁷

– het verbod van het blokkeren van de aandelen, dat kan worden verholpen door een voorkeepsrecht in te bouwen in voordeel van de andere deelgenoten,⁸⁸ wat evenwel problemen oplevert tussen echtgenoten (wegens het verbod van art. 1595 B.W.);

– het stemrecht: duidelijke afspraken zijn gewenst.

Men hoeft de toepassing daarbij niet te beperken tot aandelen; ook andere financiële producten komen in aanmerking.

55. Inzake meubilair heeft de tontine of het beding van aanwas reeds toepassingen gevonden in de notariële praktijk, met name wat betreft de huisraad van een onroerend goed dat het voorwerp uitmaakt van een dergelijk beding.⁸⁹

56. Bedingen van tontine en aanwas kunnen interessante perspectieven bieden voor *roerende goederen* in het algemeen.

Buiten hetgeen hiervoor werd gezegd inzake tontine en aanwas voor onroerende goederen, zijn duidelijke afspraken hier zo mogelijk nog belangrijker om misverstanden en misbruiken te vermijden.

Hierna volgen, bij wijze van voorbeeld, enkele punten die niet aan de aandacht van de deelgenoot mogen ontsnappen.

a) De voorwerpen die worden aangekocht of gebracht onder een beding van tontine of aanwas moeten duidelijk worden gespecificeerd. Dit kan men doen door bijvoorbeeld een lijst van de goederen aan de overeenkomst te hechten.

b) Een regeling inzake vervanging bij slijtage of vernietiging is zinvol, teneinde betwistingen te vermijden omtrent de verantwoordelijkheid dienaangaande alsook betreffende de

⁸⁴ Hetzelfde geldt indien de aanwas zou zijn overeengekomen met tussenkomst van de verkoper of de schenker. Sinds de administratieve beslissing van 14 december 1992 (*Rec. Gén. Enr. Not.*, 1993, nr. 24.238) is elke twijfel daarover weggenomen (zie bespreking bij het beding van tontine). Deze houding getuigt van redelijkheid, hetgeen in het verleden niet steeds gezegd kon worden van de houding van de administratie, hierin gevolgd door de rechtspraak. Zo werd geoordeeld dat een eenzijdige afstand door de begiftigden van een beding van aanwas dat was bedongen in een schenkingsakte en dat uitging van de schenker niet tegengeworpen kon worden aan de fiscus, die dus gerechtigd was om de alzo verschuldigde rechten (en boeten) op te eisen (Luik, 8 oktober 1987, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, nr. 23.569).

⁸⁵ Hoge Raad, 14 september 1994, *B.N.B.*, 1994, 334, becommentarieerd door VAN DER BURGH, G., «Verblijven, schenken of erven», *W.F.R.*, 1994, 1846-1853.

⁸⁶ RAFFRAY, J., «Tontine et société», *J.C.P.*, 1988, I, nr. 3327; WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», *T.R.V.*, 1991, 247-255.

⁸⁷ WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», *T.R.V.*, 1991, 252.

⁸⁸ WEYTS, L., «Tontine bij vennootschappen», *T.R.V.*, 1991, 252.

⁸⁹ CARTUYVELS, B., «Tontine sur des droits divis», in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-Neuve, Bruylant & Academia, 1992, 275-282; RASSON, G., «Tontine – aspects civil et fiscal», *Rev. Not. B.*, 1990, 294; TAYMANS, J.-F., «Le sort de l'immeuble acquis en commun dans le cadre d'une union libre», in *L'Union Libre*, Brussel, Bruylant, 1992, 197-198.

goederen die in vervanging worden verworven (eventueel afwijken van de artt. 1302, 1303 en 1372 e.v. B.W.). Indien daaromtrent niets is bepaald, vallen deze goederen immers niet automatisch onder het beding van tontine en aanwas. De deelgenoten kunnen deze zaakvervanging wel contractueel bedingen.

c) Aangezien bedingen van tontine en aanwas tot gevolg hebben dat de goederen niet aan de successierechten onderworpen zijn en er ook geen evenredige registratierechten verschuldigd zijn voor roerende goederen, betekent dit dat de operatie in casu fiscaal vrijgesteld is! Men zal extra waakzaam zijn om zich tegen mogelijke vorderingen van de fiscus te vrijwaren, door alle aankoopbewijzen te bewaren (facturen, inschrijvingsborderellen of andere bewijskrachtige stukken op te maken op naam van alle deelgenoten) en, bij gebrek aan aankoopbewijzen, door een en ander in geregistreerde documenten op te nemen (bv. voor goederen gekocht in het buitenland of op een markt en waarvoor men geen factuur kon krijgen). Bovendien zullen de deelgenoten er zorg voor dragen dat ze achteraf kunnen bewijzen dat ze elk in verhouding tot hun overlevingskansen hebben bijgedragen bij elke aankoop.

d) Indien men een bankkluis zou huren, laat men die het best op naam van alle deelgenoten registreren. Een en ander ontslaat de betrokken derde (bank, wisselagent, ...) in de huidige stand van de wetgeving niet van de verplichtingen opgelegd in de artt. 96 e.v. W. Succ., maar is wel een argument voor de langstlevende deelgenoot of deelgenoten in de onderhandelingen met de fiscus.

57. Het belang van die clause moet ook gezien worden tegen de hedendaagse maatschappelijke achtergrond. De fiscale en parafiscale druk wordt alsmar hoger. Onroerende goederen worden alsmar zwaarder belast. Het roerend vermogen neemt steeds aan belang toe. Deze ontwikkeling biedt voor de bedingen van tontine en aanwas nieuwe perspectieven. Het lijkt dus geen twijfel dat beide rechtsfiguren nog een grote toekomst voor zich hebben.

Dirk MICHIELS
Kandidaat-notaris
Assistent K.U.L.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

12 JULI 1995

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: mevr. Delruelle en de h. Arts

Advocaten Mrs. Dascotte loco Debacker en Bourtembourg

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Wijziging van de wettelijke bepaling die voorwerp is van de vraag – Terugverwijzing

Te dezen betreft de prejudiciële vraag art. 320 B.W. Die bepaling is gewijzigd bij de wet van 27 december 1994, nadat de prejudiciële vraag was gesteld. Het Arbitragehof acht het noodzakelijk de verwijzingsrechter te verzoeken te beslissen, na de partijen te hebben gehoord, of het antwoord op de vraag nog steeds onontbeerlijk is om zijn vonnis te wijzen.

Arrest nr. 59/95

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 28 september 1994 in zake C. tegen G. en D.N. heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Houdt artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek, dat de erkenning van vaderschap door de biologische vader organiseert wanneer het krachtens de artikelen 315 tot 317 van het Burgerlijk Wetboek vastgestelde vaderschap niet wordt gestaafd door het bezit van staat, geen schending in van de

grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen en de niet-discriminatie (artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet), in zoverre het de eiser niet toestaat met alle wettelijke middelen het bewijs te leveren dat de echtgenoot niet de vader van het kind kan zijn, terwijl artikel 318 van het Burgerlijk Wetboek, dat de betwisting van vaderschap organiseert, in zijn paragraaf 1 dat bewijs door alle wettelijke middelen toestaat?»

...

IV. In rechte

1. Artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek vermeldt de gevallen waarin met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg een kind door een andere man dan de echtgenoot van 's kinds moeder kan worden erkend, wanneer het wettelijk vermoeden van vaderschap niet door het bezit van staat wordt bevestigd.

Artikel 320 vereist niet dat het bewijs moet worden aangebracht dat de krachtens de wet vermoede vader niet de vader van het kind kan zijn.

Toen de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen het Hof de vraag stelde, heeft zij geoordeeld dat de eiser voor dat rechtscollege niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het toen van kracht was.

2. De wet van 27 december 1994 tot wijziging van onder meer artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 28 januari 1995, dit is nadat de prejudiciële vraag is gesteld, heeft in haar artikel 2 de mogelijkheden van erkenning uitgebreid doordat, ingeval

het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding, de erkenning ook kan geschieden wanneer de echtscheiding is uitgesproken krachtens de artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 320, 4°).

3. Gelet op de bepalingen van het nieuwe artikel 320 en gelet op de feiten van de zaak zoals zij blijken uit het dossier voorgelegd aan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen, acht het Hof het noodzakelijk die rechtbank te verzoeken te beslissen, na de partijen te hebben gehoord, of het antwoord op de vraag nog steeds onontbeerlijk is om haar vonnis te wijzen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 JUNI 1995

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en T'Kint

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting – Inleidende zitting – Conclusietermijn – Rechtsdag

Zelfs in een procedure zoals in kort geding kunnen de partijen op de inleidende zitting van het hof van beroep overeenkomen art. 747, § 2 Ger.W. toe te passen.

N.V.B. e.a. t/ N.V.V. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 juni 1994 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, 735, 740, 747, 748, 1042, 1064, 1066 van het Gerechtelijk Wetboek (zoals ze, met uitzondering van artikel 1042, zijn gewijzigd bij de wet van 3 augustus 1992), 100 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, schending van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging, en, voor zoveel nodig, schending van artikel 97 (oud) van de Grondwet,

doordat het arrest vaststelt dat de beroepen beschikking «door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel in kort geding, inzake staking, is gegeven; dat bij de inleiding van de zaak voor het hof op 17 maart 1994, in aanwezigheid van alle naar behoren vertegenwoordigde partijen akte werd genomen: 'De raadslieden van de partijen verzoeken om een rechtsdag te bepalen; het hof stelt die vast op 24 mei 1994 om 9 uur voor een enige raadsheer en zulks op verzoek van alle partijen. Op verzoek van de partijen bepaalt het hof de termijnen om conclusie te nemen als volgt: (de verweersters) moeten hun conclusies nemen tegen 8 april 1994, (de eiseressen) tegen 22 april 1994, het wederantwoord moet voor (de verweersters) tegen 29 april 1994 en voor (de eiseressen) tegen 6 mei 1994 worden ingediend'; het arrest de op 26 april 1994, 6 mei 1994 en 20 mei 1994 door eiseres neergelegde conclusies, alsmede de daarbij gevoegde stukken weert en beslist «dat er derhalve geen rekening dient te worden gehouden met de door (eerste eiseres) in haar akte van hoger beroep voorgedragen middelen, maar wel met de inhoud van het mondelinge verweer», en, met bevestiging van

de beroepen beschikking, de oorspronkelijke vordering van de eerste eiseres niet ontvankelijk verklaart «bij gebrek aan belang en hoedanigheid van harentwege», op grond «dat de termijnen om conclusie te nemen volgens de procedure van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek werden bepaald in aanwezigheid van de raadslieden van de partijen en zulks niettegenstaande het feit dat het ging om een procedure zoals in kort geding; dat de partijen dienaangaande geen enkele opmerking hebben gemaakt; dat de sanctie waarvan sprake is in het laatste lid volgens hetwelk de conclusies die zijn overgelegd na het verstrijken van de in de beschikking van het hof bepaalde termijnen ambtshalve uit de debatten worden geweerd, te dezen van toepassing is, daar de beslissing tot bepaling van de termijnen om conclusie te nemen geen zin zou hebben als ze niet gepaard gaat met een sanctie»,

terwijl, eerste onderdeel, I. sinds de inwerkingtreding van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, wat het verloop van de procedure betreft, onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, de zaken waarvansprake is in artikel 735, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek en die welke krachtens andere bepalingen van hetzelfde wetboek ermee zijn gelijkgesteld, en, anderzijds, de overige zaken; in de in artikel 735, § 1, bedoelde zaken, dat wil zeggen in de zaken «waarvoor slechts korte debatten nodig zijn» en in de ermee gelijkgestelde zaken, uit artikel 735, § 3, volgt dat conclusies op de terechtzitting kunnen worden neergelegd; artikel 747, § 2, bijgevolg niet van toepassing is op dergelijke zaken; *II.* de procedures in kort geding, in de regel, gelijkgesteld zijn met de in artikel 735, § 1, bedoelde zaken; inzake hoger beroep, artikel 1066 uitdrukkelijk bepaalt dat de zaken betreffende het beroep tegen de beslissingen in kort geding, in de regel, moeten worden «aangehouden en bepleit op de inleidingszitting, of anders binnen ten hoogste drie maanden en, zo nodig, op een namiddagzitting», uit die bepaling, gelezen in samenhang met de artikelen 1042 en 1064, blijkt dat artikel 747, § 2, in hoger beroep alleen van toepassing is op het beroep tegen een beschikking in kort geding tenzij in het geval dat, in tegenstelling met hetgeen in artikel 1066 is bepaald, de zaak niet werd aangehouden en bepleit op de inleidingszitting, en evenmin werd verdaagd tot een bepaalde datum opdat erover binnen drie maanden wordt gepleit, maar naar de rol werd verwezen; *III.* de vordering tot staking, krachtens artikel 100 van de wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument «wordt ingesteld en behandeld zoals in kort geding»; uit het voorgaande volgt dat, inzake de vordering tot staking, artikel 747, § 2, in hoger beroep niet van toepassing is, voor zover de zaak op de inleidingszitting werd behandeld of erover werd gepleit binnen de bij artikel 1066 gestelde termijn van drie maanden; *IV.* wanneer, in de gevallen waarop artikel 747, § 2, niet van toepassing, de rechter niettemin termijnen voor de neerlegging en de overlegging van de conclusies heeft bepaald, de sanctie waarvan sprake is in het laatste lid van artikel 747, § 2, niet automatisch kan worden toegepast als die termijnen niet in acht worden genomen; de rechter de buiten termijn neergelegde conclusies alleen maar kan weren als hij die beslissing met redenen omkleedt, hetzij door vast te stellen dat de niet tijdige neerlegging de rechten van de tegenpartij op foutieve wijze schaadt, hetzij door vast te stellen dat ze de goede rechtsbedeling kan belemmeren; *V.* te dezen uit de vaststel-

lingen van het arrest blijkt dat de partijen, bij de inleiding van de zaak voor het hof op 17 maart 1994, om een rechtsdagbepaling hebben verzocht en dat deze op 24 mei 1994 is vastgesteld, dat wil zeggen binnen de bij artikel 1066 gestelde termijn van drie maanden na de inleidingszitting; daaruit volgt dat de partijen niet hebben afgezien van de in dat artikel 1066 bedoelde versnelde procedure en dat het hof evenmin de toepassing van dat artikel heeft uitgesloten; artikel 747, § 2, en, inzonderheid, de in dat artikel bedoelde sanctie in geval van tardieve neerlegging van de conclusies dus niet van toepassing waren; hoewel het hof van beroep termijnen voor de neerlegging van de conclusies had bepaald, het de buiten die termijnen neergelegde conclusies alleen maar kon weren door die beslissing met redenen te omkleden; daaruit volgt dat het arrest, door de door eiseres op 26 april 1994, 6 mei 1994 en 20 mei 1994 neergelegde conclusies te weren, en door die beslissing hierop te doen steunen dat «de termijnen om conclusies te nemen volgens de procedure van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek werden bepaald in aanwezigheid van de raadslieden van de partijen en zulks niettegenstaande het feit dat het ging om een procedure zoals in kort geding» en dat derhalve de in het laatste lid van dat artikel 747, § 2, bedoelde sanctie diende te worden toegepast, de regel schendt volgens welke artikel 747, § 2, in hoger beroep niet van toepassing is op de procedures zoals in kort geding» en op de zaken die worden berecht «zoals in kort geding», voor zover het hof en de partijen de procedure van artikel 1066 hebben nageleefd, dat wil zeggen voor zover de zaak niet naar de rol werd verwezen, maar op de inleidingszitting werd bepleit, hetzij daarvoor een rechtsdag werd bepaald binnen drie maanden (schending van alle in het begin van het middel aangewezen bepalingen, met uitzondering van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 en van artikel 97 (oud) van de Grondwet); het arrest bovendien de regel schendt volgens welke de rechter, buiten het toepassingsgebied van artikel 747, § 2, tardieve conclusies alleen maar uit de debatten mag weren als hij die beslissing met redenen omkleedt en als hij vaststelt, hetzij dat de niet tijdige neerlegging van de conclusies de rechten van de tegenpartij op foutieve wijze schaadt, hetzij dat ze de goede rechtsbedeling belemmert (schending van alle wetsbepalingen en van het algemeen rechtsbeginsel als aangewezen in het begin van het middel, met uitzondering van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 en van artikel 97 (oud) van de Grondwet); althans op grond van de motivering van het arrest niet kan worden uitgemaakt of, te dezen, door de niet tijdige neerlegging van de conclusies van eiseres de rechten van de tegenpartij op foutieve wijze werden geschaad of de goede rechtsbedeling werd belemmerd; de redenen van de bestreden beslissing het Hof derhalve niet in staat stellen de wettigheid ervan te toetsen (schending van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 en, voor zoveel nodig, schending van artikel 97 (oud) van de Grondwet);

tweede onderdeel, uit artikel 740 van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat, in de in artikel 735, § 1, bedoelde zaken evenals in die welke ermee zijn gelijkgesteld, de stukken tot de sluiting van het debat kunnen worden overgelegd; krachtens artikel 100 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, de vordering tot staking «wordt ingesteld en behandeld zoals in kort geding»; de zaken berecht «zoals in

kort geding» gelijkgesteld zijn met de in artikel 735, § 1, bedoelde zaken, voor zover ze, in hoger beroep, werden berecht volgens de procedure van artikel 1066, dat wil zeggen voor zover de zaak werd bepleit op de inleidingszitting of daarvoor een rechtsdag werd bepaald opdat erover binnen drie maanden wordt gepleit; daaruit volgt dat het arrest de stukken die eiseres tegelijk met haar conclusies van 26 april 1994, 6 mei 1994 en 20 mei 1994, dit is vóór de sluiting van de debatten, had neergelegd niet naar recht heeft kunnen weren (schending van alle wetsbepalingen en van het algemeen rechtsbeginsel als aangewezen in het begin van het middel, met uitzondering van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 en van artikel 97 (oud) van de Grondwet):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt, zonder deswege te worden bekritiseerd, dat «de termijnen om conclusie te nemen volgens de procedure van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek werden bepaald in aanwezigheid van de raadslieden van de partijen en zulks niettegenstaande het feit dat het ging om een procedure zoals in kort geding; dat de partijen dienaangaande geen enkele opmerking hebben gemaakt.»;

Dat het arrest, op grond van die vaststelling, terecht oordeelt dat «de sanctie waarvan sprake is in het laatste lid volgens hetwelk de conclusies die zijn overgelegd na het verstrijken van de in de beschikking van het hof bepaalde termijnen ambtshalve uit de debatten worden geweerd, te dezen van toepassing is...», en derhalve zijn beslissing om de conclusies te weren die de eerste eiseres had overgelegd na het verstrijken van de overeengekomen termijnen naar recht verantwoord;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 740 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat alle memories, nota's of stukken die niet op zijn laatst tegelijk met de conclusies of, bij toepassing van artikel 735, vóór de sluiting van de debatten zijn overgelegd, ambtshalve uit het debat worden geweerd;

Overwegende dat uit het antwoord op het eerste onderdeel volgt dat de partijen waren overeengekomen te dezen artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek toe te passen, zodat artikel 735 geen betrekking heeft op het geschil;

Dat het arrest derhalve naar recht beslist de stukken die bij de tardief geachte overlegging van de conclusies van de eerste eiseres werden gevoegd uit het debat te weren;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT—Zie Laenens, J., «Kalenderregeling op de inleidende zitting», *R.W.*, 1995-96, 197-198.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 JUNI 1995

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Verbist

Gezinsbijslag – Zelfstandigen – Recht op bijslag – Verhoogde bijslag – Voorwaarde – Rechthebbende met personen ten laste – Begrip – Samenwonen met het kind

Het recht op de verhoogde gezinsbijslag vastgesteld in art. 19 Gezinsbijslagbesluit Zelfstandigen ontstaat slechts, o.m., voor zover het kind waarvoor de rechthebbende het recht op de verhoogde bijslag doet ontstaan, bij hem inwoont.

Nationale Sociale Verzekeringskas voor middenstand en Beroepen t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 oktober 1994 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Overwegende dat artikel 19, § 5, van het koninklijk besluit van 8 april 1976, houdende regeling van de gezinsbijslag ten voordele van de zelfstandigen, bepaalt dat om recht te doen ontstaan op de bedragen vermeld in § 1, de in dit artikel bedoelde rechthebbende de hoedanigheid moet hebben van rechthebbende met personen ten laste volgens de voorwaarden door de Koning bepaald; dat artikel 1 van het koninklijk besluit van 17 juli 1984 bepaalt dat de voorwaarden inzake de hoedanigheid van rechthebbende met personen ten laste, die zijn welke bepaald zijn in het koninklijk besluit van 12 april 1984 tot uitvoering van de artikelen 42bis en 56, § 2, van de gecoördineerde wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders; dat in artikel 1, eerste lid, 2°, van laatstgenoemd koninklijk besluit is bepaald dat als rechthebbende met personen ten laste wordt beschouwd «de rechthebbende die samenwoont met één of meer kinderen waarvoor hij recht doet ontstaan op kinderbijslag alsmede met zijn echtgenoot of een persoon van het andere geslacht waarmee hij een huishouden vormt»;

Overwegende dat laatstgenoemde wetsbepaling, nu de verhoogde gezinsbijslag overeenkomstig artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 8 april 1976 per kind ten laste wordt toegekend, inhoudt dat de rechthebbende slechts verhoogde gezinsbijslag kan ontvangen voor een kind dat bij hem inwoont;

Overwegende dat het arrest, door anders te oordelen, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 JUNI 1995

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Bützler

1. Uitzendarbeid – Arbeidsovereenkomst – a) Geldigheid – Voorwaarde – Toegestane tijdelijke arbeid – b) Buitengewone vermeerdering van werk – Procedure – c) Niet toegestane tijdelijke arbeid – Tewerkstelling – Gevolg – 2. Bedienden – Arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid – Ongeldigheid – Aansluitende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – Proefbeding – Ongeldigheid

1. a) Een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid is slechts geldig voor zover zij de uitvoering betreft van een bij of krachtens hoofdstuk I W.T.A. 1987 toegestane tijdelijke arbeid.

b) De na te leven procedure betreffende een uitzendarbeid die tot doel heeft te beantwoorden aan buitengewone vermeerdering van werk, wordt geregeld door een algemeen verbindend verklaarde C.A.O. en, bij ontstentenis daarvan, bij art. 2, § 4, C.A.O. nr. 36 van 27 november 1981 (artt. 1, § 5, en 47, derde lid, W.T.A. 1987).

c) Wanneer de gebruiker een uitzendkracht tewerkstelt ter uitvoering van tijdelijke arbeid die niet is toegestaan, zijn beiden gebonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (art. 20 W.T.A. 1987).

2. Het bepaalde in art. 20 W.T.A. 1987 verhindert dat een proefbeding opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die volgt op een ongeldige arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid, kan worden aangemerkt als zijnde vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de bediende in dienst treedt. (art. 67, § 1, W.A.O.).

L. t/ N.V. S.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 februari 1994 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1, §§1 en 5, 7, 20, enig lid, 2°, 21 en 47, inzonderheid het derde lid, van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, 2, inzonderheid § 4, van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 36 van 27 november 1981, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, houdende conservatoire maatregelen betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 9 december 1981 (B.S., 6 januari 1982) en van artikel 1 van dit algemeen verbindend verklaard koninklijk besluit, 37, eerste lid, als van kracht vóór de toevoeging bij wet van 20 juli 1991), 39, § 1, 67, § 1, 81, § 1, en 82, §§ 2, 3 en 4, als gewijzigd bij koninklijk besluit van 14 december 1984 en voor zoveel nodig 131 (als gewijzigd bij wet van 22 januari 1985) van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arbeidshof verweersters hoger beroep gegrond verklaart en eisers oorspronkelijke vordering grotendeels afwijst op grond van, onder meer, de volgende motieven: (Eiser) zet uiteen dat de overeenkomsten voor uitzendarbeid ongeldig zijn en dat S. van het begin af moet worden beschouwd als zijn werkgever, met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, aangezien (verweerster) hem heeft tewerkgesteld buiten de voorwaarden van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers (artikel 20 van de wet). Dit middel is evenwel niet afdoend, aangezien partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst kunnen sluiten, en daarin een proefbeding opnemen, indien de feitelijke gegevens van hun relatie en bijgevolg ook de beoordelingscriteria gewijzigd zijn; (verweerster) vermag te pleiten dat de opdrachten en verwachtingen bij het scheepgaan onder een overeenkomst voor onbepaalde tijd niet dezelfde zijn als bij relaties met een beperkte draagwijdte. De door (eiser) ingeroepen wettelijke fictie doet hieraan geen afbreuk, omdat men bij een uit-

spraak over de rechtvaardiging van een proefclausule rekening moet houden met de realiteit. (Verweerster) betoogt ten overvloede, maar met reden, dat de arbeidsovereenkomsten van uitzendarbeid geldig zijn, aangezien ze een buitengewone vermeerdering van werk tot voorwerp hadden, als bedoeld in artikel 21 van de wet van 24 juli 1987. Dit artikel stelt niet de door (eiser) ingeroepen voorwaarden van procedure; de reglementering van de uitzendarbeid ligt niet in artikel 1, § 5, doch in de artikelen 22 e.v. van de wet. Een veralgemeend stelsel van toelatingen, ingevoerd bij C.A.O., vindt hierin geen grondslag en is ook niet realistisch gebleken; zie in dit verband de C.A.O., nr. 47bis, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, inzonderheid het bepaalde in artikel 3, § 1, luidens hetwelk bij ontstentenis van een vakbondsafvaardiging de procedure waarvan sprake in de C.A.O. nr. 47, niet dient te worden nageleefd als het gaat om een beroep op uitzendarbeid voor een periode van hoogstens zes maanden; dat de C.A.O. nr. 47bis op 1 februari 1991 in werking is getreden, raakt niet aan het wezen van de zaak. Het door (eiser) ingeroepen artikel 47, derde lid, van de wet van 24 juli 1987 is niet dienend, aangezien het betrekking heeft op de tijdelijke arbeid; waar het betrekking heeft op de uitzendarbeid, gaat het over punten die niet in het debat zijn»,

...
terwijl, eerste onderdeel,

Overwegende dat, blijkens de artikelen 7 en 21 van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid slechts geldig is voor zover zij de uitvoering betreft van een bij of krachtens hoofdstuk I van die wet toegelaten tijdelijke arbeid;

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 1 van voormelde wet, tijdelijke arbeid in de zin van die wet de activiteit is die op grond van een arbeidsovereenkomst wordt uitgeoefend en onder meer tot doel heeft te beantwoorden aan een buitengewone vermeerdering van werk;

Dat, krachtens § 5 van dat artikel, de na te leven procedure en de duur van de tijdelijke arbeid bij buitengewone vermeerdering van werk geregeld worden bij een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst, gesloten in de Nationale Arbeidsraad; dat artikel 47, derde lid, van de wet evenwel bepaalt dat, bij ontstentenis van een dusdanige collectieve arbeidsovereenkomst, artikel 2, § 4, van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 36, gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 27 november 1981, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 9 december 1981, van kracht blijft; dat dit artikel 2, § 4, de voorwaarden bepaalt waarin tijdelijke arbeid bij buitengewone vermeerdering van werk toegelaten is;

Overwegende ten slotte dat, krachtens artikel 20 van de voormelde wet van 24 juli 1987, in verband met de artikelen 21 en 1 van die wet, de gebruiker en de uitzendkracht beschouwd worden als verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wanneer de gebruiker die uitzendkracht tewerkstelt ter uitvoering van tijdelijke arbeid die niet is toegelaten;

Overwegende dat het arrest de aangewezen wettelijke bepalingen schendt door te oordelen, eensdeels, dat de bepalingen van de artikelen 1, § 5, en 47, derde lid, van de wet van 24 juli 1987 geen toepassing vinden inzake uitzendarbeid, dat (lees: die) tot doel heeft te beantwoorden aan een buiten-

gewone vermeerdering van werk, anderdeels, dat het bepaalde in artikel 20 van die wet niet eraan in de weg staat dat een ongeldige arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid een relatie is «met een beperkt draagwijdte», en door op die gronden te beslissen dat het proefbeding, vervat in de daaropvolgende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, voldoet aan het vereiste, bepaald in artikel 67, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat het proefbeding moet worden vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de bediende in dienst treedt;

...

RAAD VAN STATE

4e KAMER – 17 NOVEMBER 1995

Voorzitter-rapporteur: de h. Borret

Staatsraden: mevr. Bracke en de h. Stevens

Eerste auditeur: de h. Verhulst (afwijkend advies)

Advocaat: mr. Brewaeyts

Raad van State – Administratief kort geding – Voor schorsing vatbare handelingen

Fictieve weigeringsbeslissingen van het bestuur zijn, net als uitdrukkelijke weigeringsbeslissingen, vatbaar voor schorsing door de Raad van State.

De S. t/ Gemeente Asse

Arrest nr. 56.258

Overwegende dat de vraag rijst of beslissingen die overeenkomstig artikel 14, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State tot stand zijn gekomen, vatbaar zijn voor een vordering tot schorsing;

Overwegende dat uitdrukkelijke weigeringsbeslissingen van het bestuur vatbaar zijn voor schorsing; dat zo te zien geen reden te bedenken valt waarom dat ook niet zou gelden voor de fictieve weigeringsbeslissingen waarvan sprake in artikel 14, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat die reden zou moeten zijn dat artikel 17, § 1, eerste lid, van genoemde wetten wel naar het eerste lid van artikel 14 van die wetten verwijst, maar niet naar het tweede lid;

Overwegende dat artikel 17, § 1, eerste lid, inderdaad luidt:

«Wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor een vernietiging krachtens artikel 14, eerste lid, kan de Raad van State als enige de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan bevelen»;

dat artikel 14 inderdaad luidt:

«De afdeling doet uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwenning van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheidene administratieve overheden of tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken.

Wanneer een administratieve overheid verplicht is te beschikken en er bij het verstrijken van een termijn van vier maanden te rekenen vanaf de haar daartoe door een belanghebbende betekende aanmaning geen beslissing is getroffen, wordt het stilzwijgen van de overheid geacht een afwijzende beslissing te zijn waartegen beroep kan worden ingesteld. Deze bepaling doet geen afbreuk aan de bijzondere bepalingen die een andere termijn vaststellen of aan het stilzwijgen van de administratieve overheid andere gevolgen verbinden»;

Overwegende dat zuiver tekstueel beschouwd de afwijzende beslissing waar artikel 14, tweede lid, het over heeft, niet vatbaar voor schorsing is;

Overwegende dat dit tekstargument alleen dan zonder meer overtuigend zou zijn wanneer artikel 14, tweede lid, de bevoegdheid die artikel 14, eerste lid, aan de Raad van State verleent, zou uitbreiden; dat dit echter niet zo is;

Overwegende dat één zaak is de algemene omschrijving van de annulatiebevoegdheid van de Raad van State; dat dit gebeurt in artikel 14, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat een andere zaak is te preciseren wat onder die algemene omschrijving valt, wat tot de «akten en reglementen», voor annulatieberoep vatbaar verklaard in artikel 14, eerste lid, gerekend kan worden; dat voor de specifieke rechtsfiguur van de «stilzwijgende beslissing» – een beslissing die reeds krachtens artikel 14, eerste lid, vatbaar was voor annulatieberoep – dit gebeurt in artikel 14, tweede lid; dat met andere woorden dat tweede lid niets meer inhoudt dan een technische omschrijving van de «stilzwijgende beslissing» die als zodanig reeds, krachtens het eerste lid van artikel 14, onder de annulatiebevoegdheid viel; dat het dus het annulatieberoep, verleend in het eerste lid, niet uitbreidt, doch, voor een bepaald soort van beslissing enkel technisch uitwerkt, dat het aan dat soort van beslissing een wettelijke gestalte geeft;

Overwegende dat de wetgever van 3 juni 1971, die het bepaalde in artikel 14, tweede lid, heeft ingevoerd, het zo heeft gezien; dat in de memorie van toelichting van het desbetreffende ontwerp van wet te lezen staat: «De ingezetenen ondervinden dikwijls aanzienlijk hinder van het stilzwijgen van de administratie in verband met sommige verzoeken waarop zij dient te beschikken.

Wanneer tegen de zaak een beroep bij de Raad van State kan worden ingediend, beoordeelt deze thans aan de hand van de omstandigheden van ieder geval, wanneer het langdurige stilzwijgen van de administratieve overheid als een stilzwijgende verwerping van het verzoek kan worden beschouwd (zie arrest nr. 5982 – Danguy).

Ten einde een langdurige juridische onzekerheid te voorkomen en de rechtzoekende in dergelijke gevallen doeltreffend te beschermen, blijkt het geraden te dezen een analoge regel als die welke in Frankrijk bij de wet van 17 juli 1900 ingevoerd werd utdrukkelijk te formuleren» (*Gedr. St., Senaat*, 1962-63, nr. 128, 5; in dezelfde zin het verslag van de Senaatscommissie, *ibid.*, 1963-64, nr. 13,3); dat in het Kamer-verslag het aldus wordt uitgedrukt: 'Het ontwerp heeft ook de gevolgen willen verhelpen van het lijdzaam toezien door het Bestuur. Het gebeurt soms dat het Bestuur weigert uitspraak te doen. De Raad van State heeft reeds verklaard dat een dergelijke houding van de bestuurlijke overheid gelijkstaat met een verwerping van de vraag. Het ontwerp heeft

tot doel aan die uitspraak (lees: rechtspraak; in de Franse tekst heet het: 'jurisprudence') een institutioneel karakter te geven» (*Gedr. St., Kamer*, 1004 (1964-1965) – nr. 5, 2; in dezelfde zin, *ibid.*, 369 (1968-1969) – nr. 7, 2);

Overwegende dat uit de geciteerde passussen uit de parlementaire voorbereiding wel degelijk blijkt dat het de wetgever niet te doen was om een uitbreiding van de bevoegdheid van de Raad van State – hierin bestaande dat hij voortaan stilzwijgende beslissingen zou kunnen vernietigen – maar om de vertechnisering van een bevoegdheid die de Raad reeds had – de bevoegdheid om stilzwijgende beslissingen te vernietigen – en uitoefende;

Overwegende, argument ex absurdo, dat wie niet aanvaardt dat ook de fictieve beslissingen ex artikel 14, tweede lid, geschorst kunnen worden, het bestuur een middel aan de hand doet om aan iedere schorsing te ontkomen door gewoon geen beslissing te nemen, en dit uitgerekend in zaken waarin het – geval uitsluitend gevisieerd door artikel 14, tweede lid – tot wettelijke plicht heeft er een te nemen: het bestuur laat de termijn in artikel 14, tweede lid, bepaald voor het nemen van een beslissing verstrijken en stelt dan dat de uit dat verstrijken ontstane fictieve beslissing niet vatbaar is voor schorsing; dat als het bestuur integendeel zijn wettelijke verplichting om een beslissing te nemen wel naleeft, het zich aan het risico van een schorsing blootstelt; dat dit absurde resultaat onmogelijk door de wetgever gewild kan zijn;

Overwegende dat een zodanige bedoeling des te minder aan de wetgever kan worden toegeschreven daar in de tekst die een eerste maal aan de Raad van State schorsingsbevoegdheid toekeende, geen zogenaamd beperkende verwijzing naar het eerste lid van artikel 14 voorkwam; dat gedoeld wordt op de oorspronkelijke tekst van artikel 17, § 1, ingevoerd bij de wet van 16 juni 1989; dat die tekst luidde als volgt: «Op vraag van de verzoekende partij kan de Kamer die bevoegd is om de zaak ten gronde te beslechten, eenparig bij een met redenen omkleed arrest de schorsing van de tenuitvoerlegging van de aangevochten akte of verordening bevelen indien het beroep de schending van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet aanvoert»; dat, de vorige overwegingen mede in acht genomen, het niet geloofwaardig is dat, zonder zich daaromtrent met maar een woord te verantwoorden, de wetgever met de nieuwe tekst van artikel 17, § 1, de in artikel 14, tweede lid, omschreven beslissingen voortaan uit de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State heeft willen weren;

Overwegende dat uit het vorenstaande volgt dat de bestreden beslissing vatbaar is voor schorsing;

...

NOOT-Fictieve weigeringsbeslissingen zijn vatbaar voor schorsing door de Raad van State

1. Luidens artikel 14, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (R.v.St.-wet) doet de afdeling administratie bij wijze van arresten uitspraak over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden (objectief beroep) of tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken (administratieve casatie). In het tweede lid van hetzelfde artikel wordt gesteld

dat, wanneer een administratieve overheid verplicht is te beschikken en er bij het verstrijken van een termijn van vier maanden te rekenen vanaf de haar daartoe door een belanghebbende betekende aanmaning geen beslissing is genomen, het stilzwijgen van de overheid geacht wordt een afwijzende beslissing te zijn waartegen beroep kan worden ingesteld. Dit zijn de zgn. «fictieve weigeringsbeslissingen». Deze in het geannoteerde arrest gebruikte termen worden ook gehanteerd door I. Opdebeek, die de rechtsfiguur grondig heeft geanalyseerd in *Het inactieve bestuur. Administratief-rechtelijke rechtsbescherming tegen stilzitten van de overheid in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 51 pp. en *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 482 pp. Andere auteurs hebben het over de «impliciet afwijzende beslissing» of de «stilzwijgende afwijzende beslissing», (Lambrechts, W., *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1988, 42; Mast, A. en Dujardin, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Brussel, E; *Story-Scientia*, 1994, nr. 707; zie bv. ook R.v.St., *DEclerck*, nr. 25572, 4 juli 1985 en R.v.St., n.v. *Industry Project and Engineering Systems*, nr. 45087, 30 november 1993).

Sinds de invoering van het administratief kort geding kan de Raad van State rechtshandelingen van administratieve overheden niet alleen vernietigen, maar ook schorsen. Artikel 17, § 1, eerste lid, R.v.St.-wet bepaalt dat, wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor vernietiging krachtens artikel 14, eerste lid, de Raad van State als enige de schorsing van de tenuitvoerlegging kan bevelen. De schorsingsbevoegdheid is luidens deze bepaling beperkt tot de handelingen van het actief bestuur (objectief beroep); administratieve beslissingen in betwiste zaken (administratief cassatieberoep) worden in artikel 17, § 1, eerste lid, R.v.St.-wet niet genoemd en kunnen dus niet geschorst worden (vaste rechtspraak; zie bv. R.v.St., O.C.M.W. Ganshoren, nr. 35396, 5 juli 1990; R.v.St., Tiekou, nr. 37541, 27 augustus 1991; R.v.St., Verhaeghe, nr. 38738, 13 februari 1992; R.v.St., Nsumbu Mpaka en Mongo, nr. 45900, 1 februari 1994; R.v.St., De Beer, nr. 47774, 6 juni 1994; R.v.St., Van Hoof, nr. 51695, 20 februari 1995; R.v.St., Malongo Masu, nr. 52459, 23 maart 1995, en R.v.St., Kuseka Songo, nr. 56144, 8 november 1995; Lanckswert, E., *Het administratief kort geding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, nr. 71).

2. Anders dan de Franse Conseil d'Etat oordeelt de Belgische Raad van State op constante wijze dat expliciete weigeringsbeslissingen geschorst kunnen worden (zie inzonderheid het principearrest R.v.St., Anciaux Henry de Faveaux en consorten, nr. 34018, 8 februari 1990, en Lanckswert, E., o.c., nrs. 98-99 en 209211) ook al levert de schorsing niet direct de door de verzoeker nagestreefde positieve beslissing op: de schorsing van de weigering om een bouwvergunning af te leveren brengt bv. niet mee dat de verzoeker over een bouwvergunning beschikt en dus mag beginnen te bouwen.

De in het geannoteerde arrest gestelde rechtsvraag is evenwel of ook de ex artikel 14, tweede lid, R.v.St.-wet bepaalde fictieve weigeringsbeslissingen kunnen worden geschorst. De redactie van artikel 17, § 1, eerste lid, R.v.St.-wet (die het resultaat is van een voorstel van de afdeling wetgeving van de Raad van State: vgl. het voorontwerp voorgelegd aan de Raad van State, *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1300/1, 30, met het tekstvoorstel van de afdeling wetgeving en het

ontwerp van wet, *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, 1300/1, 26 en 44) en met name de expliciete verwijzing en verdeeldheid gezaaid in zowel de rechtsleer als de rechtspraak van de afdeling administratie van de Raad van State zelf.

Twee standpunten staan hier diametraal tegenover elkaar. Eén visie steunt op de letter van de wet en leidt af uit het feit dat artikel 17 R.v.St.-wet niet verwijst naar artikel 14, tweede lid, dat de in die bepaling bedoelde beslissingen niet geschorst kunnen worden. Een tweede visie steunt op de *ratio legis* van artikel 14, tweede lid, om te stellen dat fictieve weigeringsbeslissingen wel geschorst kunnen worden.

In de rechtsleer hebben tal van auteurs stelling genomen. P. Bouvier («Le référé administratif», *Revue de droit communal*, 1994, 205-206), J.-P. Lagasse (*Le référé administratif*, Brussel, Editions Formatique, 1992, 22 en 44) en E. Lanckswert (*o.c.*, nrs. 70 en 72) vinden dat een impliciet afwijzende beslissing niet geschorst kan worden. P. Bouvier stelt zelfs dat artikel 17, § 1, R.v.St.-wet zo klaar als kristal is («l'article 17, § 1, 1er, partage avec l'eau de roche sa limpidité...»: l.c., 206, vn. 18). Daar zijn het niet mee eens: I. Kovalovszky («La recevabilité d'une demande de suspension de l'exécution d'une décision implicite de rejet», *Adm. Publ. (T)*, 1995, 167-169); P. Lewalle (*Le référé administratif*, Luik, Ed. collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1993, 113); I. Opdebeek (*Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, o.c., nr. 539bis, en «De aanvechtbaarheid in kort geding en ten gronde van de fictieve weigering van de erkenning als aannemer van openbare werken» (noot onder R.v.St., N.V. Industry Project and Engineering Systems, nr. 47941, 14 juni 1994), *R.W.*, 1994-95, 849-850; M. Quintin («Des mesures provisoires d'urgence et des procédures accélérées», *Adm. Publ. (T)* 1995, 132); F. Tulkens («L'introduction d'un référé administratif en droit belge: une délicate révolution», *J.T.*, 1992, 29) en ondergetekenden (Baert, J. en Debersaques, G., *Raad van State. Afdeling Administratie – 2. Ontvankelijkheid*, in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 1996, nr. 5).

Ook in de rechtspraak van de Raad van State is de tweespalt duidelijk merkbaar. Eerst oordeelde de Raad in zijn arresten Shao en Petros c.s. (R.v.;St., nrs. 43285 en 43286, 11 juni 1993) «que s'il est vrai que les travaux préparatoires de cette disposition n'indiquent pas pour quelle raison le législateur aurait entendu exclure la suspension de l'exécution de cette disposition, la référence expresse que l'article 17 contient à l'article 14, alinéa 1er, implique que les décisions implicites visées à l'article 14, alinéa 2, ne sont pas de celles dont l'article 17 des lois coordonnées autorise le Conseil d'Etat à suspendre l'exécution». Daarna ging de Raad van State in het arrest N.V. Industry Project and Engineering Systems (R.v.St., nr. 45087, 30 november 1993, *R.W.*, 1994-95, 845, noot Opdebeek, I., de andere richting uit door een stilzwijgende afwijzende beslissing te schorsen. In het arrest wordt de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State t.a.v. dergelijke fictieve beslissingen impliciet aangenomen: een verantwoording is er niet in te vinden. In het arrest *ovart* (R.v.St., nr. 52580, 29 maart 1995, *Adm. Publ. (T)*, 1995, 166, adv. auditeur Kovalovszky, I.) ten slotte wordt gesteld «que l'alinéa 2 de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'a pas pour objet de prévoir une nouvelle catégorie d'actes susceptibles de recours mais bien de définir les conditions du recours dirigé contre le silence gardé par l'administration; que le rejet implicite, déduit du silence de

l'administration (...), constitue un acte administratif au sens de l'article 14, alinéa 1er».

De aarzeling in de rechtspraak en de rechtsleer wordt nog versterkt door de vaststelling dat het geannoteerde arrest gewezen is op andersluidend advies van de eerste auditeur, die o.m. van oordeel was dat vorderingen tot schorsing van de in artikel 14, tweede lid R.v.St.-wet bedoelde beslissingen niet ontvankelijk zijn en dat verzoekster met de schorsing van een al dan niet fictieve weigeringsbeslissing niets in de hand heeft. Ook bij de voornoemde arresten Shao, Petros en consorten en N.V. Industry Project and Engineering Systems was er telkens andersluidend advies van het auditoraat over die kwestie.

3. Achter het dispuut en de erdoor veroorzaakte onzekerheid wordt met het duidelijke en geannoteerde stevig onderbouwde arrest hopelijk een punt gezet. Wij onderschrijven de in dit arrest gevolgde redenering volledig. Artikel 14, tweede lid, R.v.St.-wet is ingevoegd bij de wet van 3 juni 1971 (tot wijziging van de wetten betreffende de Raad van State, B.S., 19 juni 1971) en heeft eigenlijk de waarde van een soort interpretatieve of verduidelijkende bepaling, omdat de Raad van State zich vóór de invoering ervan reeds bevoegd had verklaard om fictieve weigeringsbeslissingen te vernietigen (R.v.St., Danguy, nr. 5982, 23 januari 1958; R.v.St., Albart en Albart, nr. 12240, 24 februari 1967, en R.v.St., Tavernier, nr. 12777, 24 januari 1968, T.B.P., 1969, 174, noot Depondt, A.: vóór de wet van 3 juni 1971 werd voor elk geval onderzocht of het langdurig stilzwijgen van de overheid bij wie een aanvraag regelmatig was ingediend, als een impliciete afwijzing van die aanvraag kon worden geïnterpreteerd). De Raad van State ging er dus van uit dat zijn bevoegdheid om ook dergelijke beslissingen te vernietigen reeds in het eerste lid van artikel 14 R.v.St.-wet vervat lag, zodat het tweede lid de bevoegdheid van de Raad niet heeft uitgebreid, maar alleen heeft verduidelijkt en bovendien gepreciseerd wanneer en onder welke voorwaarden er sprake kan zijn van een impliciet afwijzende beslissing.

Artikel 14, tweede lid, R.v.St.-wet houdt immers het vermoeden in dat wanneer de administratieve overheid verplicht is te beschikken (R.v.St., Van Varenbergh, nr. 41588, 15 januari 1993; R.v.St., Babylon, nr. 47474, 17 mei 1994; R.v.St., De Neef, nr. 47906, 13 juni 1994; zie ook Opdebeek, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur, o.c.*, nrs. 506-512) en wanneer bij het verstrijken van een termijn van vier maanden te rekenen vanaf de haar daartoe door een belanghebbende betekende aanmaning (die duidelijk blijkt moet geven van de bedoeling van de betrokkene om het stilzwijgen van de overheid op basis van art. 14, tweede lid, R.v.St.-wet te beschouwen als een afwijzende beslissing en hiertegen annulatieberoep in te stellen bij de Raad van State: R.v.St., Peeters, nr. 23692, 22 november 1983; zie ook Opdebeek, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur, o.c.*, nrs. 513-525) geen beslissing heeft genomen, zij geacht wordt een afwijzende beslissing te hebben genomen die met een annulatieberoep kan worden bestreden en waarvan de schorsing kan worden gevraagd. Deze regeling is niet beperkt tot de handelingen met individuele draagwijdte (de Raad van State is ook bevoegd om het niet uitvoeren van een wets- of verordeningsbepaling af te keuren: R.v.St., Boitquin c.s., nr. 25814, 6 november 1985, *Adm. Publ. (T)*, 1986, 80-99, noot Leroy, M.; R.v.St., Boitquin, nr. 27554, 18 februari 1987; vgl. met R.v.St., Brauers, nr. 41504, 28 december 1992)

en ze doet geen afbreuk aan de bijzondere bepalingen die een andere termijn vaststellen of aan het stilzwijgen van de administratieve overheid andere gevolgen verbinden.

*Jo Baert en Geert Debersaques
Auditeurs in de Raad van State*

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER – 25 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. Staessens en Thybergin

Advocaten: mrs. Clijmans en Crabeel

Arbeidsongeval – Schadeloosstelling – Dodelijk ongeval – Bloedverwanten in opgaande lijn – Rechtstreeks loonvoordeel – Onder hetzelfde dak wonen – Begrip – Bewijs

Wanneer uit het bevolkingsregister blijkt dat op hetzelfde adres als dat van de ouders van het slachtoffer, op het tijdstip van het ongeval, drie gezinnen waren ingeschreven, waaronder dat van het dodelijk slachtoffer en zijn levensgezellin, is niet aangetoond dat de ouders en de getroffene «onder hetzelfde dak» woonden. In zulk een geval dienen de eerstgenoemden op een andere wijze te bewijzen dat zij rechtstreeks voordeel uit het loon van de getroffene haalden (art. 20 Arbeidsongevallenwet).

N.V. F. t/ B. en H.

1. Op 4 april 1986 wordt de bijna 24-jarige Bruno B., zoon van geïntimeerden, het slachtoffer van een dodelijk ongeval op het werk.

Zich beroepende op hun verzekeringsovereenkomst met appellante, vorderen zij, als begunstigden van de vergoedingen, bepaald door de wet op de arbeidsongevallen van 10 april 1971, van appellante, bij dagvaarding haar betekend op 10 maart 1988, betaling van: de contractueel bedongen vergoeding voor begrafeniskosten; een lijfrente van 20% op het basisloon van hun zoon. Het bestreden vonnis willigt deze vordering in.

2. De verzekeringspolis is er een die de verzekerden, waaronder het slachtoffer, dekt voor «persoonlijke ongevallen met vergoedingen arbeidsongevallen (vergoedingen wet)».

Overeenkomstig de bijzondere voorwaarden zijn, in geval van verzekerd ongeval, de vergoedingen gelijk aan die vastgesteld door de wet op de arbeidsongevallen van 10 april 1971, en worden als begunstigden aangewezen de personen door dezelfde wet bepaald.

Zo somt de polis o.m. de artikelen 15, § 1, en 20 van die wet op, volgens welke iedere ouder aanspraak kan maken op een lijfrente van 20% op het basisloon van het slachtoffer, mits het onder hetzelfde dak woonde (en zij daarom geacht werden rechtstreeks voordeel uit zijn loon te halen).

3. Appellante, daarin tegengesproken door geïntimeerden, stelt dat het slachtoffer niet kan worden beschouwd als iemand die «onder hetzelfde dak» woonde van zijn ouders, waardoor deze dientengevolge niet het onweerlegbaar vermoeden kunnen genieten dat zij «rechtstreeks voordeel uit het loon van de getroffene haalden» en, aangezien zij dit be-

wijs ook op geen andere manier leveren, geen aanspraak kunnen maken op enige vergoeding.

3.1. De omstandigheid samen te wonen is van feitelijke aard en moet door de rechthebbenden bewezen en door de rechter onderzocht worden.

Appellante legt een uittreksel over uit het bevolkingsregister van de gemeente B., waaruit blijkt dat op het ogenblik van het ongeval, in de woning van geïntimeerden drie gezinnen waren ingeschreven, nl. het gezin gevormd door geïntimeerden en hun kinderen Arno en Caroline, dat gevormd door Yvan B. en Carla M. en uiteindelijk dat van het slachtoffer en Nicole C.

De juistheid van dit stuk wordt door geïntimeerden niet betwist.

Het rouwbericht spreekt van de zoëven genoemde Nicole C. als van de «echtgenote» van het slachtoffer.

Niet onbelangrijk is voorts dat diezelfde Nicole C. door de litigieuze polis ook verzekerd wordt tegen dezelfde risico's met als begunstigde in geval van dodelijk ongeval Bruno B., het slachtoffer.

Die stukken tonen aan, met een aan zekerheid grenzend vermoeden, dat het slachtoffer op het ogenblik van het ongeval niet meer bij de geïntimeerden inwoonde, geen deel meer uitmaakte van hun gezin, maar op dat ogenblik, zij het onder hetzelfde dak, samenwoonde met Nicole C.

3.2. Geïntimeerden dienen in de gegeven omstandigheden het bewijs te leveren dat zij rechtstreeks voordeel haalden uit het loon van het slachtoffer.

Dit bewijs leveren geïntimeerden echter niet.

NOOT—Raadpleeg daarover ook Cass., 1 juni 1977, *R. W.*, 1977-78, 1367.

HOF VAN BEROEP TE GENT

13e KAMER – 27 SEPTEMBER 1995

Voorzitter: de h. Gallet

Advocaten: mrs. Van Steenbrugge en Traest

Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Beslissing van gevangenisdirecteur

Betreffende beslissingen van de directeur van een gevangenis (te dezen een beslissing waardoor een gedetineerde in een strikt afzonderingsregime is geplaatst) kan de kortgedingsrechter in spoedeisende gevallen niet de opportuniteit van een maatregel beoordelen, maar hij kan en moet nagaan of de bestreden bestuurlijke handeling prima facie onrechtmatig of onwettig is en de subjectieve rechten van de verzoeker schendt.

C. t/ Belgische Staat

De appellant is sinds 18 juli 1994 opgesloten in de strafinrichting te Gent. Vanaf 29 september 1994 werd hij in een strikt afzonderingsregime geplaatst, waardoor contact met andere gedetineerden onmogelijk was. Dit regime werd in de loop van de procedure geleidelijk – en tot nog toe slechts gedeeltelijk – afgebouwd.

Bij dagvaarding in kort geding heeft de appellant de eerste rechter verzocht de opheffing te bevelen van de uitzonde-

eringsmaatregel waaraan hij in de gevangenis werd onderworpen. Hij voerde aan dat dit regime voor hem onmenselijk en ondraaglijk geworden was en dat de tegen hem genomen maatregel kennelijk onredelijk, onrechtmatig en onwettig is. De kortgedingsrechter is, volgens hem, bevoegd omdat alleen deze tijdig een zinvolle rechterlijke beslissing kan nemen.

De geïntimeerde betwistte de bevoegdheid van de rechter in kort geding bewarend dat geen spoed aanwezig was omdat het regime reeds sedert 29 september 1994 gold en pas een verzoek werd ingediend op 12 december 1994.

Verder stelde de geïntimeerde dat de kort geding rechter niet kon oordelen over de opportuniteit van de genomen maatregel.

De eerste rechter oordeelde dat uit de stukken bleek dat de genomen maatregel geleidelijk aan werd versoepeld, waardoor het contact met andere gedetineerden en met de buitenwereld wordt hersteld en dat geen urgentie voorhanden was welke het noodzakelijk maakte het verzoek in te willigen.

Verder oordeelde hij dat de maatregel niet onwettig was.

Het hoger beroep en de beoordeling

De appellant herhaalt voor het Hof zijn grieven.

De geïntimeerde betwist niet dat de kortgedingsrechter principieel bevoegd is om, in spoedeisende gevallen, bij voorraad aan de administratieve overheid (te dezen de directeur van de gevangenis) de verbodsmaatregelen op te leggen die noodzakelijk zijn ter voorkoming of tot stopzetting van een foutieflijkende aantasting, door die overheid, van de subjectieve rechten van de appellant.

De partijen zijn het erover eens dat de rechter, in kort geding, niet de opportuniteit van een maatregel kan beoordelen.

De kortgedingsrechter (en dus ook het Hof zittend in hoger beroep inzake een kort geding) kan de zaak niet ten gronde beoordelen en kan dus enkel onderzoeken of er een voldoende schijn van recht aanwezig is, of, met andere woorden, hij kan en moet enkel nagaan of de bestreden bestuurlijke akte prima facie onrechtmatig of onwettig is en de subjectieve rechten van de verzoeker schendt.

Ten onrechte stelt de geïntimeerde dat er geen hoogdringendheid is omdat de verzoeker geruime tijd heeft gewacht alvorens de procedure te starten: de dringendheid kan immers blijven bestaan zolang de gevolgen van de bestreden maatregel voortduren. Zulks is te dezen het geval.

Uit de stukken blijkt dat de beslissing door de directeur van de strafinrichting werd gemotiveerd en dat ze gegrond is op art. 139 van het Algemeen reglement van de strafinrichtingen. De beslissing is dus, prima facie, wettig genomen. De bewering van de appellant dat in het onderhavige geval, dit artikel niet toegepast mocht worden en dat enkel artikel 106bis van hetzelfde reglement toepassing kon vinden, is – eveneens prima facie – niet gegrond.

De bestreden beslissing van de directeur van de strafinrichting is dan ook niet kennelijk onrechtmatig of onwettig, zodat er geen redenen zijn om ze bij wijze van voorlopige maatregel op te heffen of de toepassing ervan te schorsen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

13e KAMER – 18 DECEMBER 1995

Voorzitter: mevr. Beeckman

Advocaten: mrs. Roosendaal en Van Moorleghem loco Fransen

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Termijn – Betekening in het buitenland – Verlenging termijn Art. 55 Ger.W. – Toepassingsgebied – Beslag

De termijn van één maand om hoger beroep in te stellen kan in beslagzaken niet worden verlengd op grond van art. 55 Ger.W.

E. Ltd t/ H. & W.

Gelet op de door de wet vereiste processtukken in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder de beschikking waartegen hoger beroep betekend op 6 april 1994 en het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd ter griffie van dit Hof op 3 juni 1994;

Overwegende dat geïntimeerde terecht stelt dat het hoger beroep nietontvankelijk is omdat het niet binnen een maand na de betekening is ingesteld;

Overwegende immers dat conform artikel 1395 Gr.W. alle vorderingen betreffende bewarende beslagen ingesteld worden en behandeld zoals in kort geding; dat de termijn om hoger beroep in te stellen tegen een beschikking van de beslagrechter zoals tegen een beschikking van de rechter rechtsprekende in kort geding derhalve één maand bedraagt na de betekening ervan;

Overwegende dat art. 55 Ger.W. slechts uitwerking heeft in de gevallen waarin de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt;

Overwegende dat art. 1039, vierde lid, Ger.W. dat in de toepassing van art. 55 Ger.W. in urgentieprocedures voorzigt, opgeheven werd door artikel 37 van de wet van 15 juli 1970 (B.S., 30 juli 1970) nu de termijn van 8 dagen op 1 maand werd gebracht;

Overwegende dat nu de procedureregels van het kort geding toepasselijk zijn inzake bewarend beslag, ook hier de regel geldt dat de termijn van hoger beroep van 1 maand niet kan worden verlengd conform art. 55 Ger.W. (zie Alphonse Kohl, *L'appel en droit judiciaire privé*, Prolegomena, pp. 73 e.v.); dat het beroep derhalve niet ontvankelijk is wegens laattijdigheid (betekening van de beschikking op 6 april 1994 en hoger beroep op 3 juni 1994);

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 6 JUNI 1994

Rechter: de h. Floren

Advocaten: mrs. Van den Acker, Traen en Staelens

1. Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – Losgekomen brok beton in het wegdek – 2. Onrechtmatige overheidsdaad – Verkeer op de openbare wegen – Beveiligingsverplichting van de gemeenten – Autoweg

1. Een opgestoken en losgekomen brok beton van een vrij belangrijke omvang in het wegdek van een autoweg vormt een gebrek van die weg in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W., in die zin dat die weg een abnormaal kenmerk vertoont dat schade kan berokkenen aan de weggebruikers.

2. De algemene beveiligingsverplichting van de gemeenten kan niet worden uitgebreid tot de autowegen, rekening houdend met het bijzonder statuut van deze wegen.

Van der B. t/ Gemeente Oostkamp e.a.

1. Blijkens het strafdossier stak op de linkerrijstrook van de A 17, ter hoogte van kilometer 61,884, een stuk beton omhoog, die als het ware een springplank vormde. Een losgekomen brok beton van ongeveer 60 cm lang en 15 cm dik is losgekomen en meegedraaid met het rechterachterwiel van de wagen, bestuurd door Reinhilde Z. Hierdoor is zij de controle over het stuur verloren en tweemaal tegen de vangrails gereden.

Deze beschrijving van de hindernis door de verbalisanten stemt volledig overeen met de verklaring van de getuige C., die zegt dat hij de Volkswagen plots omhoog zag springen en vervolgens een steen zag vliegen.

De bestuurster van de wagen van eiser verklaarde dat zij ongeveer 120 kilometer per uur reed en een beetje vertraagde toen zij voor zich een bult bemerkte.

Voorgaande elementen, en meer bepaald de verklaring van de bestuurster zelf, maken het niet mogelijk een fout van haar aan te nemen. Zij reed op de snelweg en in gewone omstandigheden qua weer en zichtbaarheid met een normale snelheid. Bij het bemerken van de hindernis, die zij ongetwijfeld moeilijk kon inschatten, heeft zij vertraagd en niet plots geremd, hetgeen op een snelweg een normale reactie is.

Het ongeval is volledig te wijten aan een gebrek in het wegdek van de snelweg (een opgestoken en losgekomen brok beton van een vrij belangrijke omvang), die een normaal oplettend bestuurder niet hoeft te verwachten. Dat de hindernis reeds eerder was vastgesteld en dit blijkbaar het eerste ongeval was, doet hieraan geen afbreuk. Het kan integendeel enkel de verantwoordelijkheid verzwaren van de bevoegde overheid, aan wie de verbalisanten de toestand van het wegdek hadden gesignaleerd, maar die niettemin passief is gebleven.

De afwezigheid van enige fout van de bestuurster van de wagen laat meteen besluiten tot de ongegrondheid van de tussenvordering, die tweede verweerster heeft geformuleerd ten aanzien van de vrijwillig tussenkomende partij.

2. De hiervoor reeds beschreven toestand van het wegdek van de snelweg vormde een gebrek, in die zin dat de weg een abnormaal kenmerk vertoonde, dat schade kon berokkenen aan de weggebruikers. Door het gebrek was de rijbaan ongeschikt voor een normaal gebruik (Cass., 27 februari 1987, R.G.A.R., 1989, nr. 11.447).

Tweede verweerster, die niet betwist dat zij bewaarder is van de gebrekkige zaak, is op grond van artikel 1384, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk voor de schade, veroorzaakt door het ongeval.

3. Het is correct dat door het Hof van Cassatie reeds herhaaldelijk als principe is aangenomen dat, tenzij een vreemde oorzaak die haar niet kan worden toegerekend, haar belet haar beveiligingsverplichting na te leven, de gemeenteoverheid op haar grondgebied de veiligheid van het verkeer in de

straten moet handhaven, zelfs op gedeelten van de openbare weg die haar niet toebehoren (Cass., 21 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 620; Cass., 10 oktober 1991, *R.W.*, 1991-92, 779).

Het is echter opvallend dat voornoemde arresten telkens uitdrukkelijk verwijzen naar het begrip «straten». Duidelijk worden hiermee bepaalde rijkswegen bedoeld, waarop – door hun aard en ligging – de gemeente de facto een zekere controle uitoefent. De algemene beveiligingsverplichting van de gemeenten kan niet worden uitgebreid tot autowegen, rekening houdend met het bijzonder statuut van deze wegen (Cass., 18 mei 1989, *De Verzekering*, 1990, 208).

Volledigheidshalve kan hieraan worden toegevoegd dat uit niets blijkt dat eerste verweerster op de hoogte was gebracht van het gebrek (de verbalisanten hebben enkel de diensten van tweede verweerster verwittigd). Een fout of een onvoorzichtigheid van de gemeente (in de zin van de artikelen 1382-1383 B.W.) kan evenmin worden aangenomen.

De vordering van eiseres is ongegrond ten aanzien van eerste verweerster.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

4e KAMER – 9 OKTOBER 1995

Voorzitter: de h. Van de Merckt

Openbaar ministerie: mevr. Caluwé

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Grondvoorwaarden – Peildatum

De grondvoorwaarden voor de echtscheiding door onderlinge toestemming dienen vervuld te zijn op de datum van indiening ter griffie van het inleidend verzoekschrift.

M. en G.

Overwegende dat de rechtbank dient na te gaan op welk tijdstip voldaan moet zijn aan de grondvoorwaarden inzake echtscheiding door onderlinge toestemming;

dat vóór de invoering van de wet van 30 juni 1994, Belgische Staatsblad, 21 juli 1994, aanvaard werd dat de voorwaarde inzake de minimumleeftijd van de echtgenoten en de minimumduur van het huwelijk vervuld dienden te zijn op het ogenblik van de eerste verschijning van partijen voor de voorzitter van de rechtbank (zie o.a. prof. dr. Baeteman, *Het echtscheidingsrecht in België*, nr. 256, met verwijzing naar art. 1297 van het Gerechtelijk Wetboek; Luik, 22 december 1949, *Pas.*, 1950 II, 40; De Page H., o.e. nr. 1.017);

dat de notariële akten (inventaris, regeling rechten) als buitengerechtelijke akten beschouwd worden (A.P.R., L. Lindemans, *Taalgebruik in gerechtszaken*, nr. 27, p. 21);

dat de gerechtelijke procedure een aanvang nam met het opstellen van het proces-verbaal van de eerste verschijning; dat sedert de wet van 30 juni 1994 het rechtsgeding een aantal wijzigingen heeft ondergaan;

dat artikel 1288bis van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de vordering echtscheiding door onderlinge toestemming wordt ingeleid bij verzoekschrift (zie ook de franse tekst: «la demande est introduite...»);

dat voormeld verzoekschrift voortaan de eerste gerechtelijke akte vormt van het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming;

dat deze procedurestap voor de wet van 30 juni 1994 niet bestond;

Overwegende dat vervolgens in het oude stelsel het openbaar ministerie advies gaf na de derde verschijning van partijen;

Overwegende dat in het nieuwe stelsel het openbaar ministerie binnen acht dagen, na de neerlegging van het verzoekschrift, van de griffie twee afschriften ontvangt van het verzoekschrift en van de bijlagen (art. 1288ter Gerechtelijk Wetboek);

Overwegende dat het openbaar ministerie luidens artikel 1289ter Gerechtelijk Wetboek in principe (en ook in de praktijk) schriftelijk advies uitbrengt inzake de toelaatbaarheid van de echtscheiding, dat neergelegd wordt ter griffie ten laatste de dag voor de verschijning van de echtgenoten bedoeld in artikel 1289 Gerechtelijk Wetboek;

dat wegens de omstandigheden van de zaak dit advies mondeling of schriftelijk nog gegeven kan worden op de dag van de verschijning van partijen;

dat het openbaar ministerie bij het uitbrengen van zijn advies slechts rekening kan houden met de elementen van het dossier van de rechtspleging zoals het op dat ogenblik voorligt;

dat de tussenkomst van het openbaar ministerie op het einde van het geding (artikel 1297 Gerechtelijk Wetboek) hieraan geen afbreuk doet;

dat het oude artikel 1297 Ger.W. door de nieuwe bepaling vervangen werd;

dat partijen in het huwelijk traden op 21 mei 1993;

Overwegende dat het verzoekschrift in casu werd neergelegd op 3 mei 1995;

dat het openbaar ministerie schriftelijk gunstig adviseerde op 11 mei 1995;

dat de eerste verschijning plaatsvond op 23 mei 1995;

Overwegende dat – waar in het nieuwe stelsel het inleidend verzoekschrift de eerste stap vormt van het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming en waar het Openbaar Ministerie in de praktijk in zake de toelaatbaarheid van de echtscheiding advies uitbrengt vóór de datum voorzien voor de eerste verschijning en waar het oude artikel 1297 Ger.W. vervangen werd – de rechtbank van oordeel is dat de grondvoorwaarden vervuld dienen te zijn op datum van de neerlegging ter griffie van het inleidend verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming;

Overwegende dat op 3 mei 1995 aan de minimumduurtijd inzake huwelijk niet voldaan was;

...

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

4e KAMER – 31 OKTOBER 1995

Voorzitter: de h. Beerten

Advocaten: mr. Janssen loco Peeters

Aanneming van werk – Onderaanneming – Oplevering van het werk

De onderaanneming moet beschouwd worden als een van de hoofdaanneming te onderscheiden overeenkomst. Wanneer er in de onderaannemingsovereenkomst niets over is bepaald, vindt de oplevering van het werk plaats ongeacht de aanvaarding van de hoofdaanneming door de opdrachtgever.

B.V.B.A. C. t/ N.V. C.

Hoewel er economisch gezien fundamenteel mee verbonden, blijft het onderaannemingscontract juridisch een zelfstandige overeenkomst onderscheiden van de hoofdaanneming.

Indien de hoofdaannemer niet heeft bedongen dat het lot van de onderaanneming wordt gekoppeld aan dat van de hoofdaanneming, loopt de hoofdaannemer het risico dat de onderaanneming een afzonderlijk verloop, los van de hoofdaanneming kent.

In casu blijkt niet dat verweerster het lot van de met aannemer afgesloten overeenkomst heeft verbonden met dat van de overeenkomst afgesloten tussen verweerster en de gemeente Sint-Genesius-Rode. Aldus dient de onderaanneming los te worden gezien van de hoofdaanneming.

Te dezen werd niets afgesproken omtrent het ogenblik en de wijze van oplevering van de onderaanneming.

Aldus is het gewoon recht i.v.m. de oplevering van toepassing. Zulks houdt in dat het voorwerp van de aanneming als aanvaard moet worden beschouwd bij betaling van de factuur.

De aanvaarding van het werk houdt dan ook in dat verweerster zich niet meer kan beklagen over de niet-conformiteit van de geleverde materialen aan de voorschriften van het bestek.

VREDEGERECHT TE BEVEREN

18 OKTOBER 1994

Rechter: de h. Soetens

Advocaten: mrs. De Ceuster en Boon

Onrechtmatige daad – 1. Aansprakelijkheid – Alarmkanonnen – 2. Oorzakelijk verband – Kanonschoten en voortijdig afsterven van ongeboren kalf

1. Het plaatsen van twee alarmkanonnen en het herhaaldelijk lossen van kanonschoten op een niet-vergunde afstand van slechts veertig meter van stallingen, waarvan de ouders goed wisten dat er zich vaarzen in bevonden, is een fout in de zin van de artt. 1382-1383 B.W.

2. Redelijkerwijze mag worden aangenomen dat het herhaaldelijk en van dichtbij afvuren van kanonschoten bij een ongeboren kalf als een overdreven stress moet worden beschouwd die het afsterven en de te vroege geboorte van het kalf heeft veroorzaakt.

H. en S. t/ H. en H.

Eisersponeren dat op 4 maart 1993 in de directe nabijheid van hun stallingen een ongeboren kalf door overdreven stress om het leven is gekomen ten gevolge van het feit dat verweerders met twee kanonnen gedurende een uur schoten

hebben gelost ter gelegenheid van het huwelijk van hun broer Gino H. met Carla De R. Zij achten verweerders aansprakelijk voor het intrauterien afsterven van hun kalf en vorderen vergoeding op grond van artikel 1382 B.W.

...

1. Het wordt niet betwist dat beide verweerders op 4 maart 1993 op het weiland, gelegen tegenover hun woning te (...) (aan de straatzijde van de stallingen van eisers) twee kanonnen hebben geplaatst en dat tweede verweerder Paul H. hiermee schoten heeft gelost tussen 20 en 21 uur ter gelegenheid van het huwelijk van zijn broer Gino H. met Carla De R.

Volgens de vergunning, afgeleverd door de burgemeester der gemeente K. aan Carla De R. op 1 maart 1993 mocht op 4 maart 1993 tussen 20u en 21u een alarmkanon worden afgeschoten op het adres (...).

De kanonschoten werden derhalve niet gelost op de plaats waarvoor de vergunning was uitgereikt, nl. (...), zijnde het erf van de ouders van beide verweerders, doch wel op een weiland aan de overkant van de straat, nl. de kant waar de stallingen van eisers gevestigd zijn.

Het wordt evenmin betwist dat de stallingen van eisers zich slechts op circa veertig meter afstand bevonden van de plaats waar de schoten werden gelost.

Zoals eisers terecht stellen maakt het plaatsen van de alarmkanonnen op een afstand van slechts veertig meter van de stallingen van eisers reeds een fout uit daar enerzijds deze afstand te kort is en anderzijds verweerders perfect de kanonnen konden opstellen op hun eigen erf aan (...) welke op een grotere afstand gelegen is van de stallingen van eisers en op welke plaats zij ook volgens de vergunning dienden te worden opgesteld.

Aangezien verweerders om zo te zeggen geburen zijn van eisers, dient te worden aangenomen dat zij ook goed wisten dat zich in de stallingen van eisers vaarzen bevonden zodat zij de frequentie van de kanonschoten tot een minimum dienden te beperken en zeker de kanonnen dienden te plaatsen op een grotere afstand van de stallingen van eisers, meer bepaald op hun eigen erf ten einde het geluid te minimaliseren.

Een zelfde theorie wordt door de rechtspraak aanvaard voor ballonvaarders welke, gebruik makend van hun steekvlam, wensen te landen op of in de onmiddellijke nabijheid van percelen waarop zich dieren bevinden. Zo komen o.m. zeugen in paniek door het hels lawaai van de steekvlam en sterven door hartinfarct.

Aangezien niet wordt betwist dat ook door eerste verweerder Geert H. werd deelgenomen aan de foutieve plaatsing der kanonnen bestaat er geen reden tot buitenzakestelling. Het is trouwens juist het feit dat de twee kanonnen op een te korte afstand werden geplaatst dat de fout uitmaakt van beide verweerders.

2. Het leveren van een bewijs in zake een oorzakelijk verband tussen het intrauterien afsterven van hun kalf en het lossen der kanonschoten is voor eisers uiteraard geen gemakkelijke kwestie.

Uit het attest van veearts T. van 10 maart 1993 blijkt evenwel dat de vruchtvliesen van de vaars van eisers niet gebroken waren en het vruchtwater nog vers was en dat op de datum van vaststelling, 10 maart 1993, het kalf zeker niet langer dan 36 uur dood was. Veearts T. schat de mogelijke sterfte van het ongeboren kalf op 95 procent ten gevolge van het hevig lawaai naast de stallingen op 4 maart 1993.

Ook veearts R. stelt in zijn attest van 23 september 1993 dat het herhaaldelijk afschieten van twee kanonnetjes als een overdreven stress moet worden beschouwd en dat, hoewel de oorzaak van het afsterven en de vroeggeboorte wetenschappelijk niet vast te stellen is, het verloop en de omstandigheden hem doen aannemen dat de stress door het herhaalde afvuren redelijkerwijze als oorzaak moet worden beschouwd.

Ook veearts Van den A. stelt in zijn attest van 1 juli 1993 dat een vroeggeboorte bij overdreven stress mogelijk is, meestal bij einde van de dracht.

Er bestaan derhalve voldoende vermoedens om met toepassing van artikel 1353 B.W. te kunnen stellen dat het oorzakelijk verband wel degelijk bewezen is.

3. Wat betreft de door eisers gevorderde schadevergoeding van 25.000 fr. in hoofdsom bestaat er geen reden om de door veearts T. voorgestelde waardebepaling van 25.000 fr. in twijfel te trekken. Veearts Van den A., die voor verweerders de inspectie heeft verricht, stelt zelf ook geen ander bedrag voorop.

De eis is derhalve volledig gegrond.

«Overwegende dat de gerechtelijke interest een moratoire of een vergoedende interest kan zijn en laatstbedoelde interest een integrerend deel is van de toegekende vergoeding;

«Dat de appelrechters eisers veroordelen tot betaling van vergoedende interest tegen de wettelijke interestvoet vanaf de dag van afhaling tot de dag van de dagvaarding in herziening en vanaf die dag de eisers veroordelen tot betaling van interest op het te veel betaalde bedrag verhoogd met de door de Deposito- en Consignatiekas betaalde interest en met de vergoedende interest vanaf de dag van de afhaling; dat zij aldus moratoire interest toekennen vanaf de dagvaarding;

«Overwegende dat moratoire interest slechts verschuldigd is wanneer de verbintenis tot betaling van een bepaalde geldsom met vertraging is uitgevoerd; dat zolang de schuld niet opeisbaar is, de verbintenis niet met vertraging wordt uitgevoerd;

«Dat inzake onteigening de rechter de moratoire interest op het terug te betalen bedrag verhoogd met vergoedende interest niet kan doen ingaan vóór het herzieningsvonnis.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore – Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse – In de zaak: S. en R. t/ Gemeente Maasmechelen)

NOOT–Cf. Cass., 10 november 1994, *R.W.*, 1994-95, 1277.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 september 1995

Onteigening – 1. Herziening voorlopige vergoeding – Lage-re definitieve vergoeding – Terugbetaling te veel betaalde voorlopige vergoeding – Interest – Art. 1378 B.W. niet van toepassing – 2. Moratoire interest – Opeisbare schuld

De definitieve onteigeningsvergoeding is lager dan de voorlopige vergoeding zodat de onteigende wordt veroordeeld tot terugbetaling van het verschil tussen de voorlopige en de definitiever vergoeding.

1. Het cassatieberoep tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 22 februari 1993) wordt verworpen voor zover het de onteigende veroordeelt tot het betalen van interest op dit verschil:

«Overwegende dat wanneer, zoals te dezen, de onteigende na de rechtspleging in herziening wordt veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen hij te veel heeft ontvangen, te weten het verschil tussen de voorlopige en de definitieve vergoeding, artikel 1378 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is, daar de voorlopige vergoeding niet als een onverschuldigde betaling kan worden beschouwd aangezien zijn door de rechter wordt vastgesteld en door de onteigenaar moet worden geconsigneerd;

«Dat daaruit volgt dat de rechter, zonder de kwade trouw van de onteigende te hoeven vaststellen, mag beslissen dat interest verschuldigd is op het verschil tussen het bedrag van de definitieve vergoeding en de voorlopige vergoeding vanaf de dag van de betaling.»

2. Het bestreden arrest wordt evenwel vernietigd in zoverre het uitspraak doet over de gerechtelijke interest en de kosten:

Hof van Cassatie (1e Kamer), 29 september 1995

Pacht – Terugvordering van te veel betaalde pachtgelden – Verjaring van een jaar – Aanvang bij veroordeling van pachter om het goed te verlaten – In het vonnis bepaalde datum van beëindiging

Het bestreden vonnis (Rb. Bergen, 18 mei 1994) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat, ingevolge artikel 5^o vierde lid, van artikel III van de wet van 4 november 1969, tot wijziging van de pachtwetgeving en van de wetgeving betreffende het recht van voorkoop ten gunste van huurders van landeigendommen, de eis van de pachter tot teruggave van de pacht prijs die het wettelijke bedrag overschrijdt, verjaart na een jaar te rekenen van de dag waarop hij het gehuurde goed heeft verlaten;

«Dat uit de wetsgeschiedenis van de wet van 20 januari 1961 – waaruit genoemd artikel 5, vierde lid, is overgenomen – blijkt dat de pachter zijn eis mag instellen op het tijdstip waarop hij niet langer door de pachtvereenkomst is gebonden, met andere woorden op het tijdstip waarop hij het goed heeft verlaten;

«Overwegende dat de pachter, bij gerechtelijke beëindiging van de pachtvereenkomst te zijnen laste, geacht wordt het gepachte goed, in de zin van voornoemd artikel 5, vierde lid, te verlaten op de in het vonnis bepaalde datum van beëindiging;

«Overwegende dat het bestreden vonnis van 18 mei 1994 vaststelt dat de eis tot teruggave van de te veel betaalde pachtgelden op 25 augustus 1992 bij ter griffie neergelegde conclusie is ingesteld en 'zegt dat de pachtvereenkomst ten laste van (eiser) is beëindigd...';

«Dat het niet naar recht beslist dat de eis tot teruggave verjaard is.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: B. t/ P. eN B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 6 oktober 1995

Registratierechten – Deskundigenonderzoek – Recht van verdediging – Controleschatting – Schattingsprocedure – Bijzondere regeling

Het bestreden arrest (Hof Luik, 3 januari 1992) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat het Wetboek van de Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten (als bevestigd bij artikel 2 van de wet van 16 juni 1947) in zijn artikelen 189 tot 200 de schattingsprocedure inzake waardering van onroerende goederen regelt; dat het in zijn artikelen 195 en 196 aangeeft hoe de aangewezen deskundigen moeten optreden, waardoor aldus de artikelen 197 en 199 van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing zijn op die schattingsprocedure; dat het ten slotte, in zijn artikelen 197 en 199, de draagwijdte vastlegt van de door de deskundige verrichte waardering en de nietigheidsgronden van de schatting;

«Overwegende dat de wetgever bevoegd is om een, in een bepaalde materie, bijzondere regeling uit te vaardigen voor het contradictoir karakter van een procedure en voor het uitoefenen van het recht van verdediging, zoals de schattingsprocedure, die is ingesteld om de normale verkoopwaarde van onroerende goederen te bepalen voor de heffing van registratie-, hypotheek- en griffierechten; dat hij heeft geoordeeld dat door die procedure zowel de rechten of prerogatieven van de overheid als de rechten van de belastingplichtige worden gevrijwaard;

«Overwegende dat het arrest het schattingsverslag nietig verklaart op grond 'dat de deskundige, door helemaal geen rekening te houden met de leidinggevende feiten die (hem) door (verweerster) ter kennis zijn gebracht, de regel van eht contradictoir karakter heeft miskend' en dus 'het recht van verdediging' heeft miskend;

«Dat het aldus zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. De Bruyn en Delahaye – In de zaak: Belgische Staat t/ N.V. M.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 6 oktober 1995

Voorrechten – Sluiting van ondernemingen – Sluitingsfonds – Subrogatie – Geen voorrecht dat de werknemer zelf niet heeft

Het bestreden arrest (Hof Bergen, 15 juni 1994) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat, naar luid van artikel 8, eerste lid, van de wet van 30 juni 1967 tot verruiming van de opdracht van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting der on-

dernemingen ontslagen werknemers, dat Fonds van rechtswege in de rechten en vorderingen van de werknemer tegenover de werkgever-schuldenaar treedt voor de inning bij deze laatste van de lonen, vergoedingen en voordelen die het bij toepassing van artikel 2 van dezelfde wet heeft betaald; dat, krachtens artikel 19, eerste lid, 3^o bis, van de Hypotheekwet van 16 december 1851, als gewijzigd bij de wet van 22 januari 1985, de op voormeld artikel 8, eerste lid, gegronde schuldvorderingen van dat Fonds bevoorrecht zijn op alle roerende goederen;

«Overwegende dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 januari 1985 volgt dat het doel van de wetgever is geweest om, wat het voorrecht betreft, verweerder op dezelfde voet te plaatsen als de werknemer, maar niet om aan verweerder een voorrecht toe te kennen dat de werknemer niet geniet;

«Overwegende dat het arrest, door daarover anders te beslissen, die bepalingen schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Draps – In de zaak: Faillissement N.V. S. t/ Sluitingsfonds)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 11 oktober 1995

Verzekering – Motorrijtuigen – O.C.M.W. – Uitoefening van het door de O.C.M.W.-Wet verleende eigen recht – Geen benadeelde in de zin van de W.A.M.-Wet

In zoverre ze uitspraak doen over de vordering van verweerster, een O.C.M.W., tegen eiseres, motorrijtuigenverzekeraar, worden de bestreden arresten (Hof Luik, 24 december 1991 en 9 maart 1995) om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat het Benelux Gerechtshof in het arrest van 16 april 1992 in de zaak A 90/2 voor recht verklaart dat 'de vraag of het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, wanneer dit het eigen recht uitoefent, dat hem is toegekend in artikel 98, § 2, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, benadeelde is in de zin van de artikelen 1, 6 en 9 van de Gemeenschappelijke Bepalingen, moet worden beantwoord volgens de nationale wet die de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de door het motorrijtuig veroorzaakte schade beheerst';

«Overwegende dat, luidens het te dezen toepasselijke artikel 1 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, onder benadeelde personen wordt verstaan: 'zij die schade hebben geleden welke grond oplevert voor de toepassing van deze wet, alsmede hun rechtverkrijgenden';

«Overwegende dat het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, wanneer het krachtens het eigen recht dat het bezit op grond van artikel 98, § 2, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn de kosten van de maatschappelijke dienstverlening verhaalt op «degenen die aansprakelijke zijn voor de verwonding of ziekte die het verstrekken van de hulpverlening noodzakelijk heeft emaaft», geen benadeelde is in de zin van voormeld artikel 1; dat de wet dit eigen recht aan de openbare centra voor maatschappelijk welzijn

enkel toekent ten laste van degenen die «aansprakelijk» zijn; dat derhalve het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn geen enkele rechtsvordering tegen de verzekeraar kan gronden op dat recht;

«Dat, bijgevolg, het arrest van 24 december 1991, nu het de 'burgerlijke rechtsvordering' van verweerder tegen eiseres gegrond verklaart en tegen haar veroordelingen uitspreekt die verweerder ten goede komen, de in het middel aangegeven wetsbepalingen schendt;

«Dat, in zoverre, het middel gegrond is;

«Overwegende, enerzijds, dat de vernietiging van de op de burgerlijke rechtsvordering van verweerder tegen eiseres gewezen beslissing van 24 december 1991 de vernietiging tot gevolg heeft van de op 9 maart 1995 op diezelfde burgerlijke rechtsvordering gewezen beslissing, die het gevolg is van eerstgenoemde beslissing.»

...

(Voorzitter: de h. Ghislain – Rapporteur: mevr. Jeanmart – Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal – Advocaten: mrs. De Gryse en De Bruyn – In de zaak: N.V.D. t/O.C.M.W. Verriers en W.)

NOOT–Zie Cass., 2 december 1992, *R.W.*, 1992-93, 1240.

BOEKEN

K. DEKETELAERE, (red.), **Het decreet betreffende de bodemsanering**, Brugge, Die Keure, 1995, XVIII + 252 pp.

Er was aardig wat volk samengestroomd voor de jongste studiebijeenkomst van de Leuvense Vereniging voor Milieujuristen (LeuVeM) van 26 oktober 1995 en eigenlijk hoeft dat niet te verwonderen. Het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering (hierna bodemsaneringsdecreet) zorgde al enige tijd voor grote commotie bij de bedrijven, de vastgoedsector en het notariaat, en velen vreesden dat met zijn (zij het gedeeltelijke) inwerkingtreding op 29 oktober 1995 een heuse doos van Pandora zou opengaan. Ook de maximumstraf van een geldboete van 20 miljard frank (u hebt goed gelezen: 100 miljoen x 200) voor inbreuken op het decreet sloeg heel wat fantasieën op hol.

Voorliggend verslagboek bevat de tekst van de referaten die op de studiedag werden gehouden en die de weerslag van de nieuwe wetgeving in niet minder dan zeven domeinen van het recht belichten (milieurecht, zakenrecht, aansprakelijkheidsrecht, financieel zekerheidsrecht, contractenrecht, notarieel recht en handhavingsrecht).

In een eerste algemene studie bespreekt Kurt Deketelaere de krachtlijnen van het nieuwe decreet en geeft hij commentaar bij de specifieke milieurechtelijke aspecten. Hij citeert uitgebreid de parlementaire stukken en de diverse voorontwerpen ter uitvoering van het bodemsaneringsdecreet (deze zijn intussen ondergebracht in een ontwerp van uitvoeringsbesluit). Ruime aandacht wordt besteed aan het nieuwe begrippenarsenaal dat het decreet tot stand brengt, alsook aan de meest opmerkelijke procedures (identificatie van verontreinigde gronden, registratie van deze gronden, verloop van de bodemsanering, specifieke taken van de OVAM en van de Vlaamse regering). De auteur besluit met een aantal kritische vragen en opmerkingen die ook in de andere rapporten volop zullen nazinderen.

Wanneer de verontreiniging van de bodem het normale gebruik ervan in de weg staat, bepaalt het decreet van 22 februari 1995 dat gebruiksbeperkingen of voorzorgsmaatregelen worden opgelegd. Deze kunnen het eigendoms- of genotsrecht in aanzienlijke mate aantasten zonder dat schadevergoeding mogelijk is. Hoogstens kan

aan de benadeelde en onschuldige gebruiker bijstand worden verleend. K.U.Leuven-assistente Katleen Vanlede bespreekt deze eigendomsbeperkende maatregelen, alsook de bevoegdheid van de Vlaamse regering om tot onteigening over te gaan met het oog op de uitvoering van bodemsaneringswerken. Onteigening kan niet tot gevolg hebben dat de saneringsplichtige aan zijn saneringsplicht ontsnapt. Ook in geval van afstand van eigendomsrecht blijft de eigenaar verplicht bodemsaneringswerken uit te voeren.

Een belangrijke topic vormen ongetwijfeld de verschillende aansprakelijkheidsregelingen die gelden naargelang de verontreiniging dateert van voor of na de inwerkingtreding van het decreet.

Mario Deketelaere onderzoekt op welke personen de verplichting om de bodemsanering uit te voeren rust, en dit in verband met het tijdstip van de verontreiniging, alsook de draagwijdte van deze verplichting (zelfstandige saneringsplicht in geval van nieuwe bodemverontreiniging versus saneringsplicht alleen na sommatie door OVAM bij historische verontreiniging). Wat de aansprakelijkheid voor de bodemsaneringskosten en de hieruit voortvloeiende schade aangaat, springt uiteraard de nieuwe van het gemene recht afwijkende objectieve aansprakelijkheidsgrond het meest in het oog.

Van de persoon die overgaat tot bodemsanering, kan de OVAM eisen dat hij financiële zekerheden stelt tot waarborg van zijn verbintenissen. Deze verplichting roept talrijke vragen op, onder meer i.v.m. de bereidheid van de bankwereld om dergelijke projecten (die toch geen verhoogde productiviteit genereren) te financieren, het risico dat de financiële instellingen twee keer het verschuldigde bedrag ter beschikking moeten stellen (een eerste maal bij de kredietverstrekking, een tweede maal wanneer OVAM een beroep doet op de bankgarantie), de aansprakelijkheid van de bank ten aanzien van derden wegens het ophouden van een schijnsolvabiliteit van de cliënt. Tress Paelinck, adjunct-adviseur bij de Belgische Vereniging van Banken, gaat in een korte bijdrage na met welke factoren de bankinstellingen rekening moeten houden bij het verlenen van dergelijke kredieten en zekerheden.

Het bodemsaneringsdecreet heeft ook belangwekkende implicaties voor de overdracht van onroerende goederen. Deze zullen inzonderheid tot uiting komen in de notariële praktijk. De verwikkelingen die het decreet teweegbrengt bij de sluiting van overeenkomsten tot toekenning van een eigendoms- of gebruiksrecht op al dan niet gebouwde gronden, worden behandeld door prof. Van Oevelen. De auteur onderzoekt eerst wat onder overdracht van gronden moet worden verstaan. Vervolgens bespreekt hij de algemene regeling die van toepassing is voor alle gronden (bodematte) en de bijzondere procedure in geval van risicogronden (diverse bodemonderzoeken, eventueel gevolgd door bodemsanering). Van Oevelen schuwt evenmin enkele kritische kanttekeningen. Zo vraagt hij zich af of de Vlaamse decreetgever wel bevoegd was om nietigheidssancties op te leggen wanneer overdrachten in strijd met de bepalingen van het decreet plaatsvinden. De bevoegdheid van de OVAM om de nietigverklaring te vorderen van overdrachten die met overtreding van artikel 36 van het decreet tot stand komen, vindt in zijn ogen in ieder geval geen genade.

De notariële aspecten van het bodemsaneringsdecreet komen aan bod in de studie van Hans De Decker. Vooral bij het verlijden van een akte, houdende overdracht van een risicogronde, is de opdracht van de instrumenterende ambtenaar uiterst delicaat. Notaris De Decker is duidelijk niet gelukkig met de nieuwe wetgeving en hij betreurt de versnippering van de kanalen die aanbevoerd moeten worden (en waartoe nu ook de OVAM gerekend dient te worden) om de nodige informatie over een onroerend goed te verwerven. In een laatste bijdrage geeft Michael Faure kritische commentaar bij de toezichtbepalingen, de dwangmaatregelen en de strafsancities in het bodemsaneringsdecreet. De auteur schetst de wordingsgeschiedenis van de diverse artikelen en komt tot het besluit dat, althans in handhavingsperspectief, de separate goedkeuring van dit onderdeel uit het voorontwerp decreet milieubeleid van de Commissie-Bocken geen gelukkige zaak is. De invoeging van een strafbepaling is slordig en ongenueanceerd gebeurd. De toezichtsregelingen hebben niet de draagwijdte van strafrechtelijke controlebevoegdheden. Daartoe ontbreken immers de middelen tot controle met het oog op eventuele bestraffing. Evenmin zijn ze preventief conform het administratief handhavingsmodel omdat geen administratieve sancties voorhanden zijn. Ook de dwangmaatregelen zijn hoofdzakelijk materieel en willen in de eerste plaats OVAM of de uitvoerders van de bodemsanering in de gelegenheid stellen een bodemonderzoek of -sa-

nering uit te voeren op het terrein van derden. Gelet op het ambigu karakter van de handhavingsbepalingen pleit de auteur voor een spoedige implementatie van het desbetreffend hoofdstuk van het voorontwerp van decreet van de Interuniversitaire Commissie.

Het bodemsaneringsdecreet, waarvan het multidisciplinair juridisch karakter onmiskenbaar is, noopt de jurist tot heroverweging van een aantal fundamentele rechtsconcepten. Voor de milieurechtspracticus belooft de nieuwe wetgeving alvast een boeiende uitdaging te worden. Dit boek, het zevende in de door LeuVeM uitgegeven reeks «Milieurechtstandpunten», kan hem daarbij behulpzaam zijn.

A. Coppens

Liber amicorum A. Prims, Gent, Mys en Breesch, 1995, 407 pp.

Dit liber amicorum bestaat uit twee delen, nl. een niet wetenschappelijk deel waarin de verdiensten van de gehuldigde in de verf worden gezet en een deel met de wetenschappelijke bijdragen. Het gaat om 18 zeer diverse bijdragen, waarvan vier geen betrekking hebben op een juridisch, laat staan gezondheidsrechtelijk thema, nl. de bijdrage van erector Dillemans en Keirse over «Palliatieve zorg - keuze en uitdaging voor de vorming»; van Stockman over «Het beheer van congregationale gezondheidsinstellingen: historische achtergronden en toekomstperspectieven»; van E. Suyen M. Maes over «Low serum L-Tryptophan availability as a marker of an acute phase response in depression» (een bijdrage die eerder thuishoort in een medisch tijdschrift) en nogmaals van E. Suy over «Taken van de hoofdgeneesheer: verleden en heden». Op zich is dat laatste thema uiteraard gezondheidsrechtelijk, maar de benadering van de auteur is dat niet.

Van de resterende bijdragen zijn er vier die de Belgische praktijk-jurist slechts matig zullen kunnen bekoren omdat zij op eerder summier wijze een algemene problematiek behandelen, hoewel ik er onmiddellijk aan toevoeg dat zij stuk voor stuk interessante «inleidingen tot de stof» vormen. Ik vermeld hier de bijdragen van Leenen («Het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt»); van Massion («Pourquoi une charte des malades»); van Pinet («Vers la déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe - Les années d'enthousiasme et d'obstination») en ten slotte van Roscam Abbing («Gezondheidsrecht in Europees perspectief»). Zeker ook lezenswaard maar in de marge van het gezondheidsrecht zijn de bijdragen van decaan Herbots («Een recente Franse wet over de aansprakelijkheid van ziekenhuizen en bejaardentehuizen als bewaarnemer, en over het lot van de in die oorden achtergelaten zaken») en van Torfs («Gezondheidszorg en juridische beveiliging van katholieke identiteit - A la recherche du temps perdu?»).

De acht overblijvende bijdragen zijn zeer divers van aard en lenen zich moeilijk tot een gezamenlijke beoordeling. Sommigen zijn eerder informatief/descriptief van aard zoals die van Decoster en Ceuterick («De verwerking van medische persoonsgegevens en de bescherming van de gegevens binnen het ministerie van volksgezondheid en in de ziekenhuizen»); van Dewallens («Het 'functioneel samenwerkingsverband' en de 'ziekenhuisassociatie': een contextuele analyse van twee dienstgewijze samenwerkingsverbanden»); van Heylen («Fout- en causaliteitstheorieën toegepast op de aansprakelijkheid voor eigen fout in hoofde van de anesthesioloog-reanimator») en Schutyser («De ziekenhuisarts in wetgeving en medische deontologie - een spanning tussen professie en institutie»).

Van vier bijdragen heb ik genoten en ik verwacht dat zij nog sporen zullen nalaten in de literatuur en rechtspraak. Het zijn dan ook aanraders voor praktijkmensen op zoek naar argumenten om de tegenpartij op het verkeerde been te plaatsen. De bijdrage van Balthazar over de motivering van medische beslissingen behandelt de op het eerste gezicht wellicht verrassende vraag in hoeverre de «Uitdrukkelijke motiveringswet» van 29 juli 1991 van toepassing is op beslissingen van medici die invloed hebben op de juridische positie van hun patiënten of de personen die zij onderzoeken. Bijzonder geslaagd en rijk gedocumenteerd is de bijdrage van Guldix over de omstrede vraag: «Is embryoreductie bij een meerlingzwangerschap strafbaar?». Ook Lust behandelt een heet hangijzer en komt met goede argumenten om te twijfelen aan vroeger ingenomen standpunten «omtrent de preventieve bevoegdheid van de organen van de orde van geneesheren». Terecht kwalificeert hij zelf zijn ana-

lyse als «een grondslagenonderzoek». Ten slotte is er, letterlijk «last, but not least», de bijdrage van Vansweevelt over «verplichte ethische comités in ziekenhuizen» met de wat duistere ondertitel «Who watches the doctor watchers?», waarin leerrijke commentaar wordt gegeven bij het K.B. van 12 augustus 1994 dat de oprichting van dergelijke comités verplicht heeft gesteld in Belgische ziekenhuizen.

H. Nijs

Stichting Dux in jura, Gids voor de rechtenstudie en juridische beroepen 1996, W.E.J. TJEENK WILLINK, Zwolle, 1995, 273 pp.

Deze Nederlandse gids wil toekomstige studenten en mogelijke toekomstige studenten informeren over wat recht is, waar de opleiding in Nederland kan worden gevolgd, en naar welke beroepssectoren die opleiding leidt. Het werk vermeldt de universiteiten en hun programma's, bespreekt bij wijze van voorbeeld een aantal vakken, informeert over nevenactiviteiten als student en over studie in de tweede fase (o.a. doctoraat), over studeren in het buitenland. Het geeft tenslotte een korte schets van een aantal juridische beroepen aangevuld met getuigenissen uit de praktijk.

Dit is reeds de derde editie van een gids, die toekomstige studenten ook bij ons zeker van dienst kan zijn om met (meer) kennis van zaken te kiezen - of niet te kiezen - voor een opleiding rechten.

R. Verstegen

F. BERLINGIERI, e.a., **The Hamburg Rules: A Choice for the E.E.C.?**, Antwerpen, Maklu - Brussel, Bruylant, 1994, 239 pp.

Op 1 november 1992 trad de United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea van 31 maart 1978 eindelijk in werking na het bereiken van de twintig vereiste ratificaties. Dit te Hamburg gesloten verdrag (vandaar de verkorte roepnaam: Hamburg Rules) regelt een aantal aspecten van de overeenkomst van goederenvervoer over zee. Het is bedoeld om het oude Brusselse Cognossementsverdrag van 1924 (de Hague Rules), voor een aantal staten gewijzigd door het Protocol van Visby van 1968 (de Hague Visby Rules), te vervangen. Tot nu toe is daarvan weinig sprake omdat de staten die het «nieuwe» verdrag hebben geratificeerd, op maritiem gebied niet veel gewicht in de schaal werpen.

Het besproken verzamelwerk is de neerslag van een internationaal colloquium, dat in november 1993 door het European Institute of Maritime and Transport Law van de Universiteit Antwerpen werd gehouden en waar aandacht werd besteed aan de vraag of het voor de lidstaten van de Europese Unie interessant zou zijn om het stelsel van de Hague Rules te vervangen door de Hamburg Rules. Deze moeilijke kwestie werd behandeld door een keure van internationale specialisten. Een moeilijke kwestie, omdat de meningen over de Hamburg Rules werkelijk zeer uiteenlopend zijn. Vaststaat wel dat op een aantal bepalingen juridisch een en ander aan te merken is, maar dat is nog meer het geval met de onsystematisch opgestelde Hague Rules, zelfs in hun herziene versie. Het basisprobleem lijkt vooral dat de Hamburg Rules in beginsel een zwaardere aansprakelijkheid opleggen aan de zeevervoerder, waarbij vooral de licht verhoogde aansprakelijkheidslimiet en de afschaffing van de aansprakelijkheidsontheffing voor nautische fout in het oog springen. In kringen van zeevervoerders wordt het verdrag als een zeemonster beschouwd en sommige vertegenwoordigers van ladingbelanghebbers vrezen dat de tarieven van de transportaansprakelijkheidsverzekeringen zullen verhogen (met stijging van de vrachttarieven tot gevolg) zonder een corresponderende vermindering van de ladingverzekeringstarieven. De tweespalt is duidelijk merkbaar in de onderscheiden bijdragen, waarin twee standpunten terug te vinden zijn. In de meeste gevallen wordt genuanceerde kritiek geleverd; slechts enkele auteurs zijn uitgesproken positief of negatief.

In de algemene inleiding van de hand van de Antwerpse hoogleraar en advocaat Marc Huybrechts wordt, naast een overzicht van de behandelde onderwerpen, enige nuttige aanvullende informatie betreffende sommige van deze onderwerpen gegeven, voornamelijk door verwijzing naar relevante gezaghebbende literatuur.

De spits wordt afgebeten door de Duitse hoogleraar Rolf Herber, die de Hamburg Rules in hun historische context plaatst. Zoals bekend waren een aantal staten (veel, maar niet allemaal, ontwikkelingslanden) niet te spreken over de beperkte wijzigingen die in 1968 met het Protocol van Visby in de Hague Rules waren aangebracht. De blijvende nadelen van het systeem van de Hague Rules worden nog eens op een rijtje gezet op pp. 38-39. Vandaar de tussenkomst van UNCITRAL, vanaf 1971, om een nieuw wettelijk kader tot stand te brengen. In zijn evaluatie van het verdrag is Herber vrij mild, maar allicht mag dit gezien worden in het licht van zijn nauwe betrokkenheid bij de totstandkoming ervan.

De Canadese hoogleraar William Tetley behandelt een onderwerp dat het kader van de Hamburg Rules ruim overschrijdt, namelijk de wetsconflicten in verband met cognossemmenten. Verschillende aspecten komen aan bod: de invloed van het verhandelen van een cognossement aan een derde op het toepasselijk recht (en de toepasselijkheid van het Overeenkomstenverdrag van Rome van 1980); de invloed van dwingende nationale regelgeving op de rechtskeuze der partijen; de aanvaarding, door Amerikaanse rechters, van hogere aansprakelijkheidslimieten per collo of per kilo bij vervoer van een staat die partij is bij de Hague Visby Rules naar de Verenigde Staten; en mogelijke conflicten tussen het stelsel van de Hague en Hague Visby Rules en de Hamburg Rules. De auteur maakt van de gelegenheid gebruik om een van zijn geliefkoosde stokpaardjes van stal te halen, te weten de beslissing van de Privy Council, in 1939, in zake *Vita Food Products Ltd. v. Unus Shipping Co. Ltd. (The Hurry On)*. De (te) ruim geformuleerde *obiter dicta* in deze beslissing hadden tot gevolg dat de partijen moedwillig de toepassing van de Hague Rules konden omzeilen door de (naar common law) verplichte *paramount clause* weg te laten en te kiezen voor het recht van een staat die geen partij was bij het verdrag. Naar het einde toe wordt de tekst wel erg schematisch.

De bijdrage van de Italiaanse hoogleraar Francesco Berlingieri, tevens erevoorzitter van het Comité Maritime International, gaat over de grondslag van de aansprakelijkheid van de vervoerder en het tijdperk gedurende hetwelk die aansprakelijkheid bestaat. De periode van dwingendrechtelijke aansprakelijkheid is verlengd: de zeevoerder is aansprakelijk gedurende de periode dat hij de goederen onder zich heeft, dus na inontvangstneming in de laadhaven, tijdens het vervoer, en tot de aflevering in de loshaven. De onder de Hague en Hague Visby Rules zeer courante contractuele beperking tot de periode «from tackle to tackle» (waardoor schade veroorzaakt vóór de lading en na de lossing van de goederen wordt uitgesloten) is voortaan niet meer toegelaten. Berlingieri acht deze wijziging niet betekenisvol – zonder de minste verwijzing naar de literatuur daarover. In onze zeehavens zal men daar, de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de aansprakelijkheid van uitvoeringsagenten zoals stuwadoors indachtig, wellicht anders over denken. Wat de aansprakelijkheidsregeling op zich betreft, wordt (uiteraard) heel wat aandacht besteed aan de exoneration voor nautische fouten, die in de Hamburg Rules is afgeschaft. De auteur vindt het nut van die afschaffing betwistbaar, omdat in het geval van aanvaringen nu veel meer individuele vorderingen van ladingbelanghebbenden tegen een voor de aanvaring (gedeeltelijk) aansprakelijke zeevervoerder ingeleid zullen worden voor uiteenlopende fora, met exponentieel toenemende proceskosten en misschien uiteenlopende beslissingen tot gevolg. Onder de Hague Rules was zulks uitgesloten, omdat de schade aan de vervoerde goederen enkel uit onrechtmatige daad op het andere schip kon worden verhaald in proportie tot de verdeling van de aansprakelijkheid – de aansprakelijkheid van het vervoerende schip was immers uitgesloten. Het standpunt van de ladingbelanghebbende, die zijn recht op schadevergoeding drastisch beperkt ziet, wordt buiten beschouwing gelaten. Werd over de bijdrage van Herber gezegd dat zij lichtjes bevooroordeeld is ten gunste van de Hamburg Rules, dan kan hier wellicht in de omgekeerde zin worden besloten; Berlingieri heeft zonder veel nuances de standpunten van het C.M.I. en van de zeevervoerders vertolkt. Bovendien is de totale afwezigheid van referenties naar rechtsleer en rechtspraak in een bijdrage over een strikt juridisch onderwerp toch wel enigszins storend.

De Zweedse hoogleraar Jan Ramberg bespreekt een onderwerp dat eigenlijk ook weer ruimer is dan de loutere Hamburg Rules, namelijk de *sea waybills* en de elektronische datatransmissie (E.D.I.). Zeker op het vlak van het tweede aspect vormen de Hamburg Rules geen vooruitgang tegenover de Hague Rules: de mogelijkheid is

eenvoudigweg niet in overweging genomen. De auteur noemt de *C.M.I. Rules for Sea Waybills and Electronic Bills of Lading* als mogelijke oplossing, maar geeft toe dat hierover betwisting bestaat omdat het slechts om een modelregeling gaat.

De Franse hoogleraar Martine Remond-Gouilloud behandelt de jurisdictie- en arbitrageclausules in zeevervoersovereenkomsten, vervat in de artt. 21-22 Hamburg Rules. De regeling betreffende jurisdictieclausules lijkt op die van de C.M.R., het verdrag over het internationale wegvervoer (Genève, 1956), omdat de door de contractspartijen aangewezen rechter nooit *exclusieve* rechtsmacht heeft; de nevensgeschikte fora blijven open voor de eiser. De auteur noemt deze regeling hypocriet, een formulering die met betrekking tot de C.M.R. nochtans nog niet werd gehoord. De zwaarste kritiek wordt echter geleverd op de bepaling inzake arbitrage.

De langste en gedetailleerde bijdrage is van de hand van de Britse hoogleraar Nicholas Gaskell en betreft de schadevergoeding voor verlies, beschadiging en vertraging en de aansprakelijkheidsbeperking onder de Hamburg Rules. Een belangrijke kritiek is dat de Hamburg Rules, net zoals de Hague Rules, geen bepalingen bevatten over de wijze en het tijdstip van de begroting van de schade. De auteur geeft een aantal voorbeelden, die gebaseerd zijn op belangrijke Engelse beslissingen, wat natuurlijk het praktische nut ervan voor continentale juristen enigszins beperkt. Een rechtsvergelijkende benadering ware interessanter geweest, maar afgezien daarvan is de uiteenzetting systematisch en goed gedocumenteerd. Onder de kop *remoteness of damage* komen onderwerpen aan de orde, die naar continentale inzichten te maken hebben met het vereiste van voorzienbaarheid van contractuele schade: het verlies van marktaandeel en de winstderving bij doorverkoop van de goederen. Onder het opschrift berekening van de schadevergoeding houdt de auteur niet alleen rekening met de relevante bepalingen van de Hague en Hamburg Rules, maar trekt hij ook parallellen met het Verdrag van Warschau, de al genoemde C.M.R. en de C.O.T.I.F., het verdrag over het internationale spoorvervoer. Bijzondere aandacht wordt besteed aan gevolgschade en aan de cognossemmentsclausules die dit soort schade trachten uit te sluiten van vergoeding. Terecht wijst de auteur er met betrekking tot de Hague en Hague Visby Rules op dat, in zoverre schadevergoeding in een bepaald rechtssysteem recupereerbaar wordt geacht onder deze stelsels of een nationale wetgeving die erop gebaseerd is, clausules die een beperking ervan inhouden, strijdig zijn met art. III, § 8.

In het tweede deel van zijn bijdrage behandelt de auteur de bepalingen met betrekking tot vertraging in de Hamburg Rules (die geen tegenhanger hebben in de Hague en Hague Visby Rules). De verschillende hypothesen, die tot dit type aansprakelijkheid kunnen leiden, worden verduidelijkt met korte maar anschouwelijke berekeningsvoorbeelden. Er wordt ook wat langer stilgestaan bij het vermoeden van verlies van de goederen (art. 5, § 3, Hamburg Rules), dat inderdaad op nogal ongelukkige wijze is overgenomen uit de C.M.R. (en overigens ook in de C.O.T.I.F. terug te vinden is). Ook hier wordt besloten met de bespreking van enkele gebruikelijke cognossemmentsclausules.

Derde onderwerp dat in deze bijdrage wordt besproken is de aansprakelijkheidsbeperking ten gunste van de zeevervoerder. Daar de Hamburg Rules op dit punt veel van de Hague Rules hebben overgenomen, valt er niet zoveel nieuws te vertellen, maar wel wordt een overzichtelijke samenvatting gegeven van de courante problemen die in dit verband bestaan. Voor de bijzondere limieten voor vertragingsschade wordt de in het tweede deel begonnen vergelijking met andere vervoersrechtelijke regelingen verder doorgetrokken. Tot slot van dit deel besteedt de auteur ook uitgebreid aandacht aan de omstandigheden, die tot het doorbreken van de aansprakelijkheidslimiet kunnen leiden.

De auteur eindigt zijn opstel met enkele interessante beschouwingen, die nochtans buiten zijn eigenlijke onderwerp vallen, met name de houding van de Europese Unie ten aanzien van de Hamburg Rules de praktische mogelijkheden, om tot verandering of aanpassing van het bestaande zeevervoerstelsel te komen.

De Nederlandse hoogleraar en advocaat R. Eric Japikse bespreekt drie specifieke punten van de zeevervoerdersaansprakelijkheid, die onder de Hamburg Rules substantieel werden veranderd: de toepasselijkheid van de Hamburg Rules op deklading, wat onder het oude stelsel principieel niet het geval was; de al vermelde afschaffing van de nautische fouten als bevrijdende omstandigheid; en de uitsluiting van aansprakelijkheid voor brand. De auteur heeft

geen goed woord over voor de nieuwe bepaling betreffende deklading, die hij niet alleen overbodig acht, maar bovendien strijdig met de economische overwegingen, die in 1924 tot de bijzondere regeling in de Hague Rules leidde, namelijk dat deklading inherent een groter risico loopt. Toch mag men zich allicht afvragen of dat risico in de moderne scheepvaart nog zo groot is. Vervolgens wordt de exceptie voor nautische fouten en fouten in het beheer (management) van het schip besproken, en het belangrijke onderscheid met fouten in het beheer (management) van de lading. Ook hier heeft de auteur fundamentele kritiek op de nieuwe regeling: de enige overblijvende exceptie, opgenomen in art. 5 Hamburg Rules, acht hij al te onduidelijk (de vervoerder moet alle maatregelen hebben genomen die redelijkerwijze konden worden vereist). Wat de brandexceptie betreft komt hij tot dezelfde conclusie. Japikse steekt niet onder stoelen of banken dat hij de Hamburg Rules in hun geheel een verwerpelijke regeling vindt, en breekt een lans voor het behoud van de Hague Visby Rules.

Zeer kort geeft de Britse verzekeringsjurist Christopher Hill het standpunt weer van de P & I Clubs, dat erop neerkomt dat de verzekeraars wel met de nieuwe Regels zullen leren leven maar er niet enthousiast over zijn. Tevens geeft hij een voorbeeld van cognosmentsclausules, die in de praktijk de toepasselijkheid van het nieuwe Hamburg-stelsel en de compatibiliteit ervan met de bestaande Hague en/of Hague Visby Rules in goede banen moeten leiden.

Na een kort overzicht van de bijdragen van de onderscheiden sprekers, behandelt de Antwerpse hoogleraar, havenschepen en advocaat Leo Delwaide het Europese aspect van het zeevervoer. Hij bespreekt de ontwikkelingen op het Europeesrechtelijk vlak en stelt dan de vraag of er ruimte is voor een interventie op dit vlak door de Europese Unie. Terecht besluit hij dat dit enkel zo zal zijn als er economische redenen voor bestaan, m.a.w. als de dispariteit van de nu in de lidstaten van de Unie geldende regelingen zou leiden tot een betekenisvolle belemmering van de vrije mededinging in de maritieme sector. Dan, zoals de auteur opmerkt, blijft het natuurlijk zeer de vraag of zonder meer geopteerd zou worden voor de Hamburg Rules dan wel voor de (eventueel aangepaste) Hague Visby Rules.

Het boek wordt afgesloten met een bibliografie over de Hamburg Rules, de slottoespraak door de Antwerpse hoogleraar en advocaat Roger Roland, en – blijkbaar later toegevoegd – het standpunt van de Franse Vereniging voor Zeerecht over de Hamburg Rules (uiteraard in het Frans, wat in een volledig Engelstalig boek wel wat eigenaardig overkomt).

Ondanks de soms wisselende kwaliteit van de bijdragen is dit een erg interessant boek voor ieder die beroepsmatig of louter uit interesse belangstelling heeft voor het zeevervoer.

Ralph De Wit

ALAIN BERENBOOM, *Le Nouveau Droit d'Auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 1995, 448 pp.

De wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten heeft menigeen al tot schrijven aangezet, maar niemand die zo snel een boek over de nieuwe wet klaar heeft, als deze door iedereen gekende specialist, Alain Berenboom, docent auteursrecht aan de Rechtsfaculteit U.L.B., advocaat aan de balie van Brussel en één van de deskundigen die werden aangesteld om de Commissie voor de Justitie van de Kamer bij de bespreking van het toen zogenaamde Wetsontwerp Lallemand ter herziening van de Auteurswet van 1886 bij te staan.

Dit boek is eigenlijk meer een actualisering van de vorige uitgave (*Le droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 1984, 293 pp.). De structuur van het vorig boek werd grotendeels bewaard en enkel, daar waar nodig, uitgebreid met nieuwe hoofdstukken, zoals dat van de auteurscontracten, de naburige rechten en de beheersvennootschappen zijn vroegere lezers zullen daarom gemakkelijk hun weg in dit boek terugvinden.

Na een inleiding over de geschiedenis van het auteursrecht en van de nieuwe wet wordt een eerste deel van het boek gewijd aan het auteursrecht. Daarin wordt eerst het reglementair kader van het auteursrecht geschetst, om daarna te onderzoeken wat door het auteursrecht wordt beschermd (wat zijn «werken» in de zin van het auteursrecht en aan welke beschermingsvoorwaarden moeten zij voldoen?). Vervolgens wordt onderzocht welke bescherming het au-

teursrecht verleent (enerzijds de vermogensrechten – vooral het recht tot mededeling aan het publiek en het reproductierecht – en anderzijds de morele rechten). Ten slotte komen achtereenvolgens aan bod wie de rechten heeft op werken die door verschillende auteurs of op bestelling zijn gecreëerd, aan welke regels de auteurscontracten moeten voldoen, welk lot de werken ontstaat uit de techniek (met name de audiovisuele werken, computerprogramma's en databanken) beschoren is, welke de beschermingsduur van het auteursrecht is en hoe de internationale bescherming van werken en de bescherming van buitenlandse auteurs in België georganiseerd is. Hooft het gezegd dat het eerste deel de hoofdbrok van dit boek vormt?

In het tweede deel komen de naburige rechten van de uitvoerende en vertolkende kunstenaars, van de producenten van fonogrammen en van eerste vastleggingen van films en van de omroeporganisaties aan bod, waarbij ook de internationale bescherming en de naburige rechten van buitenlanders worden toegelicht.

In het derde deel worden de regels betreffende de beheersvennootschappen en de sancties op de inbreuken op het auteursrecht en op de naburige rechten uiteengezet.

Het boek bevat vrij veel bijlagen (zowel Belgische, als internationale en Europese teksten) en wordt met een trefwoordenlijst afgesloten, hetgeen altijd handig is bij het gebruik ervan. Een literatuurlijst ontbreekt evenwel.

In dit boek blijven vele vragen evenwel ongesteld en dus onbeantwoord. Zo analyseert de auteur, wat de auteurscontracten bijvoorbeeld betreft, de bepalingen van de wet en de voorbereidende werken, maar wordt nergens de toepassingsfeer van artikel 3 van de wet in vraag gesteld: zijn deze regels van toepassing op overeenkomsten tussen auteurs en beheersvennootschappen? Gelden ze ook voor de rechtverkrijgenden van de auteur? Kunnen zij door de erfgenamen van de auteur worden ingeroepen?

Een andere vraag is bijvoorbeeld hoe de in artikel 3, lid 1, van de wet voorziene mogelijkheid om het auteursrecht in zijn geheel af te staan, kan worden verzoend met de vereiste uitdrukkelijke vermelding van elke afgestane exploitatiewijze in de overeenkomst. Nog een andere vraag is hoe artikel 3, lid 3, van de wet betreffende creaties in uitvoering van een arbeidsovereenkomst, statuut of bestelling zich verhoudt tot de artikelen 18 en 19 van de wet betreffende het vermoeden van overdracht ten voordele van de producent van een audiovisueel werk (alleen de coëxistentie met artikel 3, leden 1 en 2 van de wet komt aan bod).

In dit boek worden kritisch niet alle beschikbare rechtsleer en rechtspraak systematisch besproken en geëvalueerd. Zo doet de auteur op misschien iets te éézijdige wijze beroep op de Franse rechtsleer en rechtspraak en wordt andere buitenlandse rechtsleer en rechtspraak (zoals de Nederlandse rechtsliteratuur - met als koplopers Spoor en Verkade - en de Duitse rechtsliteratuur - met als standaardwerk dat van Schricker en cfrs) buiten beschouwing gelaten. Rechtsliteratuur die nuttig is voor de interpretatie van de EG-Richtlijnen wordt evenmin vermeld (basiswerken zijn hier bijvoorbeeld het boek van Czarnota en Hart over de Richtlijn Computerprogrammatuur en dat van Reinbothe en Von Lewinski over de Richtlijn verhuurrecht).

Het boek bevat tenslotte enige onnauwkeurigheden en incoherenties, bijvoorbeeld betreffende de uitzondering op het recht tot mededeling aan het publiek in het kader van schoolactiviteiten (in voetnoot 146 op blz. 123), betreffende de natuur van de morele rechten van de uitvoerende kunstenaar (in randnummer 218 op blz. 272) en betreffende de interpretatie van artikel 37 van de wet (in randnummer 220 op blz. 276). Dit alles doet natuurlijk niets af aan zijn grote verdienste: zonder een handboek te zijn waarin alle rechtsproblemen op exhaustieve wijze worden uiteengezet, bevat dit boek de eerste uitgebreide commentaar op de Auteurswet en deelt deze specialist zijn praktische visie op het auteursrecht van vandaag mee. Voor de pratici, horen en rechtbanken zal dit boek weer (zoals dat het geval was met de rouge uitgave) referentiewerk nummer één zijn. Bovendien is het boek zeer vlot geschreven, hetgeen niet mag verwonderen van een auteur die in zijn vrije uren ook nog eens succesvolle literaire romans schrijft.

F. Brison