

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

A. VAN OEVELEN, Enige beschouwingen bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de vergoedbaarheid van de B.T.W. als bestanddeel van de schade bij totaal verlies of beschadiging van voertuigen 1417

Rechtspraak

Gemeenschap en gewest – Gemeenschappen – 1. Territoriale bevoegdheid – Exclusieve bevoegdheid – Lokalisatiecriteria – 2. Jeugdbescherming – Territoriale bevoegdheidsafbakeningen
Arbitragehof, 11 december 1996 1422

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Geschillen over politieke rechten – Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen

Arbitragehof, 18 maart 1997 (met noot van André Alen, «De controle van het Arbitragehof op de wettelijke kwalificatie van politieke rechten in de zin van artikel 145 van de Grondwet: meer rechtsbescherming, maar minder rechtszekerheid?») 1423

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Instorting van gebouw – Gebouw in oprichting op de grond van een eigenaar – Aansprakelijkheid van die eigenaar

Cass., 16 juni 1995 (met conclusie van advocaat-generaal G. Bresseleers) 1428

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Zaakschade – B.T.W. – Vrije beschikking van de benadeelde over de hem verschuldigde schadevergoeding

Cass., 9 januari 1996 (met noot) 1430

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Zaakschade – B.T.W. – Vrije beschikking van de benadeelde over de hem toekomende schadevergoeding

Cass., 29 mei 1996 (met noot) 1431

Raad van State – Afdeling administratie – Annulatiebevoegdheid – Administratieve overheid

Cass., 14 februari 1997 (met conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle) 1433

Rechtsmiddelen – Verwijzing na cassatie – Bevestiging, door de appelrechter naar wie de zaak verwezen is, van een door de eerste rechter bevolen onderzoeksmaatregel, en verwijzing naar die eerste rechter – Hoger beroep tegen de daaropvolgende beslissing van de eerste rechter – Bevoegde appelrechter

Hof Brussel, 22 december 1995 1438

Registratierechten – Controleschatting – Vordering tot nietigverklaring – Afwijzing – Derdenverzet

Hof Gent, 5 oktober 1996 1440

Zeerecht – Zeevervoer – Cognossement – Bevoegde rechter – Derdehouder – Vordering tegen de scheepseigenaar – Lossingskosten

Hof Gent, 28 november 1996 1441

Zeerecht – Zeevervoer – Art. 91 Zeewet – Container – Vervoer aan dek – Geen vermelding van deklading in cognossement

Hof Antwerpen, 24 februari 1997 1443

Arbeidsovereenkomst – Concurrentiebeding – 1. Geldigheidsvoorwaarden – Nietigheid – Relatief – 2. Onmogelijkheid om de werkgever te schaden – 3. Werknemer – Schadevergoeding wegens concurrentiebeding – Grondslag – a. Brutoloon – b. Bedrijfsvoorheffing

Arbh. Antwerpen, 3 februari 1997 1444

Jacht – 1. Vogelvangst – Beschermde vogels – 2. Vrijlating van gevangen vogels

Corr. Brugge, 3 juni 1996 (met noot van A. Vandeplas, «De vrijlating van gevangen vogels») 1446

Borgtocht en garantie – Bankgarantie op eerste verzoek – Afroep – Betalingsverbod – Kennelijk misbruik

Kh. Kortrijk, 21 oktober 1996 1447

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Zaakschade – Geldelijke schadevergoeding – Gebeurtenissen na het schadegeval – Wijze van besteding van de verschuldigde schadevergoeding

Vred. Deurne, 27 januari 1995 (met noot) 1450

Rechtspraak in kort bestek

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling

– Zaakschade – B.T.W. – Vrije beschikking van de benadeelde over de hem verschuldigde schadevergoeding – Aankoop van vervangingsvoertuig waarop geen B.T.W. verschuldigd is – Veroordeling tot betaling van B.T.W.

Cass., 12 november 1996 (met noot) 1451

Gemeentebelasting – Beslissing van de bestendige deputatie – Cassatieberoep – Vorm – Betekening aan wederpartij vereist

Cass., 13 december 1996 1451

Inkomstenbelastingen – Inkomsten uit roerende goederen – Bijzondere heffing – Ontheffing bij wederbelegging binnen wettelijke termijn – Wederbelegging belet door overmacht – Toekenning van aanvullende termijn

Cass., 19 december 1996 1452

Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Progressieve aanslagvoet – Vaststelling – Salaris van personeel van internationale organisatie Eurocontrol niet in aanmerking te nemen

Cass., 2 januari 1997 1452

Inkomstenbelastingen – Onroerende voorheffing – Vermindering met een vierde voor bescheiden woning – Definitief verlies van het voordeel zodra aan een van de vereisten niet meer voldaan is

Cass., 2 januari 1997 (met noot) 1452

Boeken

M. Freudenthal, Incassoprocedures (door Anja Varemán) 1453

Ph. Coenraets, Traité jurisprudentiel des associations sans but lucratif (door D. Coeckelbergh) 1453

M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Janssen (red.), De ontwerpende bouw (door Elise Degroote) 1453

S. Stijns, De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten (door Bart De Temmerman) 1454

Aangekondigd

1456

Mededelingen

Doctoraten aan de U.I.A. 1456

Mastercursus Psychologie en Vaardigheden 1456

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, J.R. Rauws,
A. Vandeplas, A. Van Oevelen, E. Dirix

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
P. Arnou
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
J. Laenens
W. Lambrechts
P. Lemmens
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
L.P. Suetens (†)
M. van Damme
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchillaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/658.01.69 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

Advocatenkantoor te Brussel
zoekt voltijds

MEDEWERKER EN/OF STAGIAIR

met ervaring en/of belangstelling
voor het **administratief recht**

Curriculum Vitae sturen aan het
Rechtskundig Weekblad,
Churchillaan 108, 2900 Schoten
onder nr. RW 42/01

ENIGE BESCHOUWINGEN BIJ DE RECENTE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN CASSATIE OMTRENT DE VERGOEDBAARHEID VAN DE B.T.W. ALS BESTANDDEEL VAN DE SCHADE BIJ TOTAAL VERLIES OF BESCHADIGING VAN VOERTUIGEN

I. Probleemstelling

1. Sinds de invoering van de B.T.W. staat het vast dat de B.T.W. die door het slachtoffer van een verkeersongeval moet worden betaald bij de herstelling van zijn beschadigd voertuig of bij de vervanging van zijn volledig vernield voertuig, een bestanddeel vormt van de schade die door de aansprakelijke moet worden vergoed indien de benadeelde geen B.T.W.-belastingplichtige is, die dus deze belasting niet kan aftrekken en evenmin van de Staat kan terugkrijgen overeenkomstig de regelen vastgelegd in het B.T.W.-Wetboek.¹

In de rechtspraak en de rechtsleer ontstond vrij vlug verschil van mening of de benadeelde, om de B.T.W. als bestanddeel van zijn voertuigschade vergoed te krijgen, het bewijs dient te leveren dat hij zijn beschadigd voertuig effectief heeft laten herstellen of dat hij effectief is overgegaan tot de vervanging van zijn volledig vernield voertuig. Met het verder in dit nummer gepubliceerde arrest van 28 mei 1996 lijkt het Hof van Cassatie aan deze betwisting een einde te hebben gemaakt, althans voor wat de vervanging van een vernield voertuig aangaat.

Daarmee samenhangend is er de vraag welke de heffingsgrondslag is waarop de voor vergoeding in aanmerking komende B.T.W. moet worden berekend en welk het toepasselijke B.T.W.-tarief is: moet voor het bepalen van die grondslag en van het toepasselijke B.T.W.-tarief het tijdstip van het schadegeval in aanmerking worden genomen dan wel het ogenblik waarop de herstelling respectievelijk de vervanging van het beschadigde respectievelijk vernielde voertuig plaats had?

Deze twee problemen worden achtereenvolgens in deze bijdrage behandeld.

II. Dient de benadeelde het bewijs te leveren van de vervanging van zijn vernield voertuig of van de herstelling van zijn beschadigd voertuig om aanspraak te kunnen maken op de vergoeding van de B.T.W.?

2. Nadat over deze kwestie in de rechtspraak van de feitenrechters en in de rechtsleer lange tijd discussie had bestaan, heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 13 april

1998², voor wat de vervanging van een vernield voertuig betreft, en in zijn arrest van 20 september 1988³, met betrekking tot de herstelling van een beschadigd voertuig, geoordeeld dat de benadeelde, die geen B.T.W.-belastingplichtige is, ter vergoeding van de door hem geleden schade ten gevolge van de vernieling of beschadiging van zijn voertuig, recht heeft op een bedrag dat nodig is om zich een gelijkwaardig voertuig aan te schaffen, respectievelijk om zijn beschadigd voertuig te laten herstellen, en dat daarin de B.T.W. begrepen is, ongeacht of de benadeelde al of niet tot vervanging respectievelijk herstelling van zijn voertuig laat overgaan⁴.

Art. 83 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, waarin voor aansprakelijkheidsverzekeringen wordt bepaald dat de benadeelde vrij beschikt over de door de verzekeraar verschuldigde schadevergoeding en dat het bedrag van de schadevergoeding niet mag verschillen naargelang van het gebruik dat de benadeelde ervan zal maken, vormt dan eigenlijk alleen maar de bevestiging van een jurisprudentiële verworvenheid⁵.

3. De hier behandelde problematiek heeft een nieuwe dimensie gekregen sinds de wijzigingen die, met ingang van 1 juni 1993, aan het B.T.W.-Wetboek werden aangebracht door de wet van 25 mei 1993 m.b.t. de belasting verschuldigd op

² Cass., 13 april 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1016, *Pas.*, 1988, I, 936, met conclusie van de advocaat-generaal LIEKENDAEL, *J.T.*, 1988, 315, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.366, met noot J.P., *R.W.*, 1988-89, 301, *J.L.M.B.*, 1988, 761, met noot AFSCHRIFT, T., *De Verz.*, 1988, 562, met noot J.R., *Verkeersrecht*, 1988, 143.

³ Cass., 20 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 69, *Pas.*, 1989, I, 61, *Verkeersrecht*, 1988, 317, met noot BREWAEYS, E., *R.W.*, 1988-89, 966, *J.T.*, 1989, 90, *R.G.A.R.*, 1989, nr. 11.434, met noot J.P., *De Verz.*, 1989, 378, met noot J.R., *J.L.M.B.*, 1989, 1042, met noot DE BOECK, K.

⁴ Zie daarover o.m. VAN OEVELEN, A., o.c., *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, p. 1148-1155, nrs. 13-21 en de verwijzingen aldaar.

⁵ SCHUERMANS, L., «De nieuwe wet op de landverzekeringen van 25 juni 1992 (slot)», *R.W.*, 1992-93, (729), p. 738, nr. 156; FAGNART J.-L., «La libre disposition de l'indemnité et le nouveau régime de la t.v.a.» (noot onder Cass., 9 januari 1996), *J.T.*, 1996, p. 484, nr. 1. Zie echter ULRICHTS, H., «De vergoeding van de B.T.W. na totaal verlies» (noot onder Rb. Antwerpen, 22 mei 1995), *De Verz.*, 1996, (85), 86-87; VAN DE SYPE, P., «B.T.W. als vergoedbare schade. Een evergreen», *De Verz.*, 1996, (231), 238, die van oordeel zijn dat uit deze bepaling geen conclusies kunnen worden getrokken omtrent de kwestie of de B.T.W. een bestanddeel van de schadevergoeding vormt bij voertuigschade, wanneer niet tot vervanging of herstelling wordt overgegaan.

¹ Zie daarover uitvoeriger: VAN OEVELEN, A., «De B.T.W. en de inschrijvingstaks als bestanddeel van de schade bij de vergoeding van zaakschade», in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, (1139), p. 1145-1148, nrs. 10-12 en de verwijzingen aldaar.

vervoermiddelen⁶. Deze wijzigingen houden o.m. in dat geen B.T.W. noch inschrijvingstaks verschuldigd is op de verkoop van een tweedehandsvoertuig door een niet-B.T.W.-plichtige aan een andere niet-B.T.W.-plichtige (art. 2, eerste lid, B.T.W.-Wetboek) en dat bij de verkoop van een tweedehandsvoertuig door een professionele autohandelaar die het verkochte voertuig zelf aankocht bij een niet-B.T.W.-plichtige, er slechts B.T.W. verschuldigd is op de winstmarge van die handelaar (art. 58, § 4, 9°, B.T.W.-Wetboek, zoals gewijzigd door het K.B. van 23 december 1994, *B.S.*, 30 december 1994)⁷.

In de rechtspraak en de rechtsleer is vrij vlug de vraag gezezen hoe het beginsel van de vrije beschikking door de benadeelde over het bedrag van de schadevergoeding, zoals neergelegd in de cassatiearresten van 13 april 1988 en 20 september 1988 en bevestigd door art. 83 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, in overeenstemming kan worden gebracht met de nieuwe B.T.W.-regeling bij de verkoop van tweedehandswagens, aangezien het thans best mogelijk is dat de benadeelde, om zich een gelijkaardig voertuig aan te schaffen, helemaal geen B.T.W. moet betalen of een B.T.W.-bedrag dat lager ligt dan de B.T.W. berekend op de vervangingswaarde van het vernielde voertuig.

Het grootste deel van de rechtspraak past de principes van het cassatiearrest van 13 april 1988 onverkort toe en oordeelt dat de benadeelde, bij totaal verlies van zijn voertuig, bij wijze van schadeloosstelling aanspraak kan maken op de B.T.W., berekend op de waarde van het vernielde voertuig, ongeacht of hij al of niet een vervangingsvoertuig aankoopt⁸. Zonder het expliciet te vermelden, gaan enkele rechtbanken ook duidelijk in die richting, wanneer zij meteen beslissen dat de benadeelde, bij totaal verlies van een voertuig dat niet meer in nieuwe staat verkeerde op het ogenblik van het ongeval, recht heeft op vergoeding van de B.T.W. die hij zou moeten betalen om een gelijkaardig vervangingsvoertuig aan te kopen bij een handelaar in tweedehandswagens⁹.

Een ander deel van de rechtspraak is daarentegen van oordeel dat de benadeelde, bij totaal verlies van zijn voertuig, als schadeloosstelling recht heeft op de waarde van een gelijkaardig vervangingsvoertuig, vermeerderd met de B.T.W. die bij de aankoop van dit vervangingsvoertuig verschuldigd is. In die gevallen wordt derhalve beslist dat de benadeelde de rechtbank dient in te lichten of hij al dan niet een vervangingsvoertuig heeft aangekocht, en zo ja, aan welke B.T.W.-

regeling die aankoop is onderworpen¹⁰. Zo die informatie niet wordt verstrekt en de benadeelde m.a.w. niet het bewijs kan leveren van de aankoop van een vervangingsvoertuig, wordt geoordeeld dat hem enkel voorbehoud kan worden verleend voor de vergoeding van de B.T.W.¹¹. De meeste auteurs hebben zich bij die tweede opvatting aangesloten¹².

4. De auteurs die de tweede hierboven vermelde opvatting hebben verdedigd, meenden een bevestiging van hun standpunt te vinden in het verder in dit nummer gepubliceerde cassatiearrest van 9 januari 1996¹³. In dit arrest herinnert het Hof er allereerst aan, met herneming van een overweging uit zijn arrest van 13 april 1988, dat de persoon aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, recht heeft op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak en dat de benadeelde, wanneer teruggave niet mogelijk is, recht heeft op de vervangingswaarde van deze zaak, d.i. op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkwaardige zaak aan te schaffen, eventueel verhoogd met de B.T.W. indien hij geen B.T.W.-plichtige is. Vervolgens overweegt het Hof dat de rechter, met toepassing van de art. 1382-1383 B.W. «aan de benadeelde die geen B.T.W.-plichtige is - zonder afbreuk te doen aan diens vrije beschikking over de verschuldigde schadevergoeding - slechts de vergoeding van de B.T.W. mag toekennen die hij effectief verschuldigd is bij het aanschaffen van een gelijkwaardige zaak». Het bestreden vonnis wordt dan ook vernietigd omdat de appelrechters hadden nagelaten «te antwoorden op eisers op feitelijke gegevens gegrond verweer dat de kans zeer groot was dat verweerder een tweedehandsvoertuig zou aankopen waarop geen B.T.W. of slechts B.T.W. op de winstmarge van de garagist verschuldigd is».

Het is niet gemakkelijk de juiste draagwijdte van dit arrest te bepalen, zeker niet wanneer men het leest en interpreteert in samenhang met het hierna te bespreken cassatiearrest van 28 mei 1996.

Aan de ene kant dient goed voor ogen te worden gehouden dat het bestreden vonnis werd vernietigd wegens schending van de motiveringsverplichting (art. 149 G.W.), namelijk het niet beantwoorden van eisers verweer¹⁴, zodat uit dit arrest geen conclusie zou mogen worden getrokken betreffende de grond van de hier behandelde problematiek, namelijk of sinds 1 juni 1993 aan de benadeelde, die geen B.T.W.-plichtige is en wiens voertuig volledig werd vernield, als schadevergoeding de B.T.W. op de vervangingswaarde van dat

⁶ *B.S.*, 28 mei 1993.

⁷ Voor een beknopt overzicht, zie GEYSKENS, M., «De schadevergoeding bij een totaal verlies van een voertuig. Wat met de B.T.W. en de verschillende taksen?» *Limb. Rechtsl.*, 1994, (181), 182-186; FAGNART, J.-L., o.c., *J.T.*, 1996, p. 484, nr. 2.

⁸ Rb. Mechelen, 22 februari 1994, *R.W.*, 1995-96, 648; Rb. Turnhout, 4 november 1994, *Verkeersrecht*, 1995, 39; Rb. Hasselt, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 678; Vred. Antwerpen, 24 november 1994, *Verkeersrecht*, 1995, 101; Pol. Gent, 27 maart 1995, *T. Vred.*, 1996, 224; Vred. Zaventem, 27 juni 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 50; Pol. Brussel, 15 september 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 6; Pol. Hoei, 18 september 1995, *T. Vred.*, 1996, 232.

⁹ Kh. Charleroi, 10 november 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 53; Pol. Bergen, 22 juni 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 49; Vred. Brussel, 22 november 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 54.

¹⁰ Vred. Bilzen, 11 april 1994, *Verkeersrecht*, 1994, 232; Pol. Hasselt, 28 oktober 1994, *A.J.T.*, 1994-95, 178, met noot GLORIEUX, F.; Pol. Gent, 27 juni 1995, *T.G.R.*, 1995, 227; Vred. Fléron, 5 september 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 52.

¹¹ Gent, 22 maart 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 136, met noot HUYSMAN, S.

¹² GLORIEUX, F., noot onder Pol. Hasselt, 28 oktober 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 180, nr. 3, en noot onder Cass., 9 januari 1996, *A.J.T.*, 1995-96, 359; ULRICHTS, H., o.c., *De Verz.*, 1996, 86-87; VAN DE SYPE, P., o.c., *De Verz.*, 1996, 234-236.

¹³ GLORIEUX, F., noot onder Cass., 9 januari 1996, *A.J.T.*, 1995-96, 359; ULRICHTS, H., o.c., *De Verz.*, 1996, 87; VAN DE SYPE, P., o.c., *De Verz.*, 1996, 236 en 238.

¹⁴ GEELLEN, K., «B.T.W. en voertuigschade. Een never-ending story», *Recente Cassatie*, 1996, (325), p. 327, nr. 6.

voertuig vóór het schadegeval kan worden toegekend, ook wanneer hij geen vervangingsvoertuig heeft aangekocht.

Van de andere kant is volgens het Hof van Cassatie het niet beantwoorden van eisers verweer dat de kans groot was dat de benadeelde een tweedehandsvoertuig zou kopen waarop geen B.T.W. of slechts B.T.W. op de winstmarge van de garagist verschuldigd was, blijkbaar toch niet helemaal irrelevant voor de beoordeling van de grond van de zaak. Want als het Hof het al of niet beantwoorden van dit verweer wel irrelevant had gevonden voor de beoordeling van de grond van de betwisting, dan had het Hof ermee kunnen volstaan te overwegen dat een beantwoording van dit verweer de feitenrechter niet tot een ander oordeel zou hebben geleid¹⁵.

Een ander argument om te besluiten dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 januari 1996 toch een uitspraak heeft willen doen over de rechtsvraag van de vergoedbaarheid van de B.T.W. wanneer geen bewijs voorligt van de aankoop van een vervangingsvoertuig, kan worden gehaald uit de overweging dat de rechter, zonder afbreuk te doen aan de vrije beschikking van de benadeelde over de verschuldigde schadevergoeding, aan de benadeelde die geen B.T.W.-plichtige is slechts de vergoeding van de B.T.W. mag toekennen die hij effectief verschuldigd is bij het aanschaffen van een gelijkwaardige zaak. Strikt genomen zou men kunnen betogen dat dit een *obiter dictum* is, aangezien het bestreden vonnis wordt vernietigd wegens schending van de motiveringsverplichting, maar dan vraagt men zich af waarom het Hof van Cassatie die principiële overweging evenals de daaraan voorafgaande considerans, die de juridische verantwoording bevatten voor de vergoedbaarheid van de B.T.W. bij zaakschade, in zijn arrest heeft opgenomen. Als het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 januari 1996 het bestreden vonnis enkel maar heeft willen vernietigen wegens het niet beantwoorden van eisers conclusie, dan had het ermee kunnen volstaan, zoals het vaak doet, de essentie van die conclusie in de motivering van zijn arrest op te nemen en te oordelen dat het bestreden vonnis op die conclusie niet heeft geantwoord, zonder ook maar iets toe te voegen over de rechtsprincipes die het in die conclusie behandelde probleem beheersen.

Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat een aantal auteurs en een enkele uitspraak de principiële overwegingen uit het cassatiearrest van 9 januari 1996 over de vergoedbaarheid van de B.T.W. bij voertuigschade hebben aangegrepen om hieruit af te leiden dat de benadeelde die geen B.T.W.-plichtige is en wiens voertuig volledig werd vernield, sinds 1 juni 1993 slechts recht heeft op vergoeding van de B.T.W. indien en in de mate hij effectief B.T.W. betaalde bij de aankoop van een vervangingsvoertuig en dat, zolang het bewijs van de aankoop van een vervangingsvoertuig niet is geleverd, aan de benadeelde enkel een voorbehoud voor de vergoeding van de B.T.W. kan worden verleend¹⁶.

5. Juist omdat de motieven van het cassatiearrest van 9 januari 1996 vatbaar zijn voor verschillende interpretaties, kan dit arrest in de hier behandelde problematiek niet de rechtszekerheid brengen die sommigen ervan hadden verhoopt¹⁷.

Gelukkig heeft het Hof van Cassatie, in het verder in dit nummer gepubliceerde arrest van 28 mei 1996, gewezen in voltallige terechtzitting, wel voor de nodige duidelijkheid gezorgd.

In dit geval had de benadeelde, die geen B.T.W.-plichtige was en wiens voertuig volledig vernield was, als vervangingswagen een tweedehandsvoertuig gekocht waarop hij, blijkens de factuur, geen B.T.W. had betaald. De aansprakelijke voerde aan dat de B.T.W. maar kan vergoed worden indien en in de mate ze verschuldigd is en dat, als in dit geval aan de benadeelde vergoeding voor B.T.W. zou worden toegekend, dit zou neerkomen op een ongerechtvaardigde verrijking zonder oorzaak. Het bestreden vonnis verwierp dit verweer en besliste dat de benadeelde, om recht te hebben op vergoeding van de B.T.W., geenszins het bewijs moet leveren dat hij B.T.W. op het vervangingsvoertuig heeft betaald, omdat de benadeelde recht heeft op herstel van zijn vermogen en dat, als de beschadigde of vernielde zaak hem niet kan worden teruggegeven, de benadeelde recht heeft op de vervangingswaarde van die zaak. In het enige cassatiemiddel werd door de aansprakelijke, eiser in cassatie, in essentie hetzelfde standpunt verdedigd als voor de appelrechters.

Zoals in zijn arrest van 9 januari 1996, brengt het Hof in zijn arrest van 28 mei 1996 ook allereerst in herinnering dat de benadeelde, aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, recht heeft op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak, en wanneer teruggave niet mogelijk is, op de vervangingswaarde van deze zaak, d.i. op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen, waarin, als de benadeelde geen B.T.W.-plichtige is, de B.T.W. op de aankoopprijs van een gelijkaardige zaak, te dezen een auto, begrepen is. Vervolgens formuleert het Hof het principe dat is neergelegd in art. 83 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, namelijk «dat de benadeelde vrij beschikt over de hem toekomende schadevergoeding en dat het bedrag van de schadevergoeding niet mag verschillen naar het gebruik dat de benadeelde ervan zal maken». Uit die overwegingen leidt het Hof dan af «dat onverschillig is de omstandigheid dat de benadeelde, ingevolge zijn vrije beschikking over de hem toekomende schadevergoeding, deze niet gebruikt voor de vervanging van de vernielde auto door een nieuwe of ze gebruikt voor de vervanging door een tweedehandswagen waardoor bij de aankoop geen B.T.W. of slechts een B.T.W. over het verschil tussen de verkoopprijs en de inkooprijs van de garagist verschuldigd is». De appelrechters hebben bijgevolg de art. 1382-1383 B.W. niet geschonden door te oordelen dat de benadeelde, die geen B.T.W.-plichtige is, om recht te hebben op vergoeding van de B.T.W., geenszins het bewijs moet leveren dat hij op het vervangingsvoertuig B.T.W. heeft betaald.

De motieven van het cassatiearrest van 28 mei 1996 laten er weinig twijfel over bestaan dat het Hof, inzake de vergoedbaarheid van de B.T.W. bij totaal verlies van een voer-

¹⁵ Vgl. GEELEN, K., o.c., *Recente Cassatie*, 1996, p. 327, voetnoot 28.

¹⁶ J.V.D. en L.M. «Total loss: enkel de effectieve B.T.W. moet worden vergoed», *Fiskoloog*, 1996, nr. 553, p. 3-4; GLORIEUX, F., noot onder Cass., 9 januari 1996, *A.J.T.*, 1995-96, 359; VAN DE SYPE, P., o.c., *De Verz.*, 1996, 236 en 238; LECLERCO, V., «La t.v.a. sur les véhicules détruits», *J.T.*, 1996, 551; Gent, 22 maart 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 136, met noot HUYSMAN, S.

¹⁷ VAN DE SYPE, P., o.c., *De Verz.*, 1996, 328.

tuig, heeft willen vasthouden aan de principes, die het heeft geformuleerd in zijn arrest van 13 april 1988, en dat daaraan geen afbreuk wordt gedaan door de wijzigingen die door de wet van 25 mei 1993 aan het B.T.W.-Wetboek werden aangebracht op het stuk van de belasting op vervoermiddelen¹⁸. Dit houdt in dat de benadeelde, die geen B.T.W.-plichtige is en wiens voertuig volledig werd vernield, recht heeft op vergoeding van de B.T.W. die moet worden betaald om zich een gelijkwaardig vervangingsvoertuig aan te schaffen, zonder dat hij moet bewijzen dat hij effectief tot vervanging is overgegaan of dat hij bij een vervanging effectief B.T.W. heeft betaald¹⁹.

Het lijkt weinig twijfel dat het cassatiearrest van 28 mei 1996 in deze materie als een principiële arrest moet worden beschouwd. Sindsdien heeft het Hof immers zijn rechtspraak ter zake in identiek dezelfde bewoordingen geformuleerde motieven bevestigd in zijn arresten van 25 juni 1996²⁰, 4 september 1996²¹, 9 oktober 1996²² en 12 november 1996²³.

III. Heffingsgrondslag en tarief van de voor vergoeding in aanmerking komende B.T.W.

6. Eenmaal dat is uitgemaakt dat de benadeelde wiens voertuig vernield of beschadigd is, recht heeft op vergoeding van de B.T.W., rijst vervolgens de vraag op welke grondslag deze B.T.W. moet worden berekend en welk het toepasselijke tarief is. Dit laatste is niet alleen van belang wanneer tussen het ogenblik van het schadegeval en het tijdstip van de herstelling van het beschadigde voertuig of de vervanging van het vernielde voertuig het toepasselijke B.T.W.-tarief wijzigt, maar speelt vooral een rol bij totaal verlies van een voertuig, omdat dan sinds 1 juni 1993 rekening moet worden gehouden met het B.T.W.-statuut waaronder de benadeelde zich een gelijkwaardig vervangingsvoertuig kan aanschaffen, namelijk aankoop van een nieuw voertuig of van een tweedehandsvoertuig bij een particulier dan wel bij een autohandelaar. Voor een goed begrip van deze problematiek verdient het aanbeveling een onderscheid te maken tussen de hypothese van de vervanging van een vernield voertuig en die van de herstelling van een beschadigd voertuig.

A. Vervanging van een vernield voertuig

7. In zijn arrest van 28 september 1994 besliste het Hof van Cassatie dat, bij totaal verlies van een zaak, de voor de

benadeelde te vergoeden schade niet bestaat in het verlies van de prijs van de zaak, maar in het verlies van de zaak zelf, en dat de toegekende vergoeding hem in staat moet stellen een gelijkaardige zaak te verkrijgen, rekening houdende met de belasting die deze uitgave zou teweegbrengen²⁴. Zoals het reeds vermelde cassatiearrest van 13 april 1988 en de hierboven besproken cassatierechtspraak, gaat ook dit arrest ervan uit dat de benadeelde bij het verlies van een zaak waarvan de teruggave niet mogelijk is, recht heeft op de vergoeding van de vervangingswaarde van deze zaak, d.w.z. het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen, vermeerderd met de B.T.W. daarop als de benadeelde geen B.T.W.-plichtige is. Hieruit volgt dat de als schadevergoeding verschuldigde B.T.W. dient te worden berekend op basis van de vervangingswaarde die het vernielde voertuig bezat juist vóór het schadegeval²⁵. Uit het reeds geciteerde cassatiearrest van 28 september 1994 kan eveneens worden afgeleid dat als B.T.W.-tarief in aanmerking komt het tarief dat van toepassing is op het ogenblik dat de vervanging van het vernielde voertuig dient plaats te hebben en niet het tarief dat gold op het ogenblik waarop het vernielde voertuig werd aangekocht²⁶.

8. De toepassing van deze principes levert weinig moeilijkheden op wanneer het vernielde voertuig nog als een *nieuw voertuig* moet worden beschouwd, omdat de vervangingswaarde dan meestal vrij gemakkelijk kan worden vastgesteld en die vervangingswaarde moet worden vermeerderd met de B.T.W. die op het ogenblik van het schadegeval op de aankoop van een gelijkaardig voertuig verschuldigd is, thans 21%²⁷.

Om uit te maken of een voertuig als «nieuw» dient te worden beschouwd, kan men met J.-L. Fagnart een analogische toepassing maken van de regel die geldt inzake intracommunautaire leveringen, namelijk dat een voertuig als nieuw wordt aangemerkt als de eerste ingebruikneming hoogstens zes maanden voordien plaats had of als het voertuig niet meer dan 6000 km heeft afgelegd²⁸. In deze visie dient, voor de toepassing van de B.T.W.-reglementering, een voertuig dat op het ogenblik van het schadegeval al meer dan zes maanden in gebruik is of al meer dan 6000 km heeft afgelegd, als een tweedehandsvoertuig te worden beschouwd.

Tegen deze opvatting werd door V. Leclercq het bezwaar geopperd dat, bij het hanteren van het criterium van een gelijk(w)aardig vervangingsvoertuig, men een tweedehandsvoertuig niet kan kwalificeren als gelijkaardig met een gebruikt voertuig, omdat het karakteristieke voor een tweede-

¹⁸ GEELLEN, K., o.c., *Recente Cassatie*, 1996, p. 328, nr. 9; FAGNART, J.-L., «La t.v.a. sur les véhicules détruits», *J.T.*, 1996, p. 766, nr. I; GHISLAIN, P.-E., noot onder Cass., 28 mei 1996, *Rev. Rég. Dr.*, 1996, (283), 286.

¹⁹ GEELLEN, K. o.c., *Recente Cassatie*, 1996, p. 328, nrs. 9-10; FAGNART, J.-L., *Ibid.*

²⁰ Cass., 25 juni 1996, (nog) niet gepubliceerd, maar vermeld bij GEELLEN, K., *ibid.*

²¹ Cass., 4 september 1996, *J.T.*, 1996, 757, *R.G.A.R.*, 1996, nr. 12.684, met verwijzingsnoot.

²² Cass., 9 oktober 1996, *J.T.*, 1996, 758.

²³ Cass., 12 november 1996, eveneens gepubliceerd in dit nummer en waarin het Hof eraan toevoegt dat het niet tegenstrijdig is vast te stellen dat de niet-B.T.W.-plichtige benadeelde een vervangingsvoertuig heeft aangekocht waarop geen B.T.W. verschuldigd is, en de aansprakelijke niettemin te veroordelen tot betaling van B.T.W.

²⁴ Cass., 28 september 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 791, *Pas.*, 1994, I, 774, *R.W.*, 1995-96, 548, *R.G.A.R.*, 1995, nr. 12.508, met noot GALAND, P.

²⁵ Zie uitdrukkelijk in die zin het in dit nummer gepubliceerde arrest van Cass., 28 mei 1996: «Overwegende dat de schadevergoeding, wanneer de benadeelde geen B.T.W.-plichtige is (...) de B.T.W. op de aankoop prijs van een gelijkaardige zaak, ten deze een auto, omvat» (cursivering A.V.O.); Rb. Hasselt, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 678.

²⁶ In dezelfde zin: FAGNART, J.-L., o.c., *J.T.*, 1996, p. 484, nr. 4, b, en p. 485, nr. 5, c; GHISLAIN, P.-E., geciteerde noot, *Rev. Rég. Dr.*, 1996, 286; Rb. Mechelen, 22 februari 1994, *R.W.*, 1995-96, 648.

²⁷ FAGNART, J.-L., o.c., *J.T.*, 1996, p. 485, nr. 8; GHISLAIN, P.-E., *ibid.*

²⁸ FAGNART J.-L., o.c., *J.T.*, 1996, p. 485, nr. 7

handsvoertuig is dat het al van eigenaar is veranderd²⁹. Ook het Hof van Cassatie heeft er blijkbaar bezwaar tegen om, voor de toepassing van de B.T.W.-reglementering, een gebruikt voertuig gelijk te stellen met een tweedehandsvoertuig, want het vernietigde een vonnis dat, om uit te maken welk B.T.W.-tarief op de vervangingswaarde diende te worden toegepast, besliste dat een nieuw gekochte wagen die op het ogenblik van het schadegeval ruim twee jaar oud was en volledig werd vernield, als een tweedehandsvoertuig moest worden beschouwd³⁰.

Indien het Hof van Cassatie van oordeel is dat een ruim twee jaar oud voertuig, voor de toepassing van de B.T.W. op voertuigschade, niet mag worden gelijkgesteld met een tweedehandsvoertuig, kan hieruit *a contrario* worden geconcludeerd dat, om van een tweedehandsvoertuig te kunnen spreken, vereist is dat het vernielde voertuig reeds aan zijn tweede of volgende eigenaar toe was. Het door J.-L. Fagnart verdedigde criterium is in het geheel van de B.T.W.-wetgeving echter als meer coherent te beschouwen³¹.

9. De toepassing van de in randnr. 7 vermelde principes is iets moeilijker wanneer het vernielde voertuig krachtens een van de zojuist vermelde criteria als een *tweedehandsvoertuig* moet worden beschouwd, omdat, zoals reeds meermaals vermeld, sinds 1 juni 1993 het B.T.W.-tarief verschillend is naargelang een tweedehandsvoertuig wordt aangekocht van een autohandelaar die het zelf aankocht bij een niet-B.T.W.-plichtige, dan wel van een niet-B.T.W.-plichtige particulier.

Aangezien de toegekende schadevergoeding de benadeelde in staat moet stellen om zich een gelijkaardig voertuig aan te schaffen, vermeerderd met de eventueel daarop verschuldigde belasting, en met toepassing van het criterium van de gewone gang van zaken redelijkerwijze mag worden aangenomen dat de benadeelde zich meestal tot een professionele autohandelaar zal wenden om een gelijkaardig voertuig aan te kopen, is de aan de benadeelde toekomende vergoeding in de regel gelijk aan de vervangingswaarde van het vernielde voertuig, vermeerderd met de B.T.W. op de winstmarge van die autohandelaar, die forfaitair geraamd wordt op 15% van de wederverkoopprijs³². Indien vaststaat dat de benadeelde zich bij een professionele autohandelaar geen soortgelijke vervangingswagen kan aanschaffen, zal de rechter moeten uitmaken of dit wel mogelijk is bij een B.T.W.-plichtige die geen autohandelaar is, in welk geval de aan de niet B.T.W.-plichtige benadeelde toekomende schadevergoeding dient te worden verhoogd met 21% B.T.W., dan wel bij een particulier die geen B.T.W.-plichtige is, in welk geval in de

aan die benadeelde toekomende schadevergoeding geen B.T.W. dient te worden begrepen³³.

B. Herstelling van een beschadigd voertuig

10. Wanneer een voertuig bij een ongeval werd beschadigd, maar nog vatbaar is voor herstelling, bestaat de aan de niet-B.T.W.-plichtige benadeelde toekomende schadevergoeding in het bedrag dat nodig is om dat voertuig te herstellen in de toestand waarin dat voertuig zich zou bevonden hebben als het schadegeval zich niet zou hebben voorgedaan - wat in de regel door een deskundigenonderzoek wordt uitgemaakt -, vermeerderd met de B.T.W. die op de herstellingskosten verschuldigd is, en dit ongeacht of de benadeelde al of niet tot herstelling laat overgaan³⁴. Zoals in het geval van een totaal verlies van een voertuig, dient het B.T.W.-tarief ook hier het tarief te zijn dat van toepassing was op het ogenblik dat de herstelling diende te gebeuren, zonder dat rekening kan worden gehouden met latere tariefwijzigingen³⁵. De wijzigingen die bij de wet van 25 mei 1993 werden doorgevoerd inzake de B.T.W. verschuldigd op vervoermiddelen, hebben geen weerslag op de B.T.W. verschuldigd op de herstellingskosten.

IV. Besluit

11. Afgezien van een wat minder gelukkig geformuleerd arrest van 9 januari 1996, lijdt het weinig twijfel dat het Hof van Cassatie vanaf zijn arrest van 28 mei 1996 heeft willen vasthouden aan de principes die het in zijn arrest van 13 april 1988 heeft vastgelegd inzake de vergoedbaarheid van de B.T.W. bij totaal verlies van een voertuig, en dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door de wijzigingen die bij de wet van 25 mei 1993 aan het B.T.W.-Wetboek werden aangebracht inzake de belasting op vervoermiddelen. Deze rechtspraak bevestigt de vrije beschikking van de benadeelde over de hem toekomende schadevergoeding, zodanig dat, wanneer hij geen B.T.W.-plichtige is, hij recht heeft op vergoeding van de B.T.W. die moet worden betaald om zich een gelijkaardig vervangingsvoertuig aan te schaffen, zonder dat hij moet bewijzen dat hij effectief tot vervanging is overgegaan of dat hij bij een vervanging effectief B.T.W. heeft betaald.

Voorts werd in deze bijdrage getracht aan te tonen hoe de wijzigingen die bij de wet van 25 mei 1993 aan het B.T.W.-Wetboek werden aangebracht inzake de belasting op vervoermiddelen, in overeenstemming kunnen worden gebracht met het beginsel van de vrije beschikking van de benadeelde over de hem toekomende schadevergoeding.

A. VAN OEVELEN

Gewoon Hoogleraar

Universiteit Antwerpen (UIA en UFSIA)

²⁹ LECLERCQ, V., o.c., J.T., 1996, 551.

³⁰ Cass., 15 november 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 1015, *De Verz.*, 1996, 313, waarbij werd vernietigd *Corr. Luik*, 24 februari 1995, *De Verz.*, 1996, 308.

³¹ FAGNART J.-L., o.c., J.T., 1996, p. 766, nr. III.

³² *Corr. Luik*, 24 februari 1995, *De Verz.*, 1996, 308, dat wegens de onwettige kwalificatie van het vernielde voertuig als tweedehandswagen vernietigd werd door Cass., 15 november 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 1015, *De Verz.*, 1996, 313; Kh. Charleroi, 10 november 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 53; Pol. Bergen, 22 juni 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 49; Vred. Brussel, 22 november 1995, *Verkeersrecht*, 1996, 54; FAGNART, J.-L., o.c., J.T., 1996, p. 485, nr. 9.

³³ FAGNART, J.-L., *ibid.*

³⁴ Cass., 20 september 1988, geciteerd in voetnoot 3; Cass., 5 mei 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 834, *Pas.*, 1992, I, 778; Cass., 23 december 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1466, *Pas.*, 1992, I, 1406, *R.W.*, 1993-94, 1455.

³⁵ HUYSMAN, S., «B.T.W. als schadepost bij voertuigschade» (noot onder *Gent*, 22 maart 1996), *A.J.T.*, 1996-97, (137), p. 140, nr. 11.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

11 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de h. Arts en mevr. Delruelle

Advocaten: mrs. Franquin, Witmeur en Van Orshoven

Gemeenschap en gewest – Gemeenschappen – 1. Territoriale bevoegdheid – Exclusieve bevoegdheid – Lokalisatiecriteria – 2. Jeugdbescherming – Territoriale bevoegdheidsafbakening

1. Art. 128 G.W. heeft een exclusieve territoriale bevoegdheidsverdeling tot stand gebracht. Een zodanig stelsel veronderstelt dat het onderwerp van iedere regeling die een gemeenschapswetgever uitvaardigt, moet kunnen worden gelokaliseerd binnen het gebied waarvoor hij bevoegd is, zodat iedere concrete verhouding en situatie slechts door één enkele wetgever wordt geregeld. Wanneer de decreten op onvoldoende wijze de criteria aangeven aan de hand waarvan hun territoriaal toepassingsveld kan worden bepaald, dienden de rechtscolleges zelf dat toepassingsgebied vast te stellen uitgaande van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheidsfeer van de decreetgevers. Door zulks te doen, doen zij geen afbreuk aan de bevoegdheid van het Arbitragehof.

2. Inzake jeugdbescherming moeten de gekozen lokalisatiecriteria om in overeenstemming te zijn met de grondwettelijke regels het mogelijk maken de plaats waar de organen voor jeugdbescherming optreden, binnen het bevoegdheidsgebied van één enkele decreetgever te situeren. Gezien de doelstelling van de jeugdbescherming zal dat in de regel de gezinsverblijfplaats van de minderjarige zijn. Indien de minderjarige geen verblijfplaats heeft, zal de plaats moeten worden gezocht waar aan de minderjarige opvoeding en onderhoud wordt gegeven. Het komt de verwijzende rechter toe om die plaats te bepalen, rekening houdend met de feitelijke elementen, en bijgevolg het decreet van de territoriaal bevoegde gemeenschap toe te passen.

Geïnterpreteerd op de in het arrest bepaalde wijze schenden de artt. 32 en 38 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 4 maart 1991 inzake hulpverlening aan de jeugd en de artt. 22, 2°, en 27, § 1, van de decreten van de Vlaamse Gemeenschap inzake bijzondere jeugdbijstand, gecoördineerd bij besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 1990, niet de regels die de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten bepalen.

Arrest nr. 72/96

Ten gronde

...

B.6. Uit de rechtspleging in het bodemgeschil blijkt dat de zaak, zoals ze op vordering van het openbaar ministerie ahangig is gemaakt bij de jeugdrechtbank te Brussel en in hoger beroep behandeld wordt door de jeugdkamer bij het Hof van Beroep te Brussel, die de prejudiciële vraag heeft gesteld, betrekking heeft op de toestand van een kind dat se-

dert zijn geboorte, genoteerd door de ambtenaar van de burgerlijke stand van een gemeente van het Franse taalgebied, het ziekenhuis gelegen in datzelfde taalgebied niet heeft verlaten. De vader verbleef, op het ogenblik van de geboorte, zonder inschrijving in datzelfde taalgebied, maar de moeder, bij wie het kind is gedomicilieerd, woont in het Nederlandse taalgebied. De prejudiciële vraag beoogt bijgevolg geen toestand die zelfs maar ten dele in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad zou zijn gelokaliseerd.

B.7.1. De aan het Arbitragehof voorgelegde decreten hebben tot onderwerp de regeling van de jeugdbescherming.

Artikel 128, § 1, van de Grondwet vertrouwt de Raden van de Vlaamse en de Franse Gemeenschap de zorg toe om, ieder wat hem betreft, bij decreet, de persoonsgebonden aanlegenheden te regelen. Artikel 5, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen definieert die aangelegenheden; het betreft onder meer de jeugdbescherming, met inbegrip van de sociale bescherming en de gerechtelijke bescherming, onder voorbehoud van enkele uitzonderingen (II, 6°). Die bepalingen zijn de grondslag voor de materiële bevoegdheid van de gemeenschappen in deze zaak.

Artikel 128, § 2, van de Grondwet bepaalt dat «deze decreten (...) kracht van wet (hebben) respectievelijk in het Nederlandse taalgebied en in het Franse taalgebied, alsmede, tenzij wanneer een wet aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid er anders over beschikt, ten aanzien van de instellingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die, wegens hun organisatie, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap».

Artikel 128 van de Grondwet heeft een exclusieve territoriale bevoegdheidsverdeling tot stand gebracht. Een zodanig stelsel veronderstelt dat het onderwerp van iedere regeling die een gemeenschapswetgever uitvaardigt, moet kunnen worden gelokaliseerd binnen het gebied waarvoor hij bevoegd is, zodat iedere concrete verhouding en situatie slechts door één enkele wetgever wordt geregeld.

B.7.2. Met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen kan iedere gemeenschapsraad het criterium of de criteria bepalen met toepassing waarvan het onderwerp van de door hem uitgevaardigde regeling, naar zijn inzicht, gelokaliseerd is binnen zijn bevoegdheidsgebied. De gekozen criteria zijn evenwel onderworpen aan de toetsing van het Hof, dat tot opdracht heeft erover te waken dat de gemeenschapsraden noch hun materiële, noch hun territoriale bevoegdheid overschrijden.

B.7.3. Wanneer de decreten op onvoldoende wijze de criteria aangeven aan de hand waarvan hun territoriaal toepassingsveld kan worden bepaald, dienen de rechtscolleges zelf dat toepassingsveld vast te stellen uitgaande van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheidsfeer van de decreetgevers. Door zulks te doen, doen zij geen afbreuk aan de bevoegdheid van het Arbitragehof.

B.7.4. Het Hof stelt vast dat het te dezen de verwijzende rechter is die aan het Hof de vraag stelt over de bestaan-

baarheid, met de bevoegdheidsverdelende regels, van de door hem aangehaalde normen.

Om een oordeel te kunnen vormen over de lokalisatie van een norm binnen het door de Grondwet toegewezen territoriale bevoegdheidsgebied, dient men rekening te houden met de aard en het onderwerp van de toegewezen materiële bevoegdheid.

B.7.5. De jeugdbescherming is een vorm van bijstand aan personen die de jongeren in moeilijkheden een specifieke hulp biedt. Zij strekt ertoe in te werken op de omstandigheden waarin in moeilijkheden verkerende jongeren worden opgevoed, te verbeteren, ofwel door begeleidingsmaatregelen, ofwel door een correctief optreden.

B.7.6. Om in overeenstemming te zijn met de grondwettelijke regels moeten de gekozen lokalisatiecriteria het mogelijk maken de plaats waar de organen voor jeugdbescherming optreden, binnen het bevoegdheidsgebied van één enkele decreetgever te situeren. Gezien de doelstelling van de jeugdbescherming zal dat in de regel de gezinsverblijfplaats van de minderjarige zijn. Indien de minderjarige geen gezinsverblijfplaats heeft, zal de plaats moeten worden gezocht waar aan de minderjarige opvoeding en onderhoud worden gegeven.

Het komt de verwijzende rechter toe om die plaats te bepalen rekening houdend met de feitelijke elementen en bijgevolg het decreet van de territoriaal bevoegde gemeenschap toe te passen.

Ten aanzien van het decreet van de Franse Gemeenschap

B.8. Artikel 38 van het decreet van de Franse Gemeenschap, dat betrekking heeft op de bevoegdheden van de jeugdrechtbank, bevat geen lokalisatiecriterium.

Artikel 32, § 1, dat deel uitmaakt van titel V betreffende de organisatie van de dienst voor hulpverlening aan de jeugd, vermeldt de gezinsverblijfplaats van de minderjarige (eerste lid) en, subsidiair, «de plaats waar de jongere zich bevindt» (derde lid). Die begrippen dienen om, in de Franse Gemeenschap, te bepalen ten aanzien van welke minderjarigen de jeugdadviseur territoriaal bevoegd is. De bevoegdheid van laatstgenoemde kan echter enkel worden uitgeoefend voor zover de Franse Gemeenschap bevoegd is ten aanzien van de minderjarige die ten laste wordt genomen.

Aangewend als lokalisatiecriterium maakt de «gezinsverblijfplaats van de minderjarige» het mogelijk, overeenkomstig de Grondwet, op adequate wijze een optreden van de jeugdbeschermingsorganen te situeren, zoals hiervoor werd opgemerkt (B.7.6.). Met de «gezinsverblijfplaats van de minderjarige» kan de plaats worden gelijkgesteld waar hij werkelijk wordt onderhouden en opgevoed.

De «plaats waar de jongere zich bevindt» kan enkel zeer subsidiair worden aangewend als lokalisatiecriterium van het decreet van de Franse Gemeenschap. De jeugdadviseur die territoriaal bevoegd is op basis van de plaats waar de jongere zich bevindt, onderzoekt in de eerste plaats of er geen gezinsverblijfplaats is of, bij ontstentenis van een dergelijke verblijfplaats, of er geen plaats is waar de minderjarige wordt opgevoed of onderhouden. Mocht blijken dat de gezinsverblijfplaats, of – bij ontstentenis daarvan – de plaats van opvoeding of onderhoud, zich in het bevoegdheidsgebied van een andere gemeenschapswetgever bevindt, bezorgt de adviseur de informatie aan de bevoegde overheden. In de gevallen waarin de verblijfplaats of de plaats van opvoeding niet in aanmerking kan worden genomen, kan het optreden

van de adviseur die territoriaal bevoegd is afhankelijk van de plaats waar de jongere zich bevindt, worden verantwoord op basis van het decreet van de Franse Gemeenschap in zoverre dat optreden precies erop gericht is in het raam van de jeugdbescherming een plaats te bieden waar de minderjarige zal worden onderhouden en opgevoed.

Geïnterpreteerd als zijnde enkel van toepassing op de minderjarigen die een gezinsverblijfplaats hebben of worden opgevoed en onderhouden op een plaats binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van de Franse Gemeenschap, of zeer subsidiair op de minderjarigen die zich op een dergelijke plaats bevinden in afwachting dat de gezinsverblijfplaats of de plaats waar de minderjarige wordt opgevoed of onderhouden wordt bepaald of wanneer die criteria niet in aanmerking kunnen worden genomen, schenden de artikelen 38 en 32 van het decreet van de Franse Gemeenschap de bevoegdheidsverdelende regels niet.

Ten aanzien van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap

B.9. De artikelen 22, 2°, en 27, § 1, van de gecoördineerde decreten van de Vlaamse Gemeenschap formuleren geen lokalisatiecriterium en kunnen dus de bevoegdheidsverdelende regels niet schenden. Zij moeten worden geïnterpreteerd als zijnde enkel van toepassing op de minderjarigen die een gezinsverblijfplaats hebben of worden opgevoed en onderhouden op een plaats binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van de Vlaamse Gemeenschap, of zeer subsidiair op de minderjarigen die zich op een dergelijke plaats bevinden in afwachting dat de gezinsverblijfplaats of de plaats waar de minderjarige wordt opgevoed of onderhouden wordt bepaald of wanneer die criteria niet in aanmerking kunnen worden genomen.

Om die redenen,
het Hof
zegt voor recht:

Geïnterpreteerd op de in B.8 en B.9 gepreciseerde wijze, schenden de artikelen 32 en 38 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 4 maart 1991 inzake hulpverlening aan de jeugd en de artikelen 22, 2°, en 27, § 1, van de decreten van de Vlaamse Gemeenschap inzake bijzonder jeugdbijstand, gecoördineerd bij besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 1990, niet de regels die de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten bepalen.

ARBITRAGEHOF

18 MAART 1997

Voorzitter: de h. Melchior

Verslaggevers: de hh. Cerexhe en Boel

Advocaten: mrs. de Viron loco Nimal, Legros en Coenraets

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Geschillen over politieke rechten – Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen

Door te bepalen dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, verleent artikel 144 van de Grondwet aan eenieder een waarborg die niet op willekeurige wijze aan sommigen kan worden ont-

nomen. Het komt derhalve het Arbitragehof toe te onderzoeken of de wetgever, die een contentieux aan een administratief rechtscollege heeft toevertrouwd, de in het geding zijnde rechten wel terecht op impliciete wijze als politieke rechten heeft beschouwd.

Een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling is een betwisting omtrent een politiek recht. De wetgever vermocht dan ook, met toepassing van artikel 145 van de Grondwet, het desbetreffend contentieux toe te vertrouwen aan de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, die een administratief rechtscollege is.

Arrest nr. 14/97

(...)

B.1. Uit de memories die voor het Hof zijn neergelegd alsmede uit de stukken van de procedure die voor de Raad van State is verlopen, en met name uit de rechtzetting door de Raad van State van de vraag die de verzoekende partij had voorgesteld, blijkt dat het beweerdte verschil in behandeling zou voortvloeien uit het toekennen, aan de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, van een contentieux dat betrekking heeft op een burgerlijk recht, en niet op een politiek recht.

Aldus zou een discriminatie bestaan, in die zin dat een partij in geschillen met betrekking tot een burgerlijk recht, in tegenstelling tot de partijen in andere geschillen betreffende de burgerlijke rechten, onderworpen zou zijn aan een ander rechtscollege dan de hoven en rechtbanken waarin artikel 40 van de Grondwet voorziet.

B.2. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.3. Het Hof is niet bevoegd om rechtstreeks te onderzoeken of een wettelijke norm artikel 144 van de Grondwet schendt. Door evenwel te bepalen dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, verleent artikel 144 aan eenieder een waarborg die niet op willekeurige wijze aan sommigen kan worden ontnomen: mocht blijken dat aan een categorie van personen het recht wordt onzegd om een betwisting over een burgerlijk recht bij de rechtbanken aanhangig te maken, dan zou dat verschil in behandeling niet kunnen worden verantwoord, aangezien het op het voormelde artikel 144 zou stuiten. Het zou artikel 10 van de Grondwet dan ook schenden.

B.4. Hoewel de Raad van State, in de motivering van zijn verwijzingsbeslissing, de betwistingen omtrent de hoedanigheid van vluchteling en het asielrecht als contentieux met betrekking tot een politiek recht heeft aangemerkt, komt het het Hof toe te onderzoeken of de wetgever, vermits hij dat contentieux aan een administratief rechtscollege heeft toe-

vertrouwd, de in het geding zijnde rechten wel terecht op impliciete wijze als politieke rechten heeft beschouwd.

B.5. Wanneer een overheid van de Staat uitspraak doet over een aanvraag tot het verkrijgen van de hoedanigheid van vluchteling, met de gevolgen die aan die beslissing verbonden zijn ten aanzien van de toelating tot verblijf en vestiging, treedt die overheid op in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Daaruit volgt dat een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling, een betwisting omtrent een politiek recht is.

B.6. De wetgever vermocht dan ook, met toepassing van de mogelijkheid die artikel 145 van de Grondwet hem biedt, het contentieux betreffende een dergelijk politiek recht toe te vertrouwen aan een administratief rechtscollege dat ter zake over een volle rechtsmacht beschikt en dat is opgericht met toepassing van artikel 146 van de Grondwet.

De Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen is een dergelijk rechtscollege. Haar jurisdictionele aard wordt afgeleid uit haar samenstelling en uit de wijze waarop haar leden worden aangewezen (artikel 57/12 van de wet van 15 december 1980) die hun onafhankelijkheid ten opzichte van de administratie waarborgt (artikel 57/13), uit de haar toegevoegde bevoegdheden inzake opsporing (artikel 57/15) en onderzoek (artikel 57/12), uit het debat op tegenspraak dat er wordt georganiseerd (artikelen 57/18, 57/19 en 57/20), uit de bijzondere verplichting van motivering (artikel 57/22) en uit het administratief cassatieberoep dat tegen haar beslissingen kan worden ingesteld (artikel 57/23).

B.7. Gelet op artikel 145 van de Grondwet, kan het feit dat het kennisnemen van gedingen met betrekking tot politieke rechten wordt toevertrouwd aan een administratief rechtscollege, veeleer dan dat contentieux over te laten aan een rechtscollege van de rechterlijke orde, op zich geen schending uitmaken van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

B.8. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht:

Artikel 57/11, § 1, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat de beslissingen ten gronde van de Commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen of van één van zijn adjuncten omtrent verzoeken tot erkenning van de hoedanigheid van vluchteling aangezien worden als beslissingen betreffende een politiek recht en doordat de kennisneming van de beroepen met toepassing van de artikelen 144, 145 en 191 van de Grondwet toevertrouwd wordt aan de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, die een administratief rechtscollege is.

NOOT – *De controle van het Arbitragehof op de wettelijke kwalificatie van politieke rechten in de zin van artikel 145 van de Grondwet: meer rechtsbescherming, maar minder rechtszekerheid?*

1. Het geannoteerde arrest is, alleszins in zijn bewoordingen, zo klaar dat voor een beter begrip ervan niet moet worden stilgestaan bij de onmiddellijke aanleiding van het arrest, die een prejudiciële vraag van de Raad van State was. Onze commentaar is beperkt tot de mogelijke invloed van het arrest op de kwalificatie van de «burgerlijke» en «politieke» «rechten» in de zin van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet. Daar de vroegere geschriften hierover reeds een bibliotheek kunnen vullen (zie o.m. Lenaerts, H., *De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht*, Antwerpen, De Sikkel, 1957; voor een beknopte synthese: Alen, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, 237-243, nrs. 264-268), zullen de verwijzingen zo beperkt als mogelijk worden gehouden. Dit is een tweede beperking, inherent aan deze beknopte commentaar.

2. Luidens artikel 144 van de Grondwet behoren geschillen over *burgerlijke* rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken. Ook geschillen over *politieke* rechten behoren tot de bevoegdheid van de gewone rechter, maar hierop kan, krachtens artikel 145 van de Grondwet, de wet uitzonderingen maken. De gevolgen van deze grondwetsbepalingen zijn bekend en lijken thans evident, al diende men tot het cassatiearrest *Trine* van 1956 (Cass., 21 december 1956, *Arr. Verbr.*, 1957, 279, en *Pas.*, 1957, I, 430, met eensluidende conclusie van de advocaat-generaal Ganshof van der Meersch, W.J.) te wachten om een einde gemaakt te zien aan de theorie van alleen onder de bescherming van de administratieve overheid staande «administratieve rechten»: er zijn geen andere subjectieve rechten dan de burgerlijke en de politieke rechten; elk *subjectief* recht geniet bescherming van de rechter; in beginsel is dit de gewone rechter, behoudens in de gevallen waarin de wetgever de beslechting van een geschil over politieke rechten aan een ander (administratief) rechtscollege heeft opgedragen.

3. De gewone rechter is dus «de rechter van het gemene recht»: hij doet uitspraak over alle geschillen omtrent een subjectief recht; de wetgever kan hierop slechts een uitzondering maken in geval van geschillen over politieke rechten, waarvan hij de kennisneming kan opdragen aan administratieve rechtscolleges, die aldus slechts over bij of krachtens de wet toegewezen bevoegdheden beschikken (zie eveneens de artikelen 146 en 161 van de Grondwet). Deze bevoegdheidsregeling is het gevolg van het vertrouwen dat de Grondwetgever van 1831 in de gewone rechter stelde om de particulier tegen onwettig overheidsoptreden te beschermen, als reactie tegen het Franse systeem van *administration-juge*, dat onder het bewind van Willem I grotendeels werd verdergezet (zie o.m. ons proefschrift *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1984, 2 delen).

4. Waarom heeft de Grondwetgever van 1831 dan niet resoluut voor een totale bevoegdheid van de gewone rechter, zonder enig mogelijk wettelijke uitzondering, gekozen? Het antwoord hierop is dat artikel 145 van de Grondwet m.b.t. geschillen over politieke rechten is tot stand gekomen om

fiscale geschillen aan de bevoegdheid van de gewone rechter te kunnen onttrekken (Van Orshoven, P., *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 46-52, nrs. 55-56). Maar mettertijd heeft de wetgever op grond van die grondwetsbepaling vele andere geschillen onttrokken aan de gewone rechter en toevertrouwd aan administratieve rechtscolleges. Meer nog, de ontwikkeling van de welvaartsstaat heeft tot een ware wildgroei van administratieve rechtscolleges op de meest diverse gebieden geleid. In dat verband merkte L.P. Suetens reeds in 1972 het volgende op: «Een open vraag blijft of de belangrijke uitgroei van administratieve rechtscolleges wel verenigbaar is met de bepalingen van artikel (145) van de grondwet, die eerder een slechts beperkte afwijking van de algemene bevoegdheid van de burgerlijke rechter lijken toe te laten» (Suetens, L.P., «Burger en bestuur», *Bestuurswetenschappen*, 1972, 183, noot 46). Hiermee zijn we beland bij de kern van het geannoteerde arrest, dat zich inschrijft in de «grondwettelijke omwenteling» die België met de oprichting van het Arbitragehof heeft gekend.

5. Het Arbitragehof acht zich immers bevoegd te onderzoeken of de wetgever, die een contentieux m.b.t. subjectieve rechten aan een administratief rechtscollege heeft toevertrouwd, «de in het geding zijnde rechten wel terecht op impliciete wijze als politieke rechten heeft beschouwd» (overweging B.4. van het arrest). «Op impliciete wijze», omdat de wetgever, met toepassing van artikel 145 van de Grondwet, alleen geschillen over politieke rechten aan de gewone rechter kan onttrekken. Wanneer de wetgever evenwel geschillen over burgerlijke rechten aan de bevoegdheid van de gewone rechter zou onttrekken, zou hij artikel 144 van de Grondwet én «dan ook» het gelijkheidsbeginsel schenden (overweging B.3. van het arrest).

6. «Schending van het gelijkheidsbeginsel»; de magische woorden zijn gevallen.

Al is het Arbitragehof niet bevoegd om een wettelijke norm rechtstreeks te toetsen aan artikel 144 van de Grondwet, toch weet iedereen, die enigszins vertrouwd is met de rechtspraak van het Arbitragehof, dat volgens die rechtspraak de artikelen 10 en 11 van de Grondwet elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan, verbieden. Aldus heeft het Arbitragehof, via de grondwettelijke regels van gelijkheid en van niet-discriminatie, zich bevoegd geacht om wetgevende normen te toetsen, zowel aan andere rechten en vrijheden als aan algemene rechtsbeginselen (Alen, A., *Handboek, o.c.*, 278-280, nr. 305).

De band tussen artikel 144 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel is evenwel vlug gelegd: door te bepalen dat geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoren, verleent artikel 144 van de Grondwet aan eenieder een waarborg, die niet op willekeurige wijze aan sommigen kan worden ontnomen (overweging B.3. van het arrest). De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel is in het geannoteerde arrest vrij radikaal: mocht blijken dat aan een categorie van personen het recht wordt ontzegd om een betwisting over een burgerlijk recht bij de gewone rechter aanhangig te maken, dan «zou dat verschil in behandeling niet kunnen worden verantwoord, aangezien het op het voormelde artikel 144 zou stuiten» en zou het «dan ook» artikel 10 van de Grondwet schenden (*ibidem*). De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel lijkt hier niet op de «klassieke» wijze (Alen, A., *Handboek, o.c.*, 282-283,

nr. 308) te verlopen; de schending van artikel 144 van de Grondwet op zich lijkt voldoende te zijn om het gelijkheidsbeginsel te schenden.

7. Nadat het Arbitragehof het ontnemen van het recht om een betwisting over een burgerlijk recht bij de gewone rechter aanhangig te maken, op zichzelf als een schending van het gelijkheidsbeginsel heeft beschouwd (zie hiervoren, nr. 6), is het niet meer dan logisch dat het Hof onderzoekt of de wetgever, die een geschil omtrent een subjectief recht onttrekt aan de gewone rechter, dit terecht heeft gedaan, daar hij zulks, met toepassing van artikel 145 van de Grondwet, alleen kan doen voor geschillen over politieke rechten. Om op deze vraag te antwoorden dient het Arbitragehof te onderzoeken of in dergelijk geval de wetgever de desbetreffende subjectieve rechten terecht als politieke rechten heeft beschouwd (zie hierboven, nr. 5).

In casu ging het over de vraag of de vreemdelingenwet de kennisneming van de beroepen tegen beslissingen omtrent verzoeken tot erkenning van de hoedanigheid van vluchteling terecht heeft toevertrouwd aan de Vaste Beroepscommissie voor vluchtelingen, die een administratief rechtscollege is, opgericht met toepassing van artikel 146 van de Grondwet (overweging B.6. van het arrest). In het licht van het voorgaande diende het Arbitragehof te antwoorden op de vraag of een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling, een geschil over een politiek recht is in de zin van artikel 145 van de Grondwet. Hoe kan het anders dan dat het Arbitragehof daartoe een *materieel* criterium aanwendt: «Wanneer een overheid van de Staat uitspraak doet over een aanvraag tot het verkrijgen van de hoedanigheid van vluchteling, (...) treedt die overheid op in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet» (overweging B.5. van het arrest; door ons gecursiveerd).

Daar een betwisting omtrent de hoedanigheid van vluchteling een betwisting omtrent een politiek recht is (*ibidem*), vermocht de wetgever dan ook, met toepassing van artikel 145 van de Grondwet, het desbetreffend contentieux toe te vertrouwen aan een administratief rechtscollege (overweging B.6. van het arrest). Gelet op de bewoordingen van artikel 145 van de Grondwet zelf, kan het feit dat geschillen over politieke rechten worden toevertrouwd aan een administratief rechtscollege, veeleer dan dat contentieux over te laten aan de gewone rechter, op zich geen schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaken (overweging B.7. van het arrest).

8. Vanuit historisch oogpunt is alleszins de volgende vaststelling paradoxaal: nadat de onmogelijkheid was gebleken om een bevredigende materiële definitie van burgerlijke en politieke rechten in de zin van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet te geven, werd om die reden een beroep gedaan op een organiek criterium; thans dient het Arbitragehof voor de vervulling van zijn grondwettelijke opdracht ter zake evenwel opnieuw het materiële criterium toe te passen. Dit is het voorwerp van de hiernavolgende beschouwingen.

9. Men is het er enerzijds over eens dat de *materiële* definitie van de burgerlijke rechten in het cassatiearrest *Flandria* van 1920 als «tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent» (Cass., 5 novem-

ber 1920, *Pas.*, 1920, I, 193, met eensluitende conclusie van de eerste advocaat-generaal Leclercq, P.) als te eng moet worden beschouwd (zie bijv. Mast, A., «De administratieve rechtsmacht en de Grondwet», *T.B.P.*, 1956, 172: want alleen voor verhoudingen van zuiver particuliere aard; Ganshof van der Meersch, W.J., Conclusie bij Cass., 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 447-448: want de meerderheid van de grondrechten in Titel II van de Grondwet zijn ook burgerlijke rechten). Anderzijds werden vaak aan de burgerlijke rechten zulke ruime definities gegeven, dat men van «het feticisme van het burgerlijk recht» (zie o.m. Lenaerts, H., *o.c.*, nrs. 184-186, en Mast, A., *o.c.*, 76 e.v.) is gaan spreken, omdat de vraag naar het al dan niet bestaan van een subjectief recht, inzonderheid in het raam van vermogensrechten tegen de overheid, neerkwam op de vraag naar het al dan niet bestaan van een burgerlijk recht (zie o.m. Alen, A., *Rechter en bestuur*, *o.c.*, 630-631, met verschillende verwijzingen).

10. Tegen die tendens om zoveel als mogelijk subjectieve rechten onder de burgerlijke rechten te brengen, heeft vooral A. Mast gereageerd. Rekening houdende met «de werkelijkheid van ons publiek recht», die tengevolge van de transformatie van de rol van de Staat ertoe geleid heeft dat de wetgever steeds meer administratieve rechtscolleges is gaan instellen, stelt hij de *organieke* maatstaf van de door de wetgever vastgestelde bevoegdheid als de veiligste voor, die men bij de interpretatie van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet kan aanleggen: wanneer de wetgever de kennisneming van bepaalde geschillen omtrent subjectieve rechten aan andere rechtscolleges dan die van de rechterlijke orde heeft opgedragen, dient het betrokken subjectief recht onvermijdelijk als een politiek recht te worden gekwalificeerd (zie vooral «De administratieve rechtsmacht en de Grondwet», *T.B.P.*, 1956, 75-81 en 166-175).

Ondanks toepassingen van het organieke criterium in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State (Mast, A. e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 646, nr. 717), kan men niet om bepaalde kritieken heen (zie o.m. Lemmens, P., «Le contentieux administratif: fondements et développements», in *Le citoyen face à l'administration*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1990, 36-37; Van Orshoven, P., *o.c.*, 32-33, nr. 41). Niet alleen biedt het criterium geen houvast voor de kwalificatie van het recht, wanneer de gewone rechter bevoegd is, maar ook geen richtlijn voor de wetgever zelf. Bovendien en vooral is het criterium gesteund op een vermoeden van grondwettigheid van de wet, die zich nochtans kan vergissen en, in strijd met de Grondwet, geschillen over burgerlijke rechten aan de gewone rechter zou kunnen onttrekken. De analyse van A. Mast was te diepgaand om dit laatste bezwaar niet te onderkennen: «Voorzeker kan men zulk een wet (die geschillen aan een administratief rechtscollege opdraagt) voor ongrondwettelijk houden. Maar waarom zou het beginsel dat de wetgever geacht wordt de grondwettelijke normen te eerbiedigen, niet meer gelden inzake de toepassing van artikel [144]? (*o.c.*, *T.B.P.*, 1956, 79-80). Maar met het Arbitragehof is precies aan de vroegere onschendbaarheid van de wet een einde gemaakt...

11. ... Dus terug naar een materieel criterium, dat ook de wetgever kan binden.

Gelet op het feit dat er slechts twee soorten van subjectieve rechten zijn én dat er alleen voor geschillen over poli-

tieke rechten wettelijke uitzonderingen op de bevoegdheid van de gewone rechter mogelijk zijn, ligt het in de rede de politieke rechten te definiëren (in dezelfde zin Lemmens, P., o.c., 37-38).

Dit is overigens ook de door het Arbitragehof in het geannoteerde arrest terecht gevolgde redenering: omdat de wetgever geen inbreuk mag maken op artikel 144 van de Grondwet, dient het Hof te onderzoeken of de wetgever, die een geschil omtrent een subjectief recht aan een administratief rechtscollege toevertrouwt, dit subjectief recht terecht als een politiek recht heeft beschouwd.

12. De politieke rechten in de zin van artikel 145 van de Grondwet zijn alleszins ruimer dan de politieke rechten die verband houden met «de uitoefening van de soevereiniteit» (Mast, A., o.c., *T.B.P.*, 1956, 167) en die in beginsel afhankelijk zijn van de hoedanigheid van staatsburger, met name het *ius suffragii* (of het actief en passief kiesrecht; artikel 8 van de Grondwet); het *ius honorum* en het *ius militiae* (of het recht om tot burgerlijke en militaire bedieningen te worden benoemd; artikel 10 van de Grondwet). Blijkens de wil van de Grondwetgever (zie hierboven, nr. 4), is ook het *ius tributi* een politiek recht in de zin van artikel 145 van de Grondwet, ondanks het feit dat het niet afhankelijk is van de hoedanigheid van staatsburger.

Maar de in de zin van artikel 145 van de Grondwet bedoelde politieke rechten zijn nog ruimer dan de vier voormelde klassieke rechten, die politieke rechten «uit hun aard» zelf zijn. Anders ware het overigens niet mogelijk om de huidige bevoegdheid van verscheidene administratieve rechtscolleges te verantwoorden. De vraag is evenwel hoe ruim in dit verband het begrip «politieke rechten» kan worden uitgebreid,... op straffe van de aan de gewone rechter voorbehouden «burgerlijke rechten» te schenden.

13. Teneinde de mogelijke (?) opvatting van de oorspronkelijke Grondwetgever (zowel Mast, A., o.c., *T.B.P.*, 1956, 167, als Lemmens, P., o.c., 38, verwijzen naar Tielemans, F., die evenwel vanaf de tweede dag niet meer op de vergaderingen van de Grondwetscommissie verscheen) én vooral de positiefrechtelijke werkelijkheid zoveel als mogelijk te eerbiedigen, stelt P. Lemmens (o.c., 38) voor om, voor de omschrijving van de bedoelde politieke rechten, aansluiting te zoeken bij de desbetreffende definitie van W.J. Ganshof van der Meersch in zijn conclusie bij het reeds vermelde arrest *Trine*: de politieke rechten zijn niet alleen «(les droits de) participation active du citoyen (...) à l'exercice de la souveraineté», maar ook «(les) droits dérivant de sa participation passive à la communauté politique, (ce) sont des droits, (...), de participer (...), à la distribution des services et avantages que la puissance politique procure. Ce ne sont pas des droits d'exercice, mais des droits de jouissance, (...)» (*Pas.*, 1957, I, 449-450).

14. Maar is ook deze definitie wel voldoende precies? Ook P. Lemmens (o.c., 39) erkent terecht dat zij in de praktijk nog talrijke en moeilijke interpretatieproblemen oproept. Is dit evenwel niet inherent aan elk materieel kwalificatiecriterium? Men denke aan de functionele interpretatie door het Hof van Justitie van de EG van het begrip «betrekkingen in overheidsdienst» in artikel 48, § 4, van het EG-Verdrag (Alen, A., *Handboek*, o.c., 481-482, nr. 497, b).

A. Mast schrijft dat de kwalificatiemoeilijkheden beginnen wanneer het gaat om de subjectieve rechten te kenmerken die de burger (*sic*) op het vlak van de betrekkingen van

vermogensrechtelijke aard tegenover de overheid kan doen gelden, en dat op dit gebied het bijzonder moeilijk, zoniet onmogelijk, is het burgerlijk of het politiek recht naar de inhoud te definiëren (Mast, A. e.a., *Overzicht*, o.c., 645, noot 26).

15. Moet men, in het licht van de door het Arbitragehof ingeslagen weg, dan niet een zekere ongerustheid aan de dag leggen?

De vaststelling dat de wetgever in het verleden sommige administratieve commissies en rechtscolleges bevoegd heeft gemaakt om kennis te nemen van geschillen die in essentie betrekking hadden op in het B.W. vervatte rechten, zoals het eigendomsrecht en het bezwaren ervan met erfdienstbaarheden van openbaar nut (Mast, A. e.a., *ibidem*), evenals de bewering dat het recht op maatschappelijke dienstverlening een burgerlijk recht zou zijn, omdat het inherent is aan de menselijke persoon (Dijon, X., «Les droits et leurs juges. Minimes, aide sociale et juridictions», *J.T.*, 1990, 20-21), bieden hiervoor een zekere grond.

De bezorgdheid kan nog toenemen bij een (geactualiseerd) overzicht van administratieve rechtscolleges (zie onder die titel Cromheecke, M. en Vande Lanotte, J., *T.B.P.*, 1995, inz. 549-552). Hieruit kan blijken dat mogelijke geschillen over burgerlijke rechten onttrokken zijn aan de bevoegdheid van de gewone rechter en toevertrouwd zijn aan bijv. de Raad voor de mededinging, de Vestigingsraad inzake handel en ambacht e.a.

16. Nog meer vragen kunnen worden gesteld bij de door de gemeenschappen en de gewesten aan de gewone rechter onttrokken geschillen omtrent subjectieve rechten.

Tot nog toe hebben we het immers steeds gehad over de federale wetgever, omdat luidens artikel 145 van de Grondwet alleen «de wet» geschillen over politieke rechten kan onttrekken aan de bevoegdheid van de gewone rechter. Daar de gemeenschappen en de gewesten geen inbreuk mogen maken op door de Grondwet aan de federale wetgever voorbehouden aangelegenheden (zie ook de artikelen 146 en 161 van de Grondwet), kunnen zij slechts administratieve rechtscolleges oprichten, hetzij mits een uitdrukkelijke machtiging in de wetten op de Staatshervorming (*quod non*), hetzij met toepassing van hun impliciete bevoegdheden (Alen, A., *Handboek*, o.c., 357-359, nrs. 380-381). Derhalve kan bijwijlen ernstig worden getwijfeld aan de grondwettigheid van verscheidene door de gemeenschappen en de gewesten opgerichte of gewijzigde rechtscolleges, hetzij wegens miskenning van de bevoegdheidsverdelende regels (vgl. Cromheecke, M. en Vande Lanotte, J., o.c., 554), hetzij wegens schending van het gelijkheidsbeginsel (vgl. het geannoteerde arrest).

17. Met het oog op een grotere *rechtszekerheid*, zijn vanzelfsprekend radicale oplossingen mogelijk, zoals de herziening van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, teneinde de bevoegdheidsverdeling tussen de gewone en de administratieve rechter te laten afhangen van een ander criterium dan de aard van de subjectieve rechten (Lemmens, P., o.c., 39). Of nog een «jurisdictioneel monisme», waarbij het volledig administratief contentieux in de gewone hoven en rechtbanken wordt geïntegreerd, eventueel via gespecialiseerde administratieve rechtbanken, kamers of hoven van de rechterlijke macht (Van Orshoven, P., *Ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen in België*, Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België

en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, inz. 43-44, evenals «Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Pleidooi voor jurisdictioneel monisme», *R.W.*, 1994-95, 897-908).

Beide voorstellen vereisen een grondwetsherziening. Zonder hun mogelijk nut in twijfel te trekken - een onderwerp dat evenwel het kader van deze noot te buiten gaat - hoeft het geannoteerde arrest hiertoe niet te leiden, wanneer het in zijn juiste perspectief wordt geplaatst. Dit leidt ons tot enkele slotbedenkingen.

18. Het Arbitragehof maakt, ook in het geannoteerde arrest, zijn rol van behoeder tegen mogelijke willekeur van de wetgever volledig waar: de wetgever vermag niet geschillen over burgerlijke rechten aan de bevoegdheid van de gewone rechter te onttrekken door ze, ten onrechte, als geschillen over politieke rechten te kwalificeren. Daartoe oefent het Arbitragehof controle uit op de wettelijke kwalificatie van politieke rechten. Al is aan een materiële kwalificatie steeds het nadeel van de rechtsonzekerheid verbonden, toch kan dit nadeel sterk worden beperkt.

Allereerst door de politieke rechten niet te eng te interpreteren (zie hierboven, nr. 13). Het Arbitragehof lijkt in zijn omschrijving van politieke rechten (zie hierboven, nr. 7) deze handelwijze te volgen.

Vervolgens door oog te hebben voor de positiefrechtelijke werkelijkheid (zie eveneens hierboven, nr. 13), namelijk het bestaan van talrijke administratieve rechtscolleges, zodat het Arbitragehof alleen dan een sanctie zal uitspreken wanneer het overduidelijk is dat het niet om een politiek recht gaat; m.a.w., een soort van marginale toetsing. Kan men niet een aanzet hiervoor lezen in overweging B.5. van het geannoteerde arrest, waarin sprake is van «een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet»?

Alleszins oefent het Arbitragehof geen opportuniteitscontrole op de keuze van de wetgever uit, wanneer het om geschillen over politieke rechten gaat: het feit dat de wetgever de kennisneming van dergelijke geschillen toevertrouwt aan een administratief rechtscollege, veeleer dan dat contentieux over te laten aan de gewone rechter, maakt op zichzelf geen schending van het gelijkheidsbeginsel uit (overweging B.7. van het arrest).

19. We hebben er dan ook vertrouwen in dat het Arbitragehof in de toekomst zoveel als mogelijk de rechtsbescherming en de rechtszekerheid zal trachten te verzoenen. «In de toekomst», want het laat zich raden dat, gelet op het geannoteerde arrest en op het uitgebreide netwerk van administratieve rechtscolleges, verscheidene prejudiciële vragen omtrent de grondwettigheid van deze laatste zullen worden gesteld. Vooral op gemeenschaps- en gewestvlak lijkt het probleem des te meer te klemmen (zie hierboven, nr. 16).

Prof.Dr. André Alen
Gewoon hoogleraar Staatsrecht
K.U.Leuven

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 JUNI 1995

Voorzitter: de h. Verougstraeten, waarnemend voorzitter

Rapporteur: de h. Wauters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Verbist en De Bruyn

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Instorting van gebouw – Gebouw in oprichting op de grond van een eigenaar – Aansprakelijkheid van die eigenaar

Tenzij er een afwijkende wetsbepaling of beding is, wat te dezen niet het geval is, behoort een gebouw dat door een aannemer in uitvoering van een aannemingscontract wordt opgericht op de grond van een eigenaar, aan die eigenaar toe, ongeacht of dat gebouw al dan niet reeds is voltooid en of er reeds een oplevering van de werken heeft plaatsgevonden. Die eigenaar is op grond van art. 1386 B.W. aansprakelijk voor de schade die wordt veroorzaakt door het geheel of ten dele instorten van dat gebouw.

Gemeente Olen t/ Van De P. e.a.

Conclusie van advocaat-generaal Bresseleers

De voorziening is gericht tegen de beslissing van het Hof van Beroep te Antwerpen dat eiseres ten aanzien van de verweerders aansprakelijk is als eigenaar in de zin van artikel 1386 B.W. van het ingestorte dak van een sporthal in aanbouw.

Partijen waren het eens over de feitelijke omstandigheden: een derde bouwde, ter uitvoering van een aannemingscontract, met eigen middelen een sporthal op grond van de gemeente Olen; de instorting was toe te schrijven aan een gebrek in de bouw, en op het tijdstip van het schadeverwekkend feit was het gebouw niet voltooid en niet opgeleverd.

Na het arrest van het Hof van 3 februari 1955¹ lijdt het geen twijfel meer dat de eigenaar van het gebouw op grond van artikel 1386 B.W. aansprakelijk is reeds vóór de voltooiing van de bouwwerken, ook wanneer deze worden uitgevoerd door een derde. Het hof van beroep heeft oordeelkundig vastgesteld «dat het voor de toepassing van artikel 1386 B.W. zonder belang is of het gebouw al dan niet afgewerkt was; dat inderdaad dit artikel geen uitsluiting voorziet voor gebouwen welke nog in optrek zijn.» Dit wordt ook niet betwist door eiseres.

Betreffende het eigendomsrecht besliste het hof van beroep «dat waar materialen bij hun verwerking ingevolge natrekking overgaan van de aannemer op de eigenaar van de grond, (...) deze als eigenaar van het gebouw dient beschouwd te worden»; dit lijkt mij de correcte toepassing van artikel 553 B.W.

Daarnaast stelt de appelrechter vast: 1° dat van de regel van natrekking contractueel niet afgeweken was, en 2° dat aan deze regel geen afbreuk wordt gedaan door het feit dat eiseres een openbaar bestuur is, ook al is haar stelling dat zij als openbaar bestuur slechts eigenaar wordt op het ogenblik van de voorlopige oplevering.

¹ *Arresten van het Hof van Verbreking*, 1955, 436. Een omstandige, kritische noot van J. Dabin verscheen in *R.C.J.B.*, 1955, blz. 91 e.v..

Ik meen dat de stelling van eiseres niet kan worden aangenomen, ook al vindt zij steun bij een gedeelte van de rechtsleer.²

De door eiseres als geschonden aangewezen artikelen 1788 B.W. en 43 van de bij ministeriële besluiten vastgestelde Algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten³ hebben betrekking op het risico van het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van de zaak, en niet op het eigendomsrecht.

Het Franse Hof van Cassatie heeft dat trouwens uitdrukkelijk beslist omtrent de draagwijdte van artikel 1788 B.W. («que la Cour d'appel a justement admis que l'article 1788 du Code civil n'avait pour objet que de déterminer celui à qui incombait les risques au cas de perte de la chose, que l'immeuble en construction sur le terrain d'autrui auquel il s'incorpore, et qui est édifié en exécution d'un contrat de louage d'ouvrage, n'était pas la propriété de l'entrepreneur même avant la réception des travaux par le maître d'ouvrage»)⁴

Door de voorlopige oplevering als criterium te aanvaarden zoals eiseres voorstelt, verliest het begrip «eigenaar» zijn scherpe omlijning en verglijdt het in de richting van eigenaar-bezitter, eigenaar-bewaarder, eigenaar die niet aansprakelijk is voor wat de aannemer doet of nalaat...

De voorziening biedt het Hof de gelegenheid een vraag te beantwoorden die naar aanleiding van het arrest van 3 februari 1955 slechts zijdelings ter sprake is gekomen, namelijk in de conclusie van procureur-generaal Hayoit de Termicourt.⁵ Wanneer het Hof vaststelt dat het door de eiseres voorgedragen middel naar recht faalt, beslist het in de lijn van die vroegere rechtspraak, en behoudt het voor degenen die schade lijden ten gevolge van de instorting van een gebouw, de door de wetgever gewilde ruimst mogelijke waarborg op vergoeding.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 29 maart 1993 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het middel, gesteld als volgt: schending van de artikelen 1134, 1386 en 1788 van het Burgerlijk Wetboek als ook artikel 43 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden van de Overheidsopdrachten voor Werken, vastgesteld bij Ministerieel Besluit van 14 oktober 1964 en, voor zoveel als

nodig, artikel 43 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden van de Overheidsopdrachten voor Werken, vastgesteld bij Ministerieel Besluit van 10 augustus 1977, welke aannemingsvoorwaarden krachtens de overeenkomst tussen partijen op de aanneming van toepassing waren,

doordat het Hof van Beroep te Antwerpen het hoger beroep van eiseres ongegrond verklaart, en het vonnis gewezen in eerste aanleg bevestigt waarbij eiseres werd veroordeeld tot betaling van schadevergoedingen aan de verschillende verweerders en de zaak voor verdere behandeling naar de eerste rechter verwijst, op grond van de volgende redengeving voor wat de grond van de zaak betreft:

«(...) dat waar de vorderingen in rechte steunen op art. 1386 B.W. (eiseres) ten onrechte aanvoert dat dit artikel te dezen niet van toepassing is; dat blijkt dat de schade waarvoor vergoeding gevorderd wordt veroorzaakt werd door de instorting van het dak van de sporthal, welke in opdracht en voor rekening van (eiseres) op aan deze laatste toebehorende grond te Olen gebouwd werd; dat eveneens blijkt dat deze instorting toe te schrijven is aan een gebrek in de bouw;

Dat het voor de toepassing van art. 1386 B.W. zonder belang is of het gebouw al dan niet afgewerkt was; dat inderdaad dit artikel geen uitsluiting voorziet voor gebouwen welke nog in optrek zijn;

Dat waar materialen bij hun verwerking ingevolge natrekking overgaan van de aannemer op de eigenaar van de grond, hetzij (eiseres), deze als eigenaar van het dak dient beschouwd te worden; dat niet blijkt dat hiervan contractueel afgeweken werd en eraan geen afbreuk gedaan wordt door het feit dat (eiseres) een openbaar bestuur was; dat deze dan ook ten onrechte stelt dat art. 1386 B.W. niet van toepassing is op een openbaar bestuur en dat dit slechts eigenaar wordt op het ogenblik van de voorlopige oplevering;» (zie bestreden arrest, blz. 3 en 4),

terwijl, luidens artikel 1386 van het Burgerlijk Wetboek de aansprakelijkheid door de wetgever ten laste van de eigenaar van het gebouw is gelegd dat door zijn instorting, te wijten aan een verzuim in het onderhoud of een gebrek in de bouw, de schade heeft veroorzaakt en deze aansprakelijkheidsgrond aldus enkel kan aangevoerd worden tegen de eigenaar van het gebouw;

dat tussen partijen geen betwisting bestond dat het ongeval zich voordeed tijdens de bouw en vooraleer de voorlopige oplevering had plaatsgevonden en anderzijds het gebouw werd opgericht door de aannemer, de P.V.B.A. Algemene Aannemingen Van H. & Zonen, met eigen grondstoffen doch op de grond toebehorend aan eiseres;

dat luidens artikel 1788 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 43 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de Overheidsopdrachten van Werken, vastgesteld bij Ministerieel Besluit van 14 oktober 1964 en voor zoveel als nodig van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de Overheidsopdrachten van Werken, vastgesteld bij Ministerieel Besluit van 10 augustus 1977, welke krachtens de overeenkomst tussen eiseres en de P.V.B.A. Algemene Aannemingen Van H. & Zonen op de aannemingsovereenkomst van toepassing ware, de risico's en de eigendom bij de aannemer blijven tot op het tijdstip van de voorlopige oplevering de risico's en eigendom overgaan naar de bouwheer;

te dezen derhalve, nu het ongeval zich voordeed vooraleer de voorlopige oplevering had plaatsgevonden, eiseres niet zonder miskenning van de artikelen 1134 en 1788 van

² In de zin van de conclusie: De Page, H., *Traité*, II (Bruylant 1964), nr. 998, 3°; IV (Bruylant 1972), nr. 874 en 878; Dalcq, R.O., *Les causes de la responsabilité*, *Les Nouvelles*, *Droit civil*, V, I, Larcier 1967, nr. 2257 tot 2260; Cornelis, L., *Beginselen van het Belgisch buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (Maklu 1989), 656; Willems, J., «Les risques encourus par l'ouvrage en construction...», *Actualité de droit*, 1991, 1161 en 1162; in andere zin: Flamme, M.A., en Lepaffe, J., *Le contrat d'entreprise* (Bruylant 1966), nr. 248; Delvaux, A., *Traité juridique des bâtisseurs* (Bruylant 1968) nr. 27; Baert, G., *Privaatrechtelijk bouwrecht* (Story Scientia 1986) 516 en 517; Delvaux, A., «Achèvement de l'ouvrage et responsabilités postérieures dans la réglementation des marchés publics», *Actualité du droit*, 1992, 355.

³ Ministeriële besluiten van 14 oktober 1964 en 10 augustus 1977.

⁴ Cass.fr., 23 april 1974, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, chambres civiles, deel 3, 122

⁵ *J.T.*, 1955, 179.

het Burgerlijk Wetboek en van artikel 43 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de Overheidsopdrachten van Werken, dat krachtens de overeenkomst met de aannemer op de aanneming van toepassing was, als eigenaar van het gebouw kon beschouwd worden,

de appelrechters derhalve door te oordelen dat eiseres als eigenaar van het dak dient beschouwd te worden en door op die grondslag eiseres te veroordelen tot schadevergoeding op grond van artikel 1386 van het Burgerlijk Wetboek alle in het middel aangeduide wetsbepalingen schenden:

Overwegende dat artikel 1386 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de eigenaar van een gebouw aansprakelijk is voor de schade door de instorting ervan veroorzaakt, wanneer deze te wijten is aan verzuim van onderhoud of gebrek in de bouw; dat de eigenaar aansprakelijk blijft ook al is dat verzuim of gebrek aan onderhoud niet aan hem te wijten;

Overwegende dat artikel 1788 van het voornoemde wetboek en het te dezen toepasselijke artikel 43 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de Overheidsopdrachten van Werken, vastgesteld bij ministerieel besluit van 14 oktober 1964, het risico van het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van de zaak regelen, maar niet het eigendomsrecht;

Overwegende dat, luidens artikel 553 van het voornoemde wetboek, alle gebouwen, beplantingen en werken op of onder de grond van een erf, worden vermoed aan de eigenaar te behoren, tenzij het tegenovergestelde bewezen is;

Overwegende dat uit de voornoemde wetsbepalingen, in hun samenhang beschouwd en waarvan artikel 43 van de voornoemde algemene aannemingsvoorwaarden niet afwijkt, volgt dat, tenzij er een afwijkende wetsbepaling of beding is, wat te dezen niet is, een gebouw dat door een aannemer in uitvoering van een aannemingscontract wordt opgericht op de grond van een eigenaar, aan die eigenaar behoort, ongeacht of dat gebouw al dan niet reeds is voltooid en of er reeds een oplevering van de werken heeft plaatsgevonden;

Dat die eigenaar op grond van artikel 1386 van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk is voor de schade die wordt veroorzaakt door het geheel of ten dele instorten van dat gebouw;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 9 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Holsters, afdelingsvoorzitter

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael, advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Zaaishade – B.T.W. – Vrije beschikking van de benadeelde over de hem verschuldigde schadevergoeding

De persoon aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, heeft recht op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak en, wanneer teruggave niet mogelijk is, op de vervangingswaarde van deze zaak, d.i. op het be-

drag dat nodig is om zich een gelijkwaardige zaak aan te schaffen, eventueel verhoogd met de B.T.W. indien hij geen B.T.W.-plichtige is.

Met toepassing van de artikelen 1382 en 1383 B.W. mag de rechter aan de benadeelde – zonder afbreuk te doen aan diens vrije beschikking over de verschuldigde schadevergoeding – slechts de vergoeding van de B.T.W. toekennen die hij effectief verschuldigd is bij het aanschaffen van een gelijkwaardige zaak.

Van G. t/ Van O.

Gelet op het bestreden vonnis, op 4 november 1994 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Turnhout;

(...) Over het middel gesteld als volgt: schending van de artikelen 149 van de op 17 februari 1949 gecoördineerde Grondwet, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 1, § 1, 2, eerste lid, 4, § 1, 9, 10, § 1, en 58, § 4 van het Wetboek op de belasting op de toegevoegde waarde (Wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek op de belasting op de toegevoegde waarde, zoals gewijzigd bij wet van 28 december 1992), 1, eerste lid van het koninklijk besluit nummer 20 van 20 juli 1970 tot vaststelling van de tarieven van de belasting over de toegevoegde waarde en tot indeling van de goederen en de diensten bij die tarieven (zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 17 maart 1992 en bij koninklijk besluit van 21 december 1993), 94, 97 en 98 van het Wetboek van de met de inkomstenbelasting gelijkgestelde belastingen (zoals gecoördineerd bij koninklijk besluit van 23 november 1965; zoals ingevoegd bij Wet van 1 juni 1992 en gewijzigd bij Wet van 25 mei 1993),

doordat de correctionele rechtbank in de bestreden beslissing eiser veroordeelt tot betaling van een schadevergoeding van, onder meer, 35.675 frank verhoogd met 829 frank intresten en met de gerechtelijke intresten vanaf 4 november 1994, als belasting op de toegevoegde waarde berekend op de waarde van de vernielde zaak, na aftrek van de wrakwaarde, op volgende gronden: «overwegende dat partijen het (...) eens zijn dat de waarde van de motorfiets vóór het ongeval 145.123 frank bedroeg; Overwegende dat de schadebegroting, zoals de eerste rechter (die) heeft doorgevoerd, als volgt was samengesteld: B.T.W. 19,50 % op de som van 145.123 frank, zijnde 28.299 frank, meer gebruiksderiving: 5.925 frank, of een totaal van: 34.224 frank; overwegende dat betichte op heden betracht te horen zeggen voor recht dat aan de burgerlijke partij voorbehoud dient te worden verleend inzake de B.T.W. op de waarde van het voertuig vóór het ongeval, en dit tot op het moment dat een aankoopbewijsfactuur kan worden voorgelegd van een vervangingsvoertuig; overwegende dat in het incidenteel beroep gesteld wordt dat het vonnis van de eerste rechter dient gewijzigd te worden en aangepast aan de op heden toepasselijke zijnde B.T.W.-tarieven; overwegende dat de rechtbank stelt dat het vermogensverlies dient vergoed te worden, dat het vermogensverlies niet alleen de waarde van het voertuig is op de dag van het ongeval, maar ook de daarop (voordien) betaalde belasting omvat; overwegende dat een correcte toepassing van het artikel 1382 B.W. niet inhoudt dat bijkomende voorwaarden kunnen opgelegd worden om schadevergoeding toe te kennen; overwegende dat de benadeelde derhalve in de regel aanspraak kan maken op het bedrag dat noodzakelijk is om de zaak te kunnen doen herstellen of vervan-

gen ongeacht of hij daadwerkelijk de herstelling of vervanging doorvoert; overwegende dat verwezene en/of de verzekeraar geenszins het recht heeft/hebben op enige wijze te betuttelen en/of voorwaarden te stellen wat betreft het al dan niet uitkeren van de schadevergoeding; overwegende dat, overeenkomstig artikel 83 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomsten, de benadeelde vrij beschikt over de door verzekeraar verschuldigde schadevergoeding en het bedrag van de schadevergoeding niet mag verschillen naargelang van het gebruik dat de benadeelde ervan zal maken; overwegende dat deze bepaling van dwingend recht is; overwegende dat derhalve ten onrechte voorbehoud voorgesteld wordt; (...) overwegende dat op heden het bedrag dient toegekend te worden aan benadeelde dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak te kunnen aanschaffen en dit op datum van uitspraak, ongeacht het feit of hij dat daadwerkelijk ook doet of zou doen; overwegende dat op heden het B.T.W.-tarief dienaangaande 20,50 % bedraagt; overwegende dat het vonnis van de eerste rechter slechts 19,50 % toekende; overwegende dat een wijziging van het vonnis a quo zich opdringt» (vonnis pp. 2, 3 -bovenaan-, 4 en 5 -bovenaan-),

(...) *terwyl, tweede onderdeel*, de vergoeding tot herstel van de schade aan een zaak die niet kan worden teruggegeven of waarvan het herstel onmogelijk is, gelijk is aan de vervangingswaarde van die zaak, dit is het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen; wanneer het slachtoffer geen B.T.W.-plichtige is en dus die belasting nietkan aftrekken of van de Staat kan terugkrijgen overeenkomstig het wetboek betreffende de belasting over de toegevoegde waarden, het bedrag dat voor die aankoop nodig is die belasting omvat, voor zover deze verschuldigd is; eiser in dat verband in conclusie preciseerde dat «de B.T.W.-reglementering terzake aangeeft dat niet steeds B.T.W. verschuldigd is om (het) patrimonium te herstellen», dat «geen B.T.W. verschuldigd (zal) zijn wanneer een vervangingsvoertuig wordt aangekocht bij een particulier» (eerste appelconclusie p. 2; dit moge blijken uit de artikelen 1, § 1, 2, eerste lid, 4, § 1, 9 en 10, § 1 van het Wetboek op de Belasting op de Toegevoegde Waarde), en dat in zulk geval hoogstens een belasting op de inverteersstelling verschuldigd kon zijn (aanvullende appelconclusie p. 2; dit moge blijken uit de artikelen 94, 97 en 98 van het Wetboek van de met de inkomstenbelasting gelijkgestelde belastingen);

eiser tevens aanvoerde dat ook niet steeds een belasting op de toegevoegde waarde op de volledige koopsom verschuldigd is en hiertoe verwees naar de hypothese van de aankoop van een tweedehandsvoertuig bij een garagist die het op zijn beurt aankocht van een niet-belastingplichtige; in zulk geval de belasting op de toegevoegde waarde immers alleen verschuldigd is op de door de garagist gerealiseerde winst (aanvullende conclusie p. 2, in fine; dit moge blijken uit de artikelen 1, § 1, 2, eerste lid, 4, § 1, 9, 10, § 1 en 58, § 4 van het Wetboek op de Belasting op de Toegevoegde Waarde); eiser tenslotte erop wees dat het in casu ging om een motorfiets met een gebruik door de burgerlijke partij van 2,5 jaar (juiste ouderdom van het voertuig niet gekend zijnde), zodat de kans zeer groot was dat het slachtoffer in de vervanging van het voertuig zou voorzien door een tweedehandskoop, zo mogelijk bij een particulier of bij een garagist die het van een particulier kocht; eiser aldus de redenen opgaf waarom het herstel van het patrimonium van de

benadeelde partij niet noodzakelijk diende te geschieden door het stellen van een uitgave waarbij belasting op de toegevoegde waarde zou worden aangerekend, zodat de correctionele rechtbank, door het toekennen van een schadevergoeding waarvan het bedrag gelijk is aan de waarde van de vernielde zaak vóór het ongeval, verhoogd met 20,5% van dit bedrag als (mogelijk doch niet noodzakelijk verschuldigde) belasting op de toegevoegde waarde, zonder te antwoorden op bovengenoemde middelen inzake de niet-verschuldigheid van deze belasting op de toegevoegde waarde, haar beslissing niet regelmatig met redenen omkleedt (schending van artikel 149 van de op 17 februari 1994 gecoördineerde Grondwet) en alleszins niet wettig rechtvaardigt (schending van alle in de aanhef van het middel genoemde wetbepalingen, artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet uitgezonderd):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de persoon aan wie tengevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, recht heeft op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak; dat de benadeelde, wanneer teruggave niet mogelijk is, recht heeft op de vervangingswaarde van deze zaak, dat is op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen, eventueel verhoogd met de B.T.W. indien hij geen B.T.W.-plichtige is en dus overeenkomstig het Wetboek betreffende de belasting over de toegevoegde waarde die belasting niet kan aftrekken of kan terugkrijgen;

Overwegende dat de rechter met toepassing van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijke Wetboek aan de benadeelde die geen B.T.W.-plichtige is - zonder afbreuk te doen aan diens vrije beschikking over de verschuldigde schadevergoeding - slechts de vergoeding van de B.T.W. mag toekennen die hij effectief verschuldigd is bij het aanschaffen van een gelijkwaardige zaak;

Dat de appelrechters mitsdien dienden te antwoorden op eisers op feitelijke gegevens gegrond verweer dat de kans zeer groot was dat verweerder een tweedehandsvoertuig zou aankopen waarop geen B.T.W. of slechts B.T.W. op de winstmarge van de garagist verschuldigd is;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

NOOT – Zie in dit nummer de bijdrage van A. Van Oevelen, «Enige beschouwingen bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de vergoedbaarheid van de B.T.W. als bestanddeel van de schade bij totaal verlies of beschadiging van voertuigen».

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER (VOLTALLIGE TERECHTZITTING) – 29 MEI 1996

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Goeminne, advocaat-generaal
Advocaat: mr. Bützler

**Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling –
Zaakschade – B.T.W. – Vrije beschikking van de benadeelde over de hem toekomende schadevergoeding**

De benadeelde aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, heeft recht op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak en, wanneer teruggave niet mogelijk is, op de vervangingswaarde van deze zaak, d.i. op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen.

Wanneer de benadeelde geen B.T.W.-plichtige is, omvat de schadevergoeding de B.T.W. op de aankoopprijs van een gelijkaardige zaak, te dezen een auto. Het is daarbij onverschillig of de benadeelde, ingevolge zijn vrije beschikking over de hem toekomende schadevergoeding, deze niet gebruikt voor de vervanging van de vernielde auto door een nieuwe of ze gebruikt voor de vervanging door een tweedehandswagen waarvoor bij de aankoop geen B.T.W. of slechts een B.T.W. over het verschil tussen de verkoopprijs en de inkoopprijs van de garageverschuldigd is.

S. t/ Van De W.

Gelet op het bestreden vonnis, op 11 mei 1995 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Gent;

Gelet op de beschikking van 19 februari 1996 van de Eerste voorzitter van het Hof, beslissende dat de zaak in voltallige zitting zal behandeld worden;

Over het middel: schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 1, § 1, 2, eerste lid, 4, § 1, 9, 10, § 1, en 58, § 4, van het Wetboek op de belasting op de toegevoegde waarde (Wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek op de belasting op de toegevoegde waarde, zoals gewijzigd bij wet van 28 december 1992) en 1, eerste lid, van het koninklijk besluit nummer 20 van 20 juli 1970 tot vaststelling van de tarieven van de belasting over de toegevoegde waarde en tot indeling van de goederen en de diensten bij die tarieven (zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 17 maart 1992 en bij koninklijk besluit van 21 december 1993),

doordat de correctionele rechtbank in de bestreden beslissing eiser veroordeelt tot betaling van een schadevergoeding van, onder meer, 52.750 frank (hetzij 25 % van 211.000 frank), verhoogd met vergoedende intresten en met de gerechtelijke intresten vanaf 11 mei 1995, als belasting op de toegevoegde waarde, op volgende gronden: «Om de B.T.W. terug te vorderen moet de benadeelde geenszins het bewijs leveren dat hij op het vervangingsvoertuig B.T.W. heeft betaald, vermits de benadeelde recht heeft op herstel van zijn vermogen. Indien deze zaak hem niet kan worden teruggegeven, heeft de benadeelde recht op de vervangingswaarde van die zaak. Het gevorderde bedrag is toewijsbaar (...)» (vonnis p. 2, punt 2 van de motivering),

terwijl een persoon aan wie ten gevolge van een onrechtmatige daad een zaak of het nuttig gebruik van deze zaak wordt ontnomen nu deze zaak onherstelbaar werd vernield, krachtens de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, recht heeft op het herstel van zijn vermogen door teruggave van de zaak die hem is ontnomen, of, wanneer deze niet mogelijk is, door het toekennen van een vergoeding gelijk aan de vervangingswaarde van die zaak, dat is het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen; wanneer het slachtoffer geen B.T.W.-plichtige is en dus die belasting niet kan aftrekken of van de Staat kan terugkrijgen overeenkomstig het Wetboek betreffende de belasting over de toegevoegde waarde, het bedrag dat voor die aankoop nodig is die belasting omvat, voor zover deze ver-

schuldigd is; eiser in conclusie voor de appelrechter aanvoerde dat «uit de factuur die ze zelf m.b.t. de aankoop van een andere auto (een tweedehandsvoertuig) neerlegt, blijkt dat de burgerlijke partij geen B.T.W. betaalde. In het geval haar in die omstandigheden toch B.T.W. zou worden toegerekend, komt dat neer op een onrechtmatige verrijking zonder oorzaak (...).

De B.T.W. kan dus maar vergoed worden wanneer en in de mate dat ze verschuldigd is» (appelconclusie p. 1, punt 1); bij vervanging van het vernielde voertuig door een tweedehandsvoertuig niet steeds B.T.W. verschuldigd is om het patrimonium te herstellen, en met name geen B.T.W. verschuldigd zal zijn wanneer een vervangingsvoertuig wordt aangekocht bij een partikulier (zie de artikelen 1, § 1, 2, eerste lid, 4, § 1, 9 en 10, § 1, van het Wetboek op de belasting op de toegevoegde waarde); overigens ook in andere omstandigheden niet steeds belasting op de toegevoegde waarde op de volledige koopsom verschuldigd is; aldus bij aankoop van een tweedehandsvoertuig bij een garage die het op zijn beurt aankocht van een niet-belastingplichtige de belasting op de toegevoegde waarde immers alleen verschuldigd is op de door de garage gerealiseerde winst, die zelfs onbestaande kan zijn (zie de artikelen 1, § 1, 2, eerste lid, 4, § 1, 9, 10, § 1, en 58, § 4, van het Wetboek op de belasting op de toegevoegde waarde); zoals door eiser aangevoerd en noch door verweerder noch door de correctionele rechtbank werd betwist, de door verweerder voorgelegde factuur van aankoop van een vervangingsvoertuig geen aanrekening van B.T.W. vermeldt; zodat de correctionele rechtbank, door het toekennen van een schadevergoeding voor belasting op de toegevoegde waarde, haar beslissing niet wettig rechtvaardigt (schending van alle in de aanhef van het middel genoemde wetsbepalingen);

Overwegende dat de benadeelde aan wie tengevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, recht heeft op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak; dat hij wanneer teruggave niet mogelijk is, recht heeft op de vervangingswaarde van deze zaak, dit is op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen;

Dat de benadeelde vrij beschikt over de hem toekomende schadevergoeding en het bedrag van de schadevergoeding niet mag verschillen naar het gebruik dat de benadeelde ervan zal maken;

Overwegende dat de schadevergoeding, wanneer de benadeelde geen B.T.W.-plichtige is en dus, overeenkomstig het Wetboek betreffende de belasting over de toegevoegde waarde, de belasting niet kan aftrekken of van de Staat kan terugkrijgen, de B.T.W. op de aankoopprijs van een gelijkaardige zaak, te dezen een auto, omvat;

Dat onverschillig is de omstandigheid dat de benadeelde, ingevolge zijn vrije beschikking over de hem toekomende schadevergoeding, deze niet gebruikt voor de vervanging van de vernielde auto door een nieuwe of ze gebruikt voor de vervanging door een tweedehandswagen waarvoor bij de aankoop geen B.T.W. of slechts een B.T.W. over het verschil tussen de verkoopprijs en de inkoopprijs van de garage verschuldigd is;

Overwegende dat de appelrechters door te oordelen dat de benadeelde geenszins het bewijs moet leveren dat hij op het vervangingsvoertuig B.T.W. heeft betaald, de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek niet schenden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

NOOT – Zie in dit nummer de bijdrage van A. Van Oevelen, «Enige beschouwingen bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de vergoedbaarheid van de B.T.W. als bestanddeel van de schade bij totaal verlies of beschadiging van voertuigen».

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 14 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Verbist

Raad van State – Afdeling administratie – Annulatiebevoegdheid – Administratieve overheid

Instellingen opgericht door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of de wetgevende macht, zijn in beginsel administratieve overheden in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden.

Ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van die overheid, verliest een naamloze vennootschap die geen beslissingen kan nemen welke derden kunnen binden, haar privaatrechtelijke karakter niet. Hiertoe doet het niet ter zake dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd.

N.V. Gimvindus en M. t/ B.

Conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle

Bij arrest van 30 april 1996 van de Vierde kamer van de Raad van State, afdeling administratie, – waartegen de voorziening gericht is – werd het besluit van de raad van bestuur van de N.V. Gimvindus (thans N.V. Domus Flandria) van 18 juli 1989 houdende de benoeming van eiser, dhr. Roger M., tot directeur van deze vennootschap vernietigd, wegens schending van het gelijkheidsbeginsel.

De Raad van State heeft – om tot die beslissing te komen – op de door de eisers opgeworpen en door het auditoraat gevolgde exceptie van onbevoegdheid afwijzend beschikt.

Eisers hadden namelijk opgeworpen dat de N.V. Gimvindus geen administratieve overheid was, in de zin van artikel 14 van de bij K.B. van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, zodat de Raad van State onbevoegd was om haar beslissing te vernietigen.

Het Hof doet, krachtens art. 33 van die gecoördineerde wetten en art. 609, 2°, Ger.W. uitspraak over de voorziening tegen een arrest van de afdeling administratie van de Raad van State dat afwijzend beschikt op een declinatoire exceptie gebaseerd op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van de rechterlijke overheid behoort.

Hoewel deze exceptie niet expliciet als zodanig gefundeerd was en eiseres, nl., ingaand op de anticipatie van eiser in het annulatieberoep zelf, louter de bevoegdheid van

de Raad betwistte, zonder ook te stellen dat de rechterlijke overheid bevoegd was, is het duidelijk dat de hoogste administratieve rechter enkel een toegewezen bevoegdheid heeft en dat geen derde soort overheid met jurisdictionele bevoegdheid bestaat.

De voorziening is rechtsgeldig aan verweerder betekend op 5 juni 1996 en neergelegd ter griffie van het Hof op 7 juni 1996, d.i. binnen de bij art. 1, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 en de artt. 1073 e.v. Ger.W. bepaalde vormen en termijn en is derhalve ontvankelijk.

Over het middel

1. Luidens artikel 14 Wet Raad van State doet deze Raad uitspraak over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwijking van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen van de verscheidene administratieve overheden (of tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken).

De wet definieert het begrip «administratieve overheid» niet. Rechtspraak, hoofdzakelijk van de Raad van State, en rechtsleer hebben het derhalve inhoud gegeven en wisselen de criteria gehanteerd.¹

Over de zgn. «negatieve» criteria – organen van de wetgevende en rechterlijke macht worden in de regel uitgesloten – bestaat terecht geen noemenswaardige discussie. Zoveel temeer bestaat deze m.b.t. de organen van de administratieve orde en ze komt tot een hoogtepunt zodra men de grenszone betreedt van het steeds ingrijpender overheidsinitiatief in het hedendaags economisch gebeuren en waarbij de overheid alsmaar aangepaste privaatrechtelijke instrumenten, zoals holdings en handelsvennootschappen, gaat hanteren.

¹ Over de problematiek werden geraadpleegd: FLAMME, M.A., «Service public et puissance publique, mythes ou réalités», in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel III, Bruylant, Brussel, 1977, pp. 477-492; ORIANNE, P., *Droit administratif*, I, Bruylant, Brussel, nr. 14, p. 41; «Perspectives d'évolution du droit de la décentralisation par services», *A.P.(T)*, 1978-79, pp. 17-23; HOFFLER, J., «L'attribution aux universités libres d'une parcelle de la puissance publique», *J.T.*, 1982, 629-635; KEUTGEN, G., «Les entreprises publiques et le droit des sociétés», in *Liber amirocum Frédéric Dumon*, Kluwer, 1983, pp. 173-187; LAMBRECHTS, W., «De evolutie van het begrip administratieve overheid», *T.B.P.*, 1987, 357-366; QUERTAINMONT, Ph., *Droit administratif de l'économie. L'interventionnisme économique public et les relations entre l'état et les entreprises*, E. Story-Scientia, Brussel, 1987; Centre interuniversitaire de droit public. Interuniversitair centrum van staatsrecht, *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise. De nieuwe vormen van overheidstussenkomst in de onderneming*, met de bijdragen van DELPÉRIE, F., DELAHAUT, P., SWENNEN, H., VAN HULLE, K., LE BRUN, J., SUETENS, L.P. en SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, S., ORIANNE, P., CRAENEN, G., Bruylant, Brussel, 1988; BOLAND, G., «La notion d'autorité administrative», *A.P.(T.)*, 1988, 81-85; PEETERS, B., *De continuïteit van het overheidsontememen*, Maklu, Antwerpen, 1989; DEOM, D., *Le statut juridique des entreprises publiques*, E. Story-Scientia, Brussel, 1990; SALMON, J., *Le Conseil d'Etat*, Bruylant, Brussel, 1994; MAST, A., *Overzicht van het belgisch administratiefrecht*, Kluwer, Antwerpen 1996.

De wet van 2 april 1962 tot oprichting van een nationale investeringsmaatschappij en van erkende gewestelijke investeringsmaatschappijen, ² waarvan de werking verruimd werd door de wetten van 30 maart 1976, houdende organisatie van het economisch overheidsinitiatief ³ en 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, ⁴ hebben die mogelijkheid geboden. Ook de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven ⁵ is in dit opzicht te vermelden.

Voor het eerst heeft uw Hof te oordelen of een krachtens die wet van 2 april 1962 opgerichte naamloze vennootschap als een administratieve overheid beschouwd moet worden, waarvan een akte de annulatiebevoegdheid van de Raad van State wettigt.

Reeds fin 1952 – toen uw Hof voor het eerst cassatieberoepen op grond van art. 33 Wet Raad van State te beoordelen kreeg – heeft P.G. Cornil terecht gewezen op de buitengewone omzichtigheid waarmee deze nieuwe opdracht van het Hof benaderd diende te worden. ⁶

Dit is vanzelfsprekend vandaag niet anders telkens wanneer de grenzen van de toegewezen bevoegdheid van het hoogste administratieve rechtscollege van het land bepaald dienen te worden. Maar de opdracht is nog kieser omdat de grenszone zoveel ruimer geworden is.

2. De Raad van State oordeelt dat uit de oprichtingsgeschiedenis van de N.V. Gimvindus en uit haar statutaire bepalingen blijkt dat ze een taak van algemeen belang vervult, nl. het bevorderen van het economisch overheidsinitiatief, en onder vergaande controle van de Vlaamse Executieve valt, zodat ze als een administratieve overheid te beschouwen is, ook al heeft ze de vorm van een handelsvennootschap aangenomen en is ze niet bevoegd om aan anderen eenzijdig bindende beslissingen op te leggen; meer bepaald wat dit laatste betreft, oordeelt de Raad:

«dat het niet is omdat de Raad van State het toegerust zijn van een orgaan van de rechtspersoon met eenzijdige beslissingsmacht als positief criterium heeft gehanteerd om haar bevoegdheid te bepalen, het ontberen van die eenzijdige beslissingsbevoegdheid aan bepaalde organen hun kwalificatie van administratieve overheid ontnemt».

In zijn arrest nr. 19.776, Scheuermann, van 27 juli 1979 ⁷ – had de Raad van State nl. geoordeeld dat – om van een orgaan van een rechtspersoon (in casu de raad van bestuur van een vrije universiteit) een administratieve overheid in de zin van artikel 14 Wet Raad van State te maken, «in de tweede plaats vereist is dat de wetgever, omdat hij de voorziening in een bepaalde collectieve behoefte van algemeen nut acht (d.i. het eerste vereiste), de organen van de rechtspersoon heeft toegerust met dat uitzonderlijk werktuig dat het openbaar gezag is, zijnde de exorbitante bevoegdheid om in het rechtsverkeer ter verwezenlijking van doeleinden die van algemeen belang zijn eenzijdig aan anderen bindende

verplichtingen te kunnen opleggen, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen, of door de verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen, welke verplichtingen onder meer kunnen bestaan in het moeten erkennen of ondergaan van bevoegdheden of rechten welke door het met het openbaar gezag toegerust orgaan aan derden worden gegeven.»

De beslissingsbevoegdheid is een zeer belangrijk criterium omdat het aanduidt dat het administratief orgaan een deel van de openbare macht toegewezen kreeg. Dit criterium, deze «gouden regel», stelt alle andere in de schaduw. ⁸

Dat arrest effende de weg voor het arrest nr. 21.467, Franssens, van 16 oktober 1981. ⁹ Daaruit blijkt dat organen die doorgaans niet als administratieve overheden kunnen worden beschouwd (in casu een examencommissie van een vrije universiteit) voor bepaalde handelingen toch kunnen worden onderworpen aan het toezicht van de Raad van State die zich dan ook bevoegd achtte om een beslissing van deze examencommissie te vernietigen, omdat «de beslissingen van de organen van een universiteit met betrekking tot het uitreiken van academische diploma's waartoe zij wettelijk bevoegd zijn, rechtsgevolgen voor derden hebben».

Dit essentieel bestanddeel vindt men terug in de begripsomschrijving van de eminente procureur-generaal bij uw Hof, Hayoit de Termicourt, die een essentiële rol speelde bij de totstandkoming van de wet van 23 dec. 1946 houdende oprichting van de Raad van State: ¹⁰

«Ont le caractère d'autorités administratives, visées par l'article 9 de la loi du 23 décembre. 1946, les institutions ou organes, ne ressortissant pas au pouvoir judiciaire ou au pouvoir législatif, créés par un pouvoir public pour assurer un service public ou d'intérêt public, dont le pouvoir public établit et peut modifier les règles d'organisation et de fonctionnement, ou statuts.

Précisément parce que le pouvoir de décision est l'une des caractéristiques de l'autorité administrative, ce ne sont que les actes se rattachant à l'exercice de ce pouvoir qui sont soumis au contrôle du Conseil d'Etat.» ¹¹

Op een voorziening van de N.M.B.S. tegen het arrest van 3 feb. 1955 gewezen door de Raad van State, afdeling administratie, is uw Hof, in verenigde kamers, bij voormeld arrest van 27 nov. 1957 ¹² met deze conclusie ingestemd in de volgende bewoordingen: «dat de wet aldus aan de maatschappij de macht toekent beslissingen te nemen welke ten opzichte van derden gevolgen hebben»; waaruit afgeleid werd dat het bestreden arrest eiseres terecht als een administratieve overheid in de zin van artikel 9 (thans 14) van de wet van 23 dec. 1946 beschouwd had, zodat de voorziening verworpen werd.

3. Het eerste onderdeel van het enig middel – afgeleid uit de schending van de artt. 144 en 145 van de Grondwet en van de artt. 7 en 14 Wet Raad van State – stelt dat de N.V. Gimvindus geen bevoegdheid heeft om in het rechtsver-

² B.S., 18 april 1962.

³ B.S., 1 april 1976.

⁴ Bijvoegsel van het B.S. van 17 aug. 1978.

⁵ B.S., 27 maart 1991.

⁶ Conclusies voor Cass., (Ver.K.), 11 jan. 1952, *Pas.*, 1952, I, 248, en 27 nov. 1952, *Pas.*, 1953, I, 184 (telkens twee arresten).

⁷ *Verzameling vna de arresten van de Raad van State, afdeling administratie*, p. 908.

⁸ HOFFLER, J., *l.c.*, p. 631; LAMBRECHTS, W., *l.c.*, p. 360.

⁹ *Verzameling*, p. 1438.

¹⁰ CORNIL, conclusie voor Cass., 11 jan. 1952, *l.c.*

¹¹ Concl. voor Cass., 27 nov. 1957 (*Pas.*, 1958, I, 328) geciteerd door DUMONT, M., *Ann. Not.*, enz., 1961, 194-195, en overgenomen door LAMBRECHTS, W., *l.c.*, p. 357.

¹² *Arr. Verbr.*, 1958, 190.

keer op grond van louter eenzijdige wilsuitingen rechtstreeks verbintenissen te doen ontstaan bij één of meer personen, hetgeen een noodzakelijk kenmerk is van elke administratieve overheid. Nadat hij vastgesteld had dat de N.V. Gimvindus die bevoegdheid niet heeft, had de Raad van State moeten vaststellen dat deze vennootschap dus geen administratieve overheid was en zich dus onbevoegd moeten verklaren om kennis te nemen van een vordering tot nietigverklaring van een beslissing die een louter eenzijdige wilsuiting van een niet-administratieve overheid is.

Artikel 7 bepaalt dat de afdeling administratie (o.m.) uitspraak doet bij wijze van arrest in de gevallen voorzien bij deze wet en de bijzondere wetten. Het arrest dat vooraf een exceptie van onbevoegdheid afwijst is formeel wettig. Maar voor het overige lijkt me dit onderdeel om de volgende redenen gegrond.

Een eerste en voor de hand liggende vaststelling is dat de raad van bestuur van een naamloze vennootschap, d.i. bij uitstek een rechtspersoon van privaatrecht, normaliter geen administratieve overheid is.

Een volgende bemerking is dat die rechtsvorm dat nochtans niet meteen uitsluit; in elk geval niet wanneer, zoals in de hedendaagse rechtsleer, het accent steeds meer komt te liggen op het functioneel criterium tot bepaling van een administratieve overheid, naast het organieke en het controlecriterium.

Dit kan o.m. het geval zijn wanneer de vennootschap (krachtens de wet) is opgericht door de openbare overheid met het (uitsluitend) doel te zorgen voor het algemeen belang. Maar, hoewel de overheid steeds meer op privaatrechtelijke vormen een beroep doet, zijn die criteria allerminst beslissend op zichzelf.

Om zijn bevoegdheid op grond van art. 14 Wet Raad van State te kunnen bepalen dient de Raad van State ambtshalve – en eventueel ook uitgebreider op een opgeworpen exceptie van onbevoegdheid – te antwoorden op de vraag of de rechtspersoon (of zijn orgaan) wiens akte het voorwerp van een annulatieberoep is, inderdaad een in deze bepaling bedoelde «administratieve overheid» is.

Derhalve heeft de Raad uiteraard met reden onderzocht of eiseres, een naamloze vennootschap, die door verweerder, ter verantwoording van de bevoegdheid van de Raad, als een administratieve overheid beschouwd wordt, terwijl eiseres reeds betwistte deze hoedanigheid te hebben, wél degelijk die hoedanigheid had en, bij ontstentenis van wettelijke definitie, nagegaan of de daartoe o.m. door zijn rechtspraak bepaalde criteria voldoende verenigd waren. De Raad heeft geoordeeld dat dit het geval is, ook al erkent hij dat een door zijn rechtspraak gehanteerd positief criterium te dezen afwezig is.

Maar aangezien de bevoegdheid van de Raad slechts toegewezen is, dient de justitiële rechter, die de door de artikelen 144 en 145 Grondwet gewaarborgde volheid van bevoegdheid heeft – en dus het Hof, dat de opperste controle heeft over deze bevoegdheidsverdeling, uiteraard binnen de grenzen van het middel – een andere logica te volgen en uit te gaan van een heel ander initieel gegeven: de naamloze vennootschap die zich als evidentie opdringt. Namelijk is de cruciale vraag te dezen niet of eiseres, een naamloze vennootschap, inderdaad voldoende criteria verenigt om een administratieve overheid te «worden» maar wél of een naamloze vennootschap, ook al is ze opgericht door een admini-

stratieve overheid, al streeft ze opdrachten en doelstellingen van openbaar of algemeen belang na en al is ze aan een vergaande controle van die of van een andere overheid onderworpen, hierdoor haar privaatrechtelijk karakter verliest.

En het antwoord lijkt me ontkennend te moeten zijn.

Hoewel niet alle administratieve overheden tevens over een verordenende bevoegdheid beschikken, komt het me voor dat een rechtspersoon van privaatrecht dit «imperium» wél behoeft om zijn eigen aard te verliezen – minstens wat bepaalde rechtshandelingen betreft – en dat overheidsinitiatief en -controle en het vervullen van een taak van algemeen belang hiervoor niet volstaan.

Zonder die verordenende bevoegdheid kan een akte als de door het bestreden arrest vernietigde – slechts een eenzijdige wilsuiting van een naamloze vennootschap of van een «niet-administratieve overheid» zijn.

Om aan een rechtspersoon van privaatrecht die «exorbitante macht» toe te kennen, die het (federaal, gewestelijk, provinciaal, gemeentelijk of andersoortig) openbaar gezag hoofdzakelijk kenmerkt en die, hoewel ze de dienst van het algemeen belang doeltreffender maakt en daarvoor ook wordt toegekend, in een democratisch bestel dus nochtans enkel toegewezen kan zijn, is daartoe een uitdrukkelijke wettelijke opdracht van de reeds gevestigde overheid vereist.

Omgekeerd zal die overheid, die overwegend een beroep doet op privaatrechtelijke instrumenten, dan ook in hogere mate onderworpen worden aan de regels van privaatrecht, die o.m. de marktmechanismen en de verantwoordelijkheid van de eigenlijke ondernemers beheersen.

Emeritus eerste voorzitter van de Raad van State, prof. A. Mast leerde dat administratief recht een uitzonderingsrecht is omdat de eisen gesteld door de werking van de openbare dienst op vele gebieden afwijkingen van gemeen recht opleggen.¹³

En prof. M.A. Flamme schrijft: «Bien entendu, il ne suffit pas qu'une activité exercée par une personne ou par un organisme privé présente des caractères incontestables d'intérêt général pour qu'elle cesse d'être une activité purement privée et qu'elle soit élevée à la dignité de 'Mission de service public'. Il faut également que cet organisme se soit vu conférer des prérogatives de puissance publique.»¹⁴

Daarbij komt dat eiseres klaarblijkelijk niet eens een openbare dienst verzekert, waarvan de beslissingsbevoegdheid meestal een essentieel kenmerk is.

Overigens wordt dit kenmerk niet genoemd in het eerste onderdeel, (zelfs niet als ontbrekend in het tweede onderdeel), evenmin in de toelichting tot het middel en, vooral, in het bestreden arrest zelf niet als functie aan eiseres toegeschreven.

Welnu, uit de voorbereiding van de wet van 2 april 1962 betreffende de nationale (thans federale)¹⁵ investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen en van haar ingrijpende wijzigingen door de wetten van 30 maart 1976 en 4 augustus 1978 blijkt niet dat de wetgever enige administratieve overheid heeft gemachtigd eenzijdig

¹³ *Op. cit.*, nr. 63, p. 75.

¹⁴ *Droit administratif*, I., Bruylant, Brussel, 1989, nr. 14, p. 41.

¹⁵ Als gewijzigd bij art. 2, derde lid, K.B. 16 juni 1994 (*B.S.*, 28 juni 1994).

ge beslissingsbevoegdheid aan een privaatrechtelijke vennootschap toe te vertrouwen.

De in het aan de bestreden beslissing voorafgaand verslag van de adjunct-auditeur bij de Raad van State en in de toelichting van de voorziening reeds geciteerde parlementaire stukken laten inderdaad blijken dat aan de G.I.M.'s «dezelfde macht wordt verleend als aan een privé-holding», ¹⁶ en «dat de vennootschappen waarin de Nationale Investeringsmaatschappij een participatie aanhoudt (...), een private aard en een gehele actiemogelijkheid behouden, zoals de vennootschappen die deel uitmaken van een private en financiële groep, o.m. inzake aanbesteding van werken, levering en diensten. Het feit dat de Nationale Investeringsmaatschappij in die vennootschappen een overwegend belang heeft, moet ze niet tot de kring der entiteiten doen behoren waartoe de regels die op de Staat van toepassing zijn, worden uitgebreid». ¹⁷

Dat is het citaat van wat de Regering heeft gepreciseerd «wat betreft de bemerking van de Raad van State over de toepassing op de vennootschappen die van de Nationale Investeringsmaatschappij afhangen, van de toekomstige wet met betrekking tot de aanbesteding van werken, leveringen en diensten». Hoewel deze precisering dus specifiek op deze materie gericht was, is de geest van het ontwerp toch wel dat bedoelde vennootschappen «hun» ¹⁸ private aard in het algemeen behouden.

En het moet inderdaad beaamd worden dat er geen reden is om een ander standpunt in te nemen t.a.v. de vennootschappen waarin de G.I.M. participeert.

Ook de gespecialiseerde rechtsleer benadrukt het essentieel privaatrechtelijk karakter van de zgn. openbare ondernemingen. Omtrent de inmenging van de benoemende en mandaterende overheid werd gezegd: «Ces instructions ne peuvent cependant pas revêtir un caractère impératif sous peine de nier le rôle des organes sociaux. C'est à l'administrateur public compte tenu de sa double mission et sous sa responsabilité propre de chercher à concilier les instructions avec l'intérêt de la société elle-même.» ¹⁹

T.a.v. de werking van de openbare ondernemingen geldt in beginsel het privaatrecht, inzonderheid het handels- en vennootschapsrecht. ²⁰

D. Déom stelt in een diepgaande studie over die ondernemingen vast «qu'elles s'inscrivent en dehors du concept de service public et du champ d'application des principes et des mesures du droit public en général»; ²¹ na meer bepaald over de openbare investeringsmaatschappijen te hebben geschreven: «Rien ne permet donc d'évoquer à leur propos l'idée d'un processus de quasi-nationalisation, l'élément de contrainte juridique qui caractérise celle-ci faisant ici tota-

lement défaut»; ²² en verder, m.b.t. de geschillen, en met verwijzing naar het arrest Franssens: «Si la loi attribue à des personnes privées une prérogative d'action unilatérale, cette personne privée doit, pour les besoins de la cause, être considérée comme une autorité administrative», ²³ d.i. dus in die mate beperkt.

4. De N.V. Gimvindus werd op 16 februari 1989 opgericht door de N.V. Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor Vlaanderen (G.I.M.V.), haar enige aandeelhouder.

De N.V. G.I.M.V. en haar gespecialiseerde dochtervennootschappen – in casu de N.V. Gimvindus – hebben luidens art. 2, § 2, juncto art. 4, § 4, van de wet van 2 april 1962 «tot doel het economisch overheidsinitiatief te bevorderen». Op grond van art. 2, § 2, juncto art. 4, § 5, van diezelfde wet heeft de N.V. Gimvindus tevens «tot doel bij te dragen tot de tenuitvoerlegging van de industriële politiek van de Staat». Zij is verplicht «alle opdrachten te vervullen» die haar bij decreet of bij besluit van de Vlaamse Executieve worden toevertrouwd. Luidens art. 2, § 4, juncto art. 4, § 5, ten slotte kan de N.V. Gimvindus actief deelnemen «aan het industrieel, financieel en commercieel beheer van de ondernemingen» die zij opricht of waarin zij belangen heeft.

En blijkens haar statuten heeft de vennootschap tot doel voor eigen rekening of in deelneming met derden bij te dragen tot de oprichting, de vestiging en de ontwikkeling van ondernemingen die een economisch belang hebben voor het Vlaamse Gewest en beoogt ze mede de verdere gunstige ontwikkeling van de vennootschappen waarin ze participeert te stimuleren, te plannen en te coördineren.

De Raad van State oordeelt dat de Vlaamse overheid over de N.V. Gimvindus een vergaande controle uitoefent maar neemt aan dat de vennootschap niet bevoegd is om aan anderen eenzijdig bindende verplichtingen op te leggen en stelt als regel «dat (...) het ontberen van die eenzijdige beslissingsbevoegdheid aan bepaalde organen (van een rechtspersoon) hun kwalificatie van administratieve overheid (niet) ontnemt». Het orgaan wordt te dezen evenwel niet nader bepaald. Maar het is duidelijk dat het besluit van de raad van bestuur van de vennootschap het voorwerp is van het annulatieberoep.

Noch het feit dat ze niet onderworpen is aan de wet van 16 maart 1954, noch het «bijkomstig» gegeven dat zij de vorm heeft aangenomen van een handelsvennootschap, noch de vaststelling dat ze, om haar maatschappelijk doel te verwezenlijken, verrichtingen doet die aanleunen tegen die van een holding, noch zijn eerdere rechtspraak die de bedoelde aan een orgaan van de rechtspersoon toegekende beslissingsmacht als positief criterium voor zijn bevoegdheid hanteerde, hebben de Raad van State kunnen beletten de N.V. Gimvindus «in wezen» als een administratieve overheid te beschouwen. In het kader van het actueel bevoegdheidscontentieux kan, met het privaatrecht als uitgangspunt, deze «omgekeerde» en «bijkomstige» redenering, zoals gezegd, evenmin aangehouden worden.

In deze omstandigheden lijkt me de Raad van State niet zonder schending van art. 14 Wet van State en van de in de artt. 144 en 145 Gw. bepaalde bevoegdheidsregeling de N.V. Gimvindus als een administratieve overheid te hebben be-

¹⁶ Memorie van toelichting van 19 jan. 1976 bij het ontwerp van wet houdende organisatie van het economische overheidsinitiatief (*Gedr. St., Senaat*, 766, (1975-1976), nr. 1, p. 7.

¹⁷ *Ibid.*, p. 10, (i.p.v. p. 11, zoals geciteerd).

¹⁸ En niet «een» zoals in de toelichting van de voorziening geciteerd.

¹⁹ KEUTGEN, G., *op. cit.*, p. 185.

²⁰ SUETENS, L.P., en SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, S., «Evolutie van het begrip 'openbare dienst', in *De nieuwe vormen van overheids-tussenkomen in de onderneming*, o.c., p. 301.

²¹ *Op.cit.*, p. 139.

²² *Ibid.*, p. 39;

²³ *Ibid.*, p. 148.

schouwd en zich derhalve bevoegd te hebben verklaard om over de gevorderde nietigverklaring van een akte die niet van zodanige overheid uitging, uitspraak te doen.

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 30 april 1996 door de Raad van State, afdeling administratie, gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 144 en 145 van de gecoördineerde Grondwet, (de artikelen 92 en 93 van de oude Grondwet) en van de artikelen 7 en 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 12 januari 1973,

doordat de Raad van State de door de eisers in hun regelmatig aan de Raad van State voorgelegde samenvattende memorie van antwoord en laatste memorie aangevoerde exceptie van onbevoegdheid van de Raad van State verwerpt, zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van het door verweerder ingediend beroep en vervolgens overgaat tot vernietiging van het besluit van 18 juli 1989 houdende benoeming van tweede eiser tot cassatie tot directeur op de gronden:

«dat (eerste eiseres) werd opgericht door de N.V. GIMV, ter verwezenlijking van één van haar opdrachten in artikel 5, § 2, van haar statuten omschreven, te weten het bevoornden van het economisch overheidsinitiatief, dat de N.V. GIMV werd opgericht krachtens een wet, dat zij een taak van algemeen belang vervult; dat zij onderworpen is aan de controle van de overheid; dat die overheid het laatste woord heeft over haar voortbestaan; dat alzo de oprichter van (eerste eiseres) een administratieve overheid is; dat (eerste eiseres) werd opgericht door een administratieve overheid, op initiatief van de Vlaamse regering; dat uit de (...) wettelijke en statutaire bepalingen kan worden afgeleid dat de N.V. Gimvindus opdrachten en doelstellingen van openbaar of algemeen belang nastreeft; dat luidens artikel 22, § 2, van haar statuten, bij de N.V. Gimvindus een commissaris van de Executieve wordt benoemd op voordracht van de gemeenschapsminister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft, alsmede een gemachtigde van Financiën, op voordracht van de gemeenschapsminister die de Financiën en begroting onder zijn bevoegdheid heeft; dat de commissie van de Executieve binnen drie kalenderdagen elke beslissing die hij in strijd mocht achten met de belangen van het Vlaamse Gewest, mag opschorten en aangeven aan de gemeenschapsminister die de Economie onder zijn bevoegdheid heeft; dat evenzo de gemachtigde van Financiën binnen dezelfde termijn elke beslissing met budgettaire en financiële weerslag voor het Vlaamse Gewest, die hij in strijd mocht achten met bovengenoemd belang, mag opschorten en aangeven aan de gemeenschapsminister bevoegd voor de Financiën; dat, indien de betrokken gemeenschapsminister binnen vijftien dagen na de aangifte geen uitspraak heeft gedaan, de beslissing mag worden uitgevoerd; dat hieruit een vergaande controlebevoegdheid van de Vlaamse Executieve blijkt; dat vanuit de zoëven gemaakte analyse de N.V. Gimvindus in wezen als een administratieve overheid te beschouwen is; dat noch het feit dat de N.V. Gimvindus evenmin trouwens als de N.V. GIMV onderworpen is aan de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van open-

baar nut (...), noch het bijkomstig gegeven dat zij de vorm heeft aangenomen van een handelsvennootschap, aan de conclusie afbreuk doet; dat evenmin de door de (eisers) in de laatste memorie gemaakte opmerking dat de N.V. Gimvindus niet bevoegd is om aan anderen eenzijdig bindende verplichtingen op te leggen tot een andere conclusie leidt; dat het niet is omdat de Raad van State het toegerust zijn van een orgaan van de rechtspersoon met een eenzijdige beslissingsmacht als een positief criterium heeft gehanteerd om haar bevoegdheid te bepalen, het ontberen van die eenzijdige beslissingsbevoegdheid aan bepaalde organen hun kwalificatie van administratieve overheid ontnemt; dat (...) de meeste verrichtingen waarmee de N.V. Gimvindus haar maatschappelijk doel beoogt te verwezenlijken, verrichtingen zijn die aanleunen bij die van een holding; dat uiteraard dergelijke privaatrechtelijke verrichtingen niet onder de controlebevoegdheid van de Raad van State vallen, maar dat dit niets afdoet aan de vaststelling dat de N.V. Gimvindus in wezen een administratieve overheid blijft; dat de bestreden beslissing, namelijk de benoeming van de directeur van de vennootschap, dus van een orgaan van die administratieve overheid zelve, niet te beschouwen is als een privaatrechtelijke handeling die onttrokken wordt aan de wettigheidscontrole van de Raad van State; dat weliswaar tussen de (eerste eiseres) en (tweede eiser) een arbeidsovereenkomst werd gesloten; dat, echter, het sluiten van die overeenkomst is voorafgegaan door een van die overeenkomst afscheidbare beslissing van de Raad van Bestuur van de (eerste eiseres) om de (tweede eiser) tot directeur van eerst genoemde partij te benoemen; dat voor die beslissing, de thans bestredene, de Raad van State bevoegd is; dat de exceptie van onbevoegdheid niet kan worden aangenomen».

terwijl, eerste onderdeel, eerste eiseres geen bevoegdheid heeft om in het rechtsverkeer op grond van louter eenzijdige wilsuitingen rechtstreeks verbintenissen te doen ontstaan bij één of meer personen, hetgeen een noodzakelijk kenmerk is van elke administratieve overheid; nu de Raad van State vooraf oordeelt dat eerste eiseres een dergelijke bevoegdheid ontbeert; hij vervolgens noodzakelijkerwijze had dienen vast te stellen dat eerste eiseres geen administratieve overheid is en dat haar beslissing van 28 september 1989 geen voor vernietiging vatbare administratieve rechtshandeling is, maar een loutere eenzijdige wilsuiting van een niet-administratieve overheid, waaruit volgt dat de Raad onbevoegd is om kennis te nemen van een vordering tot nietigverklaring van de beslissing van 18 juli 1989 van de raad van bestuur van eerste eiseres en een dergelijke betwisting behoort tot de bevoegdheid van de Rechterlijke Macht (schending van de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en van de artikelen 7 en 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, luidens artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de Raad van State uitspraak doet over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheidene administratieve overheden of tegen de administratieve beslissingen in betwiste zaken;

Dat instellingen opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden;

Dat een naamloze vennootschap, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, maar die geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, haar privaatrechtelijk karakter niet verliest; dat hiervoor niet ter zake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd;

Overwegende dat de N.V. Gimvindus, thans N.V. Domus Flandria, opgericht werd op 16 februari 1989 door de N.V. Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor Vlaanderen (GIMV), haar enige aandeelhouder;

Dat, blijkens haar statuten, die vennootschap tot doel heeft voor eigen rekening of in deelneming met derden bij te dragen tot de oprichting, de vestiging en de ontwikkeling van ondernemingen die een economisch belang hebben voor het Vlaamse Gewest, en mede beoogt de verdere gunstige ontwikkeling van de vennootschappen waarin zij participeert, te stimuleren, te plannen en te coördineren;

Dat de Raad van State oordeelt dat de Vlaamse overheid over de N.V. Gimvindus een verregaande controle uitoefent maar aanneemt dat die vennootschap niet bevoegd is om aan anderen eenzijdig bindende verplichtingen op te leggen;

Overwegende dat de Raad van State derhalve niet wettig oordeelt dat de N.V. Gimvindus een administratieve overheid was en dat hij bevoegd was om te oordelen over de ingestelde vordering;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 22 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Vanderwegen

Raadsheren: de h. Blondeel en mevr. Mertens de Wilmars

Advocaten: mrs. Willebrords loco Dehond en Buelens

Rechtsmiddelen – Verwijzing na cassatie – Bevestiging, door de appelrechter naar wie de zaak verwezen is, van een door de eerste rechter bevolen onderzoeksmaatregel, en verwijzing naar die eerste rechter – Hoger beroep tegen de daaropvolgende beslissing van de eerste rechter – Bevoegde appelrechter

Een arrest van het Hof van Beroep te Brussel, gewezen op hoger beroep tegen een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven, was door het Hof van Cassatie vernietigd, met verwijzing van de zaak naar het Hof van Beroep te Antwerpen. Dit laatste hof had een door de rechtbank bevolen onderzoeksmaatregel bevestigd, en de zaak dientengevolge voor verdere behandeling naar de rechtbank verwezen.

Oók al is het Hof van Beroep te Brussel normaal bevoegd om kennis te nemen van het hoger beroep tegen een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven, is in dit geval, ten gevolge van de vernietiging en de verwijzing door het Hof van Cassatie, voor het hoger beroep tegen een daaropvolgend vonnis van de rechtbank het Hof van Beroep te Antwerpen bevoegd.

Van der H. t/ Van der H.

I. Over de voorafgaande procedure

Overwegende dat Joanna Van der H. op 28 januari 1981 Adolf Van der H. dagvaardde voor de rechtbank van eerste aanleg te Leuven tot gerechtelijke verdeling van de onverdeeldheid, ontstaan door het overlijden op 8 augustus 1980 van hun moeder, Maria V.;

dat deze vordering o.m. steunde op de volgende feiten:

- ingevolge het huwelijkscontract van 10 december 1931 werd de hele huwelijksgemeenschap bestaande tussen Maria V. en haar echtgenoot Jacobus Van der H., overleden op 21 mei 1978, toebedeeld aan Maria V.;

- bij notarieel testament van 25 mei 1979 heeft Maria V. het grootste beschikbaar gedeelte van haar nalatenschap gelegateerd aan Joanna Van der H.

Overwegende dat Adolf Van der H. op 30 april 1981 een tegenvordering instelde met als voorwerp:

1) te zeggen voor recht dat Adolf Van der H. ingevolge het openbaar testament van 5 december 1978 voor 2/3 gerechtigd is in de nalatenschap van zijn moeder;

2) de opname in het passief, ten voordele van Adolf Van der H. van een bedrag van 88.630 fr.;

3) Joanna Van der H. te veroordelen tot teruggave in de nalatenschap van 238.000 fr. en tot opheffing van het beslag op de effecten N.M.K.N. en Gemeentekrediet;

dat die vordering steunde:

1) het feit dat Maria V. sinds februari 1979 niet meer gezond van geest was, zodat haar testamentaire beschikkingen van 10 mei 1979 en 25 mei 1979 ongeldig waren;

2) op de kosten en de vergoedingen die Adolf Van der H. betaald had voor Maria V.;

3) op het onrechtmatig afhalen door Joanna Van der H. van tweemaal 119.000 fr. van de spaarboekjes van de ouders en op een handgifte van 500.000 fr. effecten door Maria V. aan Adolf Van der H.;

Overwegende dat de rechtbank van eerste aanleg te Leuven op 28 september 1982 besliste:

- de gerechtelijke verdeling te bevelen van de onverdeeldheid met de openbare verkoop van de onroerende goederen en de meubelen;

- de opheffing te bevelen van de effecten ten bedrage van 500.000 fr., bij handgifte overgemaakt aan Adolf Van der H.;

- de vordering tot betaling van 238.000 fr. af te wijzen;

- het getuigenbewijs toe te laten van het feit dat Maria V. vanaf haar opname in de kliniek in februari 1979 tot aan haar overlijden op 8 augustus 1980 ernstig gestoord en verward was en niet meer bij machte willens en wetens verklaringen af te leggen of beslissingen te nemen;

Overwegende dat tegen dit vonnis hoger beroep werd ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel op 27 januari 1983 door Joanna Van der H.;

dat dit rechtsmiddel betrekking had op de effecten ter waarde van 500.000 fr. en het toegelaten getuigenbewijs;

Overwegende dat Adolf Van der H. op 3 augustus 1983 incidenteel beroep instelde omtrent de teruggave van tweemaal 119.000 fr., de opname in het passief van de nalatenschap van 88.630 fr. en de, volgens hem, ongeldige herroeping op 10 en 25 mei 1979 van het testament van 5 december 1978;

Overwegende dat de eerste kamer van het Hof van Beroep te Brussel op 15 mei 1985 oordeelde:

1) de laatste wilsbeschikking van 25 mei 1979 moet niet geweerd worden;

2) de effecten ten bedrage van 500.000 fr. maken deel uit van de nalatenschap;

3) Joanna Van der H. moet het bedrag van 238.000 fr. inbrengen;

4) de kosten ad 88.630 fr. betaald door Adolf Van der H., behoren tot het passief van de nalatenschap;

Overwegende dat Adolf Van der H. zich in cassatie verzag tegen twee beslissingen van dat arrest, meer bepaald:

1) waar gezegd werd voor recht dat Maria V. bij openbaar testament van 25 mei 1979 het grootste beschikbaar gedeelte van haar nalatenschap aan Joanna Van der H. had gelegateerd;

2) waar geoordeeld werd dat de effecten ter waarde van 500.000 fr. tot de nalatenschap behoren;

dat bij arrest van 26 december 1986 het Hof van Cassatie alleen het eerste middel gegrond verklaarde wegens schending van de bewijskracht van het geneeskundig attest van 26 oktober 1979 van dr. H. R. dat: «niet (...) enkel vermeldt dat de erflaatster 'periodiek erg verward was', maar tevens dat de erflaatster 'niet bij machte (was) willens en wetens een verklaring af te leggen»;

dat het bestreden arrest bijgevolg werd vernietigd «in zoverre het oordeelt over het openbaar testament van 25 mei 1979 en over de kosten»;

dat deze beperkte vernietiging werd uitgesproken met verwijzing naar het Hof van Beroep te Antwerpen;

Overwegende dat Adolf Van der H. op 14 april 1987 de zaak aanhangig maakte bij het Hof van Beroep te Antwerpen, teneinde te horen zeggen dat hij, ingevolge het openbaar testament van 5 december 1978 voor 2/3 gerechtigd is in de nalatenschap van zijn moeder en te zeggen dat de testamentaire beschikkingen van 10 en 25 mei 1979 ongeldig zijn;

dat het Hof van Beroep te Antwerpen op 11 april 1990 oordeelde dat het horen van getuigen nopens het feit waarvoor bewijsaanbod werd gedaan van dien aard zou kunnen zijn dat de rechter dienstig inlicht nopens de geestestoestand van de testatrice op het ogenblik dat zij testeerde en dat het voorbarig was nu reeds te onderzoeken of het medisch certificaat van dr. R. een schending inhoudt van het beroepsgeheim;

dat vervolgens beslist werd het vonnis van 28 september 1982 van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven te bevestigen waar het een getuigenbewijs toestond;

Overwegende dat voor de rechtbank van eerste aanleg te Leuven het rechtstreeks getuigenverhoor werd gehouden op 11 december 1990 en het tegengetuigenverhoor op 14 maart 1990;

dat Joanna Van der H. na die onderzoeksmaatregelen subsidiair vorderde dat ook het testament van 5 december 1978, waarbij Adolf Van der H. werd bevoordeeld, nietig zou worden verklaard;

Overwegende dat de rechtbank van eerste aanleg te Leuven op 30 oktober 1992 besliste «dat het getuigenverhoor overtuigend heeft aangetoond dat de decujus, mevrouw Maria V., moeder van partijen, vanaf haar opname in het ziekenhuis in februari 1979 tot aan haar overlijden op 8 augustus 1980 ernstig gestoord en verward was en niet meer in staat willens en wetens verklaringen af te leggen of beslissingen te nemen», terwijl Joanna Van der H. in gebreke bleef te bewijzen dat Maria V. ook in december 1978 ernstig gestoord was;

dat de testamenten van 10 en 25 mei 1979 bijgevolg ongeldig en nietig werden verklaard en gezegd werd voor recht dat Adolf Van der H. ingevolge het openbaar testament van 5 december 1978 voor 2/3 gerechtigd is in de nalatenschap van Maria V.

dat dit vonnis op 14 december 1992 ten verzoeken van Adolf Van der H. werd betekend aan Joanna Van der H.;

dat deze laatste op 16 december 1992 hoger beroep instelde tegen het vonnis van 30 oktober 1992 bij het Hof van Beroep te Brussel;

II. Over de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel

Overwegende dat de volstreckte (art. 9 Ger.W.) of de territoriale (art. 10 Ger.W.) bevoegdheid, de macht is van de rechter om kennis te nemen van een vordering die voor hem is gebracht (art. 8 Ger.W.);

Overwegende dat het Hof van Beroep kennis neemt van het hoger beroep tegen beslissingen in eerste aanleg gewezen door de rechtbanken van eerste aanleg (art. 602, 1°, Ger.W.);

dat art. 104 G.W., vóór zijn wijziging door de wet van 5 mei 1993 (B.S., 8 mei 1993), aan het Hof van Beroep te Brussel het rechtsgebied toekende van de provincie Brabant;

Overwegende dat de rechtbank van eerste aanleg te Leuven, die op 30 oktober 1992 in eerste aanleg besliste, behoort tot de provincie Brabant, zodat het Hof van Beroep te Brussel op het eerste gezicht bevoegd is om te beslissen over een hoger beroep tegen het vermelde vonnis;

dat de geïntimeerde evenwel van oordeel is dat niet het Hof van Beroep te Brussel, maar wel het Hof van Beroep te Antwerpen bevoegd is om kennis te nemen van het vermelde hoger beroep;

dat hij beweert dat, door de verwijzingsbeslissing van het Hof van Cassatie naar het Hof van Beroep te Antwerpen, er «een afwijking (ontstaat) op de normale territorialiteitsregels waardoor in (aanleg) van beroep het Hof van Beroep te Antwerpen bevoegd blijft»;

Overwegende dat, ingeval cassatie wordt uitgesproken met verwijzing, deze plaatsheeft naar het gerecht in hoogste feitelijke aanleg van dezelfde rang als datgene dat de bestreden beslissing gewezen heeft (art. 1110, eerste lid, Ger.W.);

Overwegende allereerst dat die verwijzing volgt uit art. 95, tweede lid, G.W. volgens hetwelk het Hof van Cassatie «niet in de beoordeling (treedt) van de zaken zelf, behalve bij het berechten van ministers» (cf. C. Scheyven, *Traité pratique des pouvoirs en cassation*, Brussel, 1885, p. 283, nr. 125; Fr. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Brussel, 1966, p. 25, nr. 19);

dat zij de partijen terugplaatst in dezelfde situatie waarin zij zich bevonden bij hun verschijning voor de rechter wiens beslissing werd vernietigd (cf. A. Meeus, «L'étendue de la cassation en matière civile», noot onder Cass., 18 maart 1983,

R.C.J.B., 1986, 266-267, nr. 9; Cass., 14 februari 1991, *Bull.*, 1991, nr. 320) en de aanhangigmaking van de zaak voor het aangewezen gerecht (art. 1110, tweede lid, Ger.W.) slechts een akte is waarbij de reeds begonnen procedure vanaf de laatste geldige akte wordt hernomen en voortgezet (cf. Gutt E. en Stranart-Thilly A.M., «Examen de Jurisprudence», R.C.J.B., 1974, 631, nr. 117);

Overwegende vervolgens dat de verplichting tot verwijzing, enerzijds een toepassing is van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk «de rechter die mede uitspraak heeft gedaan bij een vonnis dat door een hoger gerecht teniet werd gedaan, na deze tenietdoening niet opnieuw zitting kan houden in deze zaak» (cf. Cass., 11 december 1972, *A.C.*, 1973, 362; Cass., 18 december 1973, *A.C.*, 1974, 446; Cass., 19 oktober 1983, *A.C.*, 1983-84, nr. 97) een algemeen rechtsbeginsel dat o.m. uit het hierboven geciteerde art. 1110 Ger.W. wordt afgeleid;

dat de beslissing tot verwijzing anderzijds, ook al verhindert zij niet dat de aangewezen rechter de volstreekte bevoegdheid kan of moet onderzoeken, (cf. C. Scheyven, *op. cit.*, p. 397, nr. 195; voor een voorbeeld: Cass., 10 oktober 1988, *Bull.*, 1989, nr. 80), toch diens territoriale bevoegdheid verruimt (cf. Laenens J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Kluwer, 1981, p. 49, nr. 171; Solus & Perrot, *Droit judiciaire privé*, II, *La compétence*, Sirey, 1973, p. 583, nr. 534 en p. 658, nr. 607) en de zaak onttrekt aan de rechter wiens beslissing werd vernietigd (C. Scheyven, *op. cit.*, p. 394, nr. 193);

dat het middel dat te dezen door Adolf Van der H. wordt voorgedragen, bijgevolg gekwalificeerd moet worden als een exceptie van onbevoegdheid;

Overwegende dat het ingestelde rechtsmiddel nog steeds betrekking heeft op de beslissing omtrent het testament van 25 mei 1979, voorwerp van de beperkte vernietiging, uitgesproken door het Hof van Cassatie op 26 december 1986 (op te merken valt dat ook de geldigheid van de laatste wilsbeschikkingen van 5 december 1978 en 10 mei 1979 door de partijen in het geding wordt gebracht. In de mate waarin latere testamenten de vorige herroepen moet over de vermelde laatste wilsbeschikkingen maar geoordeeld worden wanneer het testament van 25 mei 1979 ongeldig wordt verklaard. Over de mogelijkheid, dat de beperkte vernietiging «in zoverre het (bestreden arrest van het Hof van Beroep te Brussel) oordeelt over het openbaar testament van 25 mei 1979 en over de kosten», ook het oordeel over de testamenten van 5 december 1978 en 10 mei 1979 bij de verwijzingsrechter aanhangig maakt, cf. de reeds geciteerde noot van A. Meeus, «L'étendue de la cassation en matière civile», *op. cit.*, p. 263 e.v.);

dat, ingevolge die vernietiging met verwijzing, het Hof van Beroep te Antwerpen dan ook als de ter zake bevoegde rechter moet worden aangewezen;

Overwegende dat art. 643 Ger.W., in de versie van de wet van 10 oktober 1967, een pragmatische regel is die moet toelaten bv. in fiscale verhalen voor de hoven van beroep, dat het territoriaal onbevoegde hof de zaak verwijst naar het ratione loci bevoegde hof (cf. Ch. Van Reepinghen, Rapport, in «Code Judiciaire et son annexe», *Pasinom.*, 1967, p. 405);

dat de nadien aan art. 643 Ger.W. doorgevoerde wijzigingen bij de wet van 24 juni 1970 (voor de parlementaire werken hiervan, cf. *Pasinom.*, 1970, pp. 955 en 961.) en 3 augustus 1992 hieraan niets hebben veranderd;

dat bijgevolg de zaak behoort te worden verwezen naar het Hof van Beroep te Antwerpen;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 5 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. De Cooman en Van Goethem

Advocaat: mr. Van Rouveroy van Nieuwaal (voor verweerder)

Registratierechten – Controleschatting – Vordering tot nietigverklaring – Afwijzing – Derdenverzet

Wanneer, na controleschatting van de verkoopwaarde van een door een gehuwde vrouw aangekocht perceel grond, de door de vrouw ingestelde vordering tot nietigverklaring is afgewezen, is, wegens gebrek aan belang, niet toelaatbaar het derdenverzet van de met scheiding van goederen gehuwde man tegen die beslissing, aangezien niet alleen de bijkomende rechten maar ook de boeten en de kosten niet verhaald kunnen worden op de man.

Dat de grond bestemd is om er een gezinswoning op te bouwen, verschaft de man gemeenrechtelijk geen hoedanigheid of belang om de nietigheid van de schatting aan te vragen.

S. t/ Belgische Staat en D.

I. Procedure

Ingevolge akte verleden voor notaris L. op 19 januari 1978 kocht Christine D., echtgenote van Marc S., voor 3.682.208 frank te vermeerderen met 10.659 frank lasten, twee percelen bouwgrond gelegen te (...)

Daar de bevoegde ontvanger der registratie van oordeel was dat de verkoopwaarde van deze goederen de genoteerde prijs en lasten overtrof, vorderde hij bij aangetekend schrijven van 29 juni 1979 (krachtens artikel 190 e.v. van het Wetboek van Registratierechten) de controleschatting.

Bij proces-verbaal van 10 juli 1979 kwamen de ontvanger en Christine D. overeen deze schatting te laten verrichten door de deskundige G. De partijen werden uitgenodigd voor het plaatsbezoek. Het deskundigenverslag dagtekent van 3 november 1979 en werd op 6 november 1979 ter griffie van het vrederecht neergelegd.

De verkoopwaarde van de te schatten goederen werd door de deskundige bepaald op 6.503.900 frank.

Bij exploit van gerechtsdeurwaarder R. Roegiers van 27 november 1979 heeft Christine D. de Belgische Staat gedagvaard voor de rechtbank van eerste aanleg, teneinde de schatting nietig te doen verklaren, een nieuwe schatting te doen bevelen, met veroordeling van de Belgische Staat in de kosten.

Bij vonnis van 15 september 1983 werd die vordering van Christine D. door de rechtbank als ongegrond afgewezen en werd zij verwezen in de kosten. Tegen dit vonnis tekende Christine D. hoger beroep aan bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof van Beroep te Gent op 18 januari 1984.

Bij arrest van 6 december 1991 van de eerste kamer van dit hof werd het hoger beroep van Christine D. ongegrond verklaard, werd het bestreden vonnis bevestigd en de appellante in de kosten veroordeeld.

Dit arrest werd op 14 februari 1992 aan Christine D. betekend.

Hierop heeft de huidige opposant, Marc S., bij exploit van 25 mei 1992 derdenverzet ingesteld tegen dat arrest van 6 december 1991, waaromtrent dit hof thans uitspraak moet doen.

II. In rechte

1. Ter terechtzitting van 6 september 1996 heeft de Belgische Staat toepassing gevraagd van artikel 753 van het Gerechtelijk Wetboek tegen tweede gedaagde Christine D.; daar de wettelijke voorwaarden zijn vervuld, kan verstek worden verleend.

2. Nopens de toelaatbaarheid van het derdenverzet.

Het door derdenverzet aangevochten arrest betreft beslissing omtrent de regelmatigheid van de controleschatting, overeenkomstig artikel 199 van het Wetboek van Registratierechten, ter bepaling van de verkoopwaarde als belastbare grondslag voor het aan de Belgische Staat door Christine D. verschuldigde registratierecht ingevolge registratie op 23 januari 1978 van de akte van overdracht van de op 19 januari 1978 door haar, in eigen naam aangekochte, in België gelegen onroerende goederen.

Elke rechtsvordering, ook het derdenverzet, is geconditioneerd door de algemene toelaatbaarheidsvereisten van hoedanigheid en belang (art. 17 e.v. Ger.W.).

Terwijl principieel en steeds dit «belang» een dadelijk en reeds verkregen belang (art. 18 Ger.W.) dient te zijn, moet voor het *derdenverzet* tevens voldaan zijn aan een bijzonder vereiste, gesteld in art. 1122 Ger.W.

Art. 1122 Ger.W. bepaalt dat de derde-opposant «in zijn rechten» moet zijn benadeeld, opdat het derdenverzet mogelijk zij. Het «belang» is uiteraard als rechtsbegrip ruimer dan de notie «recht».

Het staat derhalve aan de derdenverzet doende partij in concreto de benadeling in zijn rechten te bewijzen door het bestreden arrest, minstens te bewijzen dat zijn «rechten» in gevaar zijn; dit bewijs is niet geleverd.

Tewijl in het belastingrecht een invordering in de personenbelasting ten laste van één echtgenoot, de rechten van de medeëchtgenoot beïnvloedt (alleen al door het feit dat de belastingschuld, ingevolge het belastingrecht, op hem invorderbaar is – wat ook het huwelijksvermogensstelsel is waaronder hij is gehuwd –), rijst de vraag of de bijvoeglijke registratierechten die normaliter zullen worden geheven op grond van de vooraangaande schatting (waaruit de onderschatting van de prijs blijkt), de rechten van de opposant in dezen benadelen of, beter, in gevaar brengen.

Het antwoord daarop is negatief, nu niet alleen de bijvoeglijke rechten, maar ook de boete en de procedurekosten niet kunnen worden verhaald op de echtgenoot van de verkrijger; immers, luidens de artt. 200 en 202 Wb.Reg. zijn respectievelijk de procedurekosten ten laste van de verkrijger, terwijl de ontdoken rechten en boete ondeelbaar verschuldigd zijn door degenen die de waardering hebben gedaan, te weten te dezen koopster en verkopers, derhalve in geen geval door de echtgenoot te wiens laste de wet geen ander verhaal toestaat dan dat gebaseerd op het gemene recht.

Nu – blijkens de termen van de akte van verkrijging – de echtgenoten S.-D. zijn gehuwd onder het stelsel van («zui-vere») scheiding van goederen, is geen verhaal op het vermogen van de eiser op derdenverzet mogelijk.

Derhalve is niet bewezen dat de rechten van Marc S. in gevaar zijn, laat staan geschaad.

Ook het feit dat de gronden – voorwerp van de aankoop van 19 januari 1978 en van de daaropvolgende controleschatting – bestemd waren om er naderhand de gezinswoning op te richten, verschaft Marc S. geen hoedanigheid noch belang om de nietigheid van de schatting van deze gronden te vragen, nu zijn belang – daaruit geput en algemene toelaatbaarheidsvereiste – noch rechtstreeks, noch *dadelijk* is.

Afgezien van het feit dat het belang van de procespartij rechtmatig moet zijn opdat zij rechtsbescherming kan genieten, wat te dezen niet het geval is (een verzet tegen een rechtmatige uitvoering voor bijvoeglijke rechten wegens onderschatting van de verkoopprijs, is niet gefundeerd op een rechtmatig belang!), mag ook het argument van de beweerdde, mogelijke uitdrijving van het gezin S. uit de woning, opgericht op de gronden – voorwerp van de heffing –, niet baten; immers, uitdrijving ingevolge gedwongen uitvoering op het eigendom, is uitgesloten nu – volgens de Belgische Staat het eigendom (zoals andere onroerende goederen van beide echtgenoten) niet langer toebehoort aan Christine D., doch zou zijn overgedragen aan een derde; een stelling, die niet is weerlegd.

Ten slotte bewijst de opposant S. geenszins dat de gronden door hem werden betaald, en is deze loutere bewering trouwens in strijd met de verklaring, die zijn echtgenote D. daarover voor de notaris L. op 19 januari 1978 heeft afgelegd.

Derhalve is, gelet op al het voorgaande, niet aangetoond, dat Marc S. aan het vereisten voldeed opdat het derdenverzet toelaatbaar zou kunnen worden verklaard.

Dit bewijs is niet geleverd en kan ook niet geleverd worden, nu de goederen, voorwerp van de controleschatting zijn verkregen door de echtgenote van derde-opposant en niet betwist is dat deze verkrijging is geschied om deel uit te maken van het *eigen* vermogen van Christine D., Marc S. heeft geen (actuele, bestaande) rechten in dit vermogen, derwijze dat hij – hoe dan ook – in zijn rechten niet kan zijn geschaad.

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER – 28 NOVEMBER 1996

Voorzitter: de h. Staessens

Raadsheren: de hh. Debucquoy en Floren

Advocaten: mrs. Tritsmans en Standaert

Zeerecht – Zeevervoer – Cognossement – Bevoegde rechter – Derde-houder – Vordering tegen scheepseigenaar – Lossingskosten

De buitenlandse scheepseigenaar-zeevervoerder kan door de derde-houder van het cognossement steeds voor de Belgische rechtbanken gedagvaard worden met betrekking tot elk maritiem vervoer vanuit of naar een Belgische haven.

Zelfs wanneer de kapitein het cognossement tekent voor een vervoerder-bevrachter en zelfs wanneer het cognossement door deze laatste uitgegeven en door diens agent ondertekend wordt, kan de derde-houder op grond van art. 46 Zeewet een op art. 89 gebaseerde vordering instellen tegen de scheepseigenaar.

De in het cognossement ten laste van de derde-houder bedongen lossingskosten kunnen geen betrekking hebben op de lossingskosten van ruim naar reling.

Vennootschap naar Maltees recht S. en vennootschap naar Grieks recht S. t/ N.V. S. e.a.

Het tijdig en op rechtsgeldige wijze ingesteld hoger beroep betreft het vonnis van 25 oktober 1994, op tegenspraak gewezen door de rechtbank van koophandel te Gent, derde kamer, waarbij het verzet van de appellanten tegen het verstekvonnis de dato 7 juni 1991 van dezelfde rechtbank deels gegrond verklaard werd en waarbij de hoofdsom van de tegen hen uitgesproken veroordeling verminderd werd van 4.558.229 frank tot 4.388.148 frank, terwijl het bestreden verstekvonnis voor het overige bevestigd werd en appellanten verwezen werden in de kosten van de rechtspleging op verzet.

Tegen dit vonnis hebben de geïntimeerden, in strijd met wat appellanten beweren, wel degelijk incidenteel beroep ingesteld om in hoofdsom onverkort aanspraak te maken op betaling van 4.558.229 frank.

1. In hun conclusie van 30 augustus 1995 stelden appellanten dat geïntimeerden «in hoger beroep» ondanks sommatie weigeren de stukken die zij «gebruiken in hoger beroep» over te leggen. Zij beroepen zich meteen op artikel 740 Gerechtelijk Wetboek om te stellen dat geïntimeerden geen stukken meer mogen gebruiken en dat het Hof gehouden is eventueel overgelegde stukken ambtshalve uit de debatten te weren.

Die stelling is ongegrond. Geïntimeerden blijken in hoger beroep geen andere stukken te gebruiken dan die welke zij reeds in eerste aanleg, meer bepaald op 22 augustus 1991 en 14 april 1992 in kopie en op 3 mei 1993 in origineel, aan de nog steeds voor appellanten optredend raadsman hebben overgelegd.

Tot nieuwe overlegging waren geïntimeerden geenszins gehouden.

2. De blijvend betwiste vordering van de geïntimeerden beoogt de terugbetaling door de appellanten van de zogeheten «binnenboordkosten» (kosten voor het lossen uit het ruim tot de reling, tegen 115 frank per ton) die eerstgenoemden als cognossementhouders aan de stuwadoors hebben moeten betalen om van de kapitein aflevering te krijgen van de in de cognossementen vermelde goederen.

3. Zoals voor de eerste rechter blijven de appellanten de bevoegdheid betwisten van de Belgische rechts machten. Zij beroepen zich daartoe op de in standaardvoorwaarden op de keerzijde van de cognossementen bedongen bevoegdheidsclausule die de High Court of Justice te Londen als bevoegde rechtsmacht aanwijst en luidens hetwelk dit Hof artikel 91 van de Belgische Zeewet zal toepassen.

De exceptie werd door de eerste rechter onontvankelijk verklaard, op grond van de overweging dat ze niet in de verzetsakte en derhalve niet in limine litis opgeworpen werd.

Appellanten verwijten de eerste rechter dat deze, zowel in verstekvonnis van 7 juni 1991 als in het thans bestreden

vonnis, artikel 636, derde lid, Gerechtelijk Wetboek geschonden heeft, nu zij, door als vreemdeling verstek te maken, wettelijk geacht werden de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken te betwisten. Zij verwijzen meteen naar artikel 636, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek, luidens hetwelk de bevoegdheid afgewezen moet worden in «eerste conclusies», terwijl geen enkele wettelijke bepaling voorschrijft dat die afwijzing, in geval van verstekvonnis, reeds in de verzetsakte gedaan moet worden.

Blijft evenwel dat bevoegdheidsovereenkomsten door wils-overeenstemming tot stand komen. De door een scheepseigenaar en/of zeevervoerder in cognossement bedongen standaardvoorwaarden gelden enkel in diens contractuele relatie met de inlader met wie de vervoerovereenkomst gesloten werd. Ze kunnen niet tegengeworpen worden aan de derde-cognossementhouder. Het cognossement is een verhandelbare titel, afgeleverd aan de inlader die hem op zijn beurt overdraagt aan een derde, die als houder van het document het recht krijgt op de afgifte van de vervoerde goederen. Door de verkrijging van het cognossement, volgt de derdehouder de inlader niet op in diens rechten en verplichtingen (Cass., 18 september 1987, *T.B.H.*, 1988, 376, met noot J.L.). Ten aanzien van de scheepseigenaar/zeevervoerder beschikt hij uit het cognossement over een eigen, autonoom recht, dat losstaat van de rechten van de inlader, namelijk het recht op afgifte van de vervoerde en in cognossement vermelde goederen (artikel 89 Zeewet). Die autonomie blijkt uit het feit dat de bescherming van artikel 91 Zeewet enkel geldt voor een derde-houder.

Dientengevolge beweren appellanten ten onrechte dat geïntimeerden, door aanbidding van het cognossement in de haven van bestemming, tot alle bepalingen van het cognossement toegetreden zijn. De aanbidding betrof immers niets anders dan de uitoefening van hun autonoom recht op afgifte. Van een cessie van schuldvordering kan daarbij geen sprake zijn, evenmin als van een beding ten gunste van een derde.

Even onterecht stellen appellanten dat de bevoegdheidsclausule waarvan sprake «inherent deel uitmaakt van de koopverkoopovereenkomst, en derhalve met de eigendom van de goederen is overgedragen». Het cognossement wordt immers uitgegeven krachtens een voorafbestaand vervoercontract, niet krachtens enig koopverkoopcontract.

Uit het voorgaande en tevens uit artikel 635, 3°, Gerechtelijk Wetboek volgt dat de buitenlandse scheepseigenaar/zeevervoerder door de derdehouder steeds voor de Belgische rechtbanken gedagvaard kan worden met betrekking tot elk maritiem vervoer vanuit of naar een Belgische haven, zoals te dezen.

4. Het staat vast dat de kapitein de afgifte van de goederen geweigerd heeft zolang de binnenboordkosten niet door de geïntimeerden betaald werden. Het hun door artikel 89 Zeewet toegekende recht «om zich de lading door de kapitein te doen afleveren» putten geïntimeerden wel degelijk uit het cognossement, zodat hun vordering, in strijd met wat de appellanten beweren, wel degelijk als een cognossementsvordering aangemerkt moet worden.

5. Benadrukkend dat tussen hen en de geïntimeerden geen enkel contractueel verband bestaat, betwisten appellanten de onontvankelijkheid van de vordering wegens ontstentenis van belang.

Ook die exceptie is ongegrond.

Uit de overgelegde stukken blijkt dat de kapitein op 5 en 8 december 1990 toelating verleend heeft aan de scheepsagent «Agencia Maritima Cargonave Ltda.» om de cognossementen in zijn naam te tekenen en het staat vast dat deze laatste ze daadwerkelijk in zijn naam uitgegeven en getekend heeft («signed for the master»).

Tevergeefs werpen appellanten op dat zij hun schip bij «Time Charter»-contract van 8 juni 1989 in tijdsbevrachting aan «Bulk Trade and Transport Inc.» (BTT) vervoeracht hadden en dat de cognossementen, die van deze laatste uitgegaan zijn, BTT als zeevervoerder aanwijzen en geen melding maken van de eigenaar van het schip.

De regel van de gebondenheid van de scheepseigenaar door contracten (juridische daden) die de kapitein sluit, hoort niet thuis in het verbintenissenrecht, evenmin als de regel van de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar voor quasi-delictuele fouten (materiële daden) van de kapitein thuis hoort in het zakenrecht. Beide regels zijn immers vastgelegd in artikel 46, § 2, van de Zeewet. Zij gelden zelfs wanneer de eigenaar zijn schip vervoeracht heeft en zelfs wanneer de kapitein onder het bevel van de vervoerder-bevrachter staat.

Op grond van artikel 59 van de Zeewet wordt een cognossement altijd geacht door de kapitein uitgegeven te zijn, ook wanneer dit in feite het geval niet is. Zelfs wanneer de kapitein het cognossement tekent voor een vervoerder-bevrachter en zelfs wanneer het cognossement door deze laatste uitgegeven en door diens agent ondertekend wordt, kan de derde-houder op grond van artikel 46 Zeewet een op artikel 89 Zeewet gebaseerde vordering instellen tegen de scheepseigenaar.

Vruchteloos pogen appellanten het derde-houderschap van geïntimeerden in twijfel te trekken. Nu zij in de cognossementen niet als inlader vermeld worden, moeten geïntimeerden wel degelijk als derde-cognossementshouder aangemerkt worden. De overeenkomst van tijdsbevrachting is hun volkomen vreemd zodat de omstandigheid dat de cognossementen door de bevrachter uitgegeven zijn, zeker niet wegneemt dat de appellanten als scheepseigenaar jegens geïntimeerden voor stoornis in de aflevering aansprakelijk zijn.

Om dezelfde reden doen appellanten vruchteloos gelden dat artikel 46 Zeewet niet van openbare orde is en dat het de scheepseigenaar vrijstaat de werking ervan in bevrachtingsovereenkomst uit te schakelen. Ongeacht de wijze van bevrachting kan zulk een beding in de bevrachtingsovereenkomst geen enkel gevolg sorteren ten aanzien van een derde-cognossementshouder.

6. Ten onrechte stellen appellanten dat geïntimeerden niet bewijzen de gevorderde bedragen betaald te hebben en dat niet vast staat aan wie betaald werd.

...

7. Appellanten benadrukken dat zowel in artikel 91, als in artikel 46 van de Zeewet, enkel sprake is van manco's en averijkosten, doch niet van de lossingskosten. Zij beroepen zich op de contractuele clausules van het cognossement en de charterpartij die volgens hen alle lossingskosten ten laste leggen van de ontvangers en zij verwijten de eerste rechter dat deze de «binnenboordkosten» ten laste van de zeevervoerder hield.

Lossing mag evenwel niet verward worden met aflevering. Met de averijvordering uit artikel 91 Zeewet staat de

vordering tot aflevering gelijk (Cass., 16 februari 1950, *R. W.*, 1949-50, 1269). Aflevering veronderstelt materiële terhandstelling. Enkel de aflevering maakt een einde aan het bijzonder stelsel van artikel 91 Zeewet. Zij doet zich pas voor op het ogenblik dat de ontvanger de uit het schip opgetilde en onder takel op de kaai neergelaten goederen vastgrijpt of op het ogenblik dat de goederen over de reling komen.

Daaruit volgt dat de onder artikel 20 van de cognossementsvoorwaarden bedongen lossingskosten ten aanzien van derde-houders geen betrekking kunnen hebben op de lossingskosten van ruim naar reling.

Overigens is het cognossement geen tussen vervoerder en ontvanger gesloten overeenkomst. Het kan geen bedingen bevatten in het voordeel of het nadeel van deze laatste. In zijn geheel gelezen blijkt artikel 20 van de cognossementsvoorwaarden ook geen latere lossingskosten ten laste van de ontvanger te leggen dan die vanaf de reling tot de kade en dienaangaande maakt het Hof de oordeelkundige redenen van het bestreden vonnis tot de zijne. Artikel 20 bepaalt ook niet dat de goederen in het scheepsruim afgeleverd worden.

8. Het door appellanten geuit vermoeden dat geïntimeerden de goederen «free in - free out» aankochten en zich daarbij verbonden om «alle» kosten ten laste te nemen, is blijkens de overgelegde aankoopfacturen volstrekt ongegrond.

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER – 24 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Verstreken

Raadsheren: de hh. Dirix en Mertens de Wilmars

Advocaten: mrs. Roosendaal en Cornette

Zeevervoer – Art. 91 Zeewet – Container – Vervoer aan dek – Geen vermelding van deklading in cognossement

De zeevervoerder die nalaat het feit van het dekvervoer in het cognossement te vermelden, ook al betreft het containers aan boord van een daartoe uitgerust schip, handelt foutief ten aanzien van de derde-cognossementhouder en kan geen beroep doen op de exonaties en beperkingen van aansprakelijkheid uit art. 91 Zeewet.

D. e.a. t/ S.

Overwegende dat de averijvordering betrekking heeft op het verlies van twee containers uit een partij van vier 40 FT containers met «polyvinylidene fluoride» vervoerd van Antwerpen naar New York aan boord van het ms. 'OOCL Europe V', eigendom van eerste geïntimeerde en waarvoor tweede geïntimeerde optreedt als 'managing company', onder cognossement nr. 015050 uitgegeven te Antwerpen op 23 januari 1990; dat het cognossement niet vermeldt dat de containers met toestemming van de inlader aan dek werden gestuwd; dat de cognossementsvoorwaarden elk een clausule bevatten luidens welke de containers zullen worden vervoerd op of onder dek zonder verwittiging van de inlader (art. 12); dat tijdens de stormen van januari 1990, nl. tussen 25 en 31

januari op de Atlantische Oceaan een aantal containers waaronder de twee hier aan de orde zijnde containers die bovendecks waren gestuwd, worden losgeslagen (cf. Statement of facts); dat de schade begroot wordt op 340.318, 40 USD;

...
Overwegende dat appellanten de scheepseigenaar voor dit verlies aansprakelijk stellen; dat samengevat appellanten betogen dat de containers aan dek werden vervoerd en dit niet gebeurde met instemming van de inladers, in ieder geval zulks niet werd vermeld op het cognossement; dat door aldus te handelen de derde-houder van het cognossement werd misleid; dat dientengevolge, nog steeds volgens appellanten, de zeevervoerder zich niet kan beroepen op de onthefingsgronden en beperkingen uit art. 91 Zeewet;

...
Overwegende dat geïntimeerde, hierin gevolgd door de eerste rechter van oordeel is dat voor de invulling van het begrip «deklading» rekening dient te worden gehouden met de evolutie in de scheepvaart, met name het gebruik van containerschepen waarbij de laadkisten niet enkel in het ruim maar ook bovendecks worden gestapeld (cf. O. Gossieaux, «Deklading en de art. 66 en 91 Zeewet», *R.W.*, 1992-93, 213 e.v.; J. Van Doosselaere, «Het internationaal containervervoer», *Liber amicorum L. Tricot*, 537 e.v.); dat bij dergelijke schepen de deklading deel uitmaakt van het ruim van het schip; dat deze wijze van vervoer van containers algemeen gebruikelijk is geworden en een dergelijke stuwing op het dek van speciaal daartoe geconcipeerde schepen geen uitdrukkelijke toestemming van de inlader of een vermelding ophet cognossement behoeft; dat de «klassieke Belgische» interpretatie die enkel kan gelden voor conventionele ladingen aan boord van conventionele schepen, te dezen onhoudbaar is en geen steun vindt in de ons omringende landen; (...)

Overwegende dat appellanten terecht betogen dat art. 91 Zeewet uitdrukkelijk de lading die feitelijk vervoerd wordt aan dek en waarvan melding wordt gemaakt in het cognossement, uit haar toepassingsgebied weert; dat, wanneer de zeevervoerder nalaat het feit van het dekvervoer in het cognossement te vermelden, zulks beschouwd moet worden als een fout; dat alsdan op hem een vermoeden van aansprakelijkheid rust en de zeevervoerder evenmin een beroep kan doen op de exoneraties en beperkingen van aansprakelijkheid uit art. 91 Zeewet;

Overwegende dat het stuwten van de onderhavige containers onmiskenbaar als een «deklading» moet worden beschouwd; dat door een dergelijke stuwing de goederen aan zwaardere vervoersrisico's zijn onderworpen dan wanneer zij onderdecks worden vervoerd;

Overwegende dat het niet vermelden op het cognossement van het feit dat de containers niet in het laadruim worden vervoerd, tot gevolg heeft dat bij de derde-houder van het cognossement het vertrouwen wordt gewekt dat de goederen niet zijn blootgesteld aan de bijzondere risico's, die het gevolg zijn van het niet laden in het ruim van het schip;

Overwegende dat dientengevolge de zeevervoerder die nalaat het feit van het dekvervoer in het cognossement te vermelden ten aanzien van de derde-cognossementshouder foutief handelt en geen beroep kan doen op de exoneraties en beperkingen van aansprakelijkheid uit art. 91 Zeewet (cf. Cass., 25 mei 1979, *R.H.A.*, 1979, 251); dat het laden aan dek van containers zonder uitdrukkelijke vermelding, een inbreuk oplevert van de Haagse regels (cf. Tetley, *Marine Car-*

go Claims, 644-645: «To carry containers without declaration to that effect on the bill of lading is a violation of the Hague and Hague/Visby Rules (...) and is a fundamental breach of contract»);

Overwegende dat geïntimeerde evenmin kan verwijzen naar de bedingen opgenomen op het cognossement; dat deze clausuleringen geen afbreuk kunnen doen aan de rechten die de derde-cognossementshouder uit art. 91 Zeewet kan putten; dat bovendien de uitgifte van een cognossement zonder vermelding dat de goederen op dek worden vervoerd, de derde-cognossementshouder verschalkt;

Overwegende ten overvloede dat de door geïntimeerde aangevoerde economische en verzekeringsmotieven niet overtuigend voorkomen; dat het buiten betwisting staat dat het containervervoer een grote uitbreiding heeft genomen en containerschepen – steeds met feitelijke dekverscheping – de continenten met elkaar verbinden op een veiliger wijze dan met conventionele schepen het geval is; dat, zoals door geïntimeerde wordt betoogd, deze evolutie tot gevolg heeft dat het aantal der schadegevallen afneemt en de vrachtprijzen en verzekeringspremies afnemen; dat deze statistische gegevens echter niet de zaak uitmaken van de ladingbelanghebbende wiens container bovendecks wordt vervoerd en die daardoor schade lijdt; dat, nogmaals, een stuwing op dek grotere vervoersrisico's oplevert dan in het laadruim; dat het daarom niet redelijk is de schadelijke gevolgen van de – schaars geworden – incidenten bij een dergelijk transport af te wentelen op de derde-cognossementshouder die niet op de hoogte is van deze wijze van stuwing en derhalve niet bedacht is op deze grotere vervoersrisico's en in de regel geen afdoende maatregelen heeft getroffen ter zake van het verzekeren van deze risico's;

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 3 FEBRUARI 1997

Voorzitter: mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Magerman en De Deyn
Advocaten: mrs. Vanschoebeke loco Tilleman en Thiers

Arbeidsovereenkomst – Concurrentiebeding – 1. Geldigheidsvoorwaarden – Nietigheid – Relatief – 2. Onmogelijkheid om de werkgever te schaden – 3. Werknemer – Schadevergoeding wegens concurrentiebeding – Grondslag – a. Brutoloon – b. Bedrijfsvoorheffing

1. Alleen de werknemer vermag de nietigheid op te werpen van een concurrentiebeding wegens het niet vervuld zijn van de geldigheidsvoorwaarden.

2. Tegen een vordering van de werknemer tot betaling van een compensatoire schadevergoeding wegens concurrentiebeding vermag de werkgever aan te tonen dat het de ex-werknemer niet mogelijk is hem nadeel te berokkenen.

3.a. Het brutoloon dat de grondslag vormt voor de compensatoire schadevergoeding voor de werknemer wegens concurrentiebeding, omvat alle krachtens de arbeidsovereenkomst verkregen voordelen.

b. Op de compensatoire schadevergoeding voor de werknemer wegens concurrentiebeding hoeft geen bedrijfsvoorheffing te worden ingehouden; zij behoort fiscaal tot de categorie diverse inkomsten.

N.V. B. t/ G.

1. Geïntimeerde treedt op 1 december 1979 als personeelschef in dienst van appellante.

2. Op 1 februari 1993 wordt tussen partijen een overeenkomst gesloten waarbij onder artikel 3 een concurrentiebeding wordt opgenomen.

3. Met brief van 28 maart 1994 zegt geïntimeerde de arbeidsovereenkomst op met een opzeggingstermijn van een halve maand, ingaande op 1 april 1994 en eindigend op 15 april 1994, waarmee appellante zich akkoord verklaart.

4. Met brief van 6 mei 1994 vordert geïntimeerde van appellante een forfaitaire compensatoire vergoeding gelijk aan zes maanden loon of 1.254.174 fr., daar appellante niet binnen 15 dagen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werkelijke toepassing van het concurrentiebeding heeft afgezien.

...

A. De geldigheid van het concurrentiebeding

Appellante werpt in de eerste plaats op dat het concurrentiebeding, opgenomen in de overeenkomst van 1 februari 1993, nietig is omdat het niet voldoet aan de geldigheidsvoorwaarde van artikel 65, § 2, vijfde lid, 1°, van de Arbeidsovereenkomstenwet nu het enkel de situatie beoogt van een bedrijvigheid soortgelijk aan de bedrijvigheid van appellante, en niet van een bedrijvigheid soortgelijk aan de bedrijvigheid die geïntimeerde bij appellante uitoefende.

Terecht merkt geïntimeerde op dat niet appellante maar enkel geïntimeerde zich op de ongeldigheid en dus nietigheid van het concurrentiebeding kan beroepen.

De geldigheidsvoorwaarden van het concurrentiebeding zijn immers ter bescherming van de belangen van de werknemer in artikel 65, § 2, vijfde lid, opgenomen, zodat de nietigheid ingevolge het niet vervuld zijn van de geldigheidsvoorwaarden slechts een relatieve nietigheid betreft die enkel door de werknemer kan worden ingeroepen (Cass., 2 mei 1988, *J.T.T.*, 1988, 281).

B. De toepasselijkheid van het concurrentiebeding

1. Appellante stelt dat het concurrentiebeding niet toepasselijk is daar geïntimeerde niet de mogelijkheid heeft appellante nadeel te berokkenen, nu hij, gelet op zijn specifieke functie bij appellante, geen kennis op industrieel of handelsgebied, eigen aan de onderneming, verworven heeft, zodat één der wezenlijke of toepassingsvoorwaarden van het concurrentiebeding, als gedefinieerd in artikel 65, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet, niet vervuld is.

Hoewel het hof meent dat de werkgever dit bij gelegenheid van de vordering van de werknemer tot betaling van de forfaitaire compensatoire vergoeding theoretisch kan opwerpen (de bepaling is immers in zijn voordeel; zie B. Massart, «De nietigheid van het niet-concurrentiebeding», *J.T.T.*, 1988, 433 e.v., inz. 435 onder V, A; zie ook H. Van Hoogenbemt in *Sociaal Recht: Niets dan uitdagingen*, red. W. van Eeckhoutte en M. Rigaux, nrs. 482 en 485), kan anderzijds niet worden ontkend dat zodanige opwerping (*te dezen*) op zijn minst merkwaardig is: (...)

Ten gronde, na kennis te hebben genomen van de uitvoerige verweermiddelen van beide partijen en van de stukken waarnaar zij verwijzen, is het hof, zoals de eerste rechter en zoals ook appellante zelf op 1 februari 1993, van oordeel dat geïntimeerde, door de specifieke functies die hij in de loop van zijn tewerkstelling heeft vervuld, wel degelijk kennis op industrieel of op handelsgebied, eigen aan de onderneming verworven heeft waardoor hij de mogelijkheid heeft appellante nadeel te berokkenen door deze kennis voor zichzelf of ten voordele van een concurrerend bedrijf aan te wenden.

...

Artikel 65, § 1, (spreekt) trouwens niet alleen over het aanwenden van kennis ten voordele van concurrerende ondernemingen, maar ook voor zichzelf.

2. Appellante tracht eveneens een argument te putten uit de in de overeenkomst van 1 februari 1993 gebruikte woorden «bij eventuele beëindiging van de arbeidsovereenkomst», die volgens appellante in strijd zijn met de bepaling van artikel 65, § 2, negende lid, Arbeidsovereenkomstenwet.

Bij nalezing van de tekst van de overeenkomst dient het hof vast te stellen dat bedoeld zinsdeel niets meer en niets minder is dan een andere uitdrukking voor de woorden «bij zijn vertrek uit de onderneming» als gebezigd in de definitie van «concurrentiebeding» in artikel 65, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Het laat vanzelfsprekend de toepassing van artikel 65, § 2, negende lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet onverlet.

C. De opeisbaarheid van de forfaitaire compensatoire vergoeding

Ten slotte betoogt appellante dat geïntimeerde niet gerechtigd is de forfaitaire compensatoire vergoeding van appellante op te eisen, aangezien geïntimeerde misbruik heeft gemaakt van zijn positie als personeelschef door appellante te verzwijgen dat zij binnen vijftien dagen na de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst afstand diende te doen van de toepassing van het concurrentiebeding, terwijl hijzelf, nog tijdens zijn opzeggingstermijn, voor een andere werknemer wel – doch heimelijk – namens appellante afstand van de toepassing van het concurrentiebeding heeft gedaan.

Ook hierin kan het hof appellante niet volgen.

...

Enig misbruik van recht is niet aangetoond.

D. De forfaitaire compensatoire vergoeding

a) de berekening

Luidens artikel 65, § 2, zesde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bedraagt het minimumbedrag van de vergoeding de helft van het brutoloon van de werkmán dat overeenstemt met de toepassingsduur van het beding (in casu dus zes maanden).

Appellante is van mening dat de jaareinde premie en het dubbele vakantiegeld derhalve niet in rekening mogen worden gebracht, zij verwijst naar rechtspraak van de Arbeidsrechtbank te Namen inzake de C.A.O. betreffende de vastheid van betrekking, gesloten in het paritair Comité 306 voor het verzekeringswezen, in dezelfde zin.

Het hof verwijst naar zijn rechtspraak in diezelfde materie maar in de tegenovergestelde zin, door geïntimeerde voorgelegd (Arbh., Antwerpen, 3 juni 1996, A.R. 116/95).

Het hof interpreteert het woord «brutoloon» in de gebruikelijke zin van het woord in het raam van de diverse vergoedingen bij gelegenheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals de opzeggingsvergoeding (art. 39, § 2, tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet) en de uitwinningsvergoeding (art. 101, vijfde lid, Arbeidsovereenkomstenwet, bij wet van 17 juli 1985 toegevoegd, nog vóór het Hof van Cassatie met zijn arrest van 28 april 1986, *R.W.*, 1986-87, 1350; *J.T.T.*, 1986, 347, met noot Wantiez, in dezelfde zin, een jarenlange discussie aldus had beslecht), nl. inclusief de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Geïntimeerde berekent derhalve de hem toekomende vergoeding correct op: $180.587 \text{ fr.} \times 13,89 \times 6/12 = 1.254.174 \text{ fr.}$

b) De S.Z.-bijdragen

Partijen zijn het blijkbaar beiden eens dat op de forfaitaire compensatoire vergoeding geen S.Z.-bijdragen verschuldigd zijn.

Het Hof stelt dan ook vast dat hieromtrent geen betwisting bestaat die partijen aan zijn oordeel onderwerpen.

c) De bedrijfsvoorheffing

Hierover zijn partijen het wel oneens en vragen zij een uitspraak van het hof.

Het hof is van mening dat de forfaitaire compensatoire vergoeding die de werkgever, wanneer hij niet binnen vijftien dagen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werkelijke toepassing van het concurrentiebeding heeft afgezien, zijn werknemer verschuldigd is, niet als een «beroepsinkomen» in de zin van artikel 31, tweede lid, 3°, W.I.B./1992, zijnde een vergoeding verkregen uit hoofde of naar aanleiding van het stopzetten van de arbeid of het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, maar als een «divers inkomen» in de zin van artikel 90, 1°, van het W.I.B./1992, zijnde een winst of baat, hoe dan ook genaamd, die, zelfs occasioneel of toevallig, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, voortkomt uit enige prestatie, verrichting of speculatie of uit diensten bewezen aan derden, te beschouwen is.

Anders dan een beëindigingsvergoeding zoals de opzeggingsvergoeding of de uitwinningsvergoeding, wordt zij immers niet uitgekeerd wegens de uitgeoefende beroepswerkzaamheid, maar wel als vergoeding voor de afstand van het persoonlijk recht om, gedurende een bepaalde periode en in een geografisch beperkt gebied, een bepaalde beroepswerkzaamheid uit te oefenen.

Zij is een occasionele vergoeding, want afhankelijk van een occasionele mededeling van de werkgever binnen vijftien dagen na het einde van de arbeidsovereenkomst, voor een verbintenis om de vroeger uitgeoefende beroepswerkzaamheid tijdelijk en in een bepaald gebied niet uit te oefenen.

In die zin komt zij, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, weliswaar voort uit een uitgeoefende beroepswerkzaamheid.

In dezelfde zin oordeelde het Hof van Cassatie in verband met een vergelijkbare vergoeding, nl. de vergoeding betaald aan een gedelegeerd bestuurder in ruil voor zijn verbintenis, bij gelegenheid van de verkoop en de overdracht van de activa van de vennootschap, om geen concurrerende activiteit uit te oefenen (Cass., 17 februari 1989, *A.C.*, 1988-89, nr. 343).

Het Hof is dan ook van oordeel dat van de forfaitaire compensatoire vergoeding geen bedrijfsvoorheffing moet worden afgehouden.

d) De interest

Daar enerzijds partijen het eens zijn dat geen socialezekerheidsbijdragen verschuldigd zijn (cf. sub b) en anderzijds het hof beslist heeft dat geen bedrijfsvoorheffing moet worden afgehouden (cf. sub c), dient appellante interest te betalen op het brutobedrag.

Appellante vordert moratoire interest vanaf 6 mei 1994, de datum van de eerste aanmaning en vervolgens gerechtelijke interest vanaf 5 oktober 1994, datum van de dagvaarding.

Deze kunnen worden toegekend.

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

16e KAMER – 3 JUNI 1996

Voorzitter: de h. Buyse

Openbaar ministerie: de h. Lutters

Advocaten: mrs. Vermeire en Van De Velde

Jacht – 1. Vogelvangst – Beschermde vogels – 2. Vrijlating van gevangen vogels

1. Het K.B. van 9 september 1981 betreffende de bescherming van vogels in het Vlaams Gewest is toepasselijk op alle vogels behorende tot een van de op het Europese grondgebied van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen in het wild voorkomende vogelsoorten.

Die tekst is ruim en vereist niet dat de vogels onafgebroken op het Europese grondgebied verblijven. Voldoende is dat het voorkomen ervan geen toevalligheid of geen eenmaligheid uitmaakt.

2. De onmiddellijke vrijlating van de in strijd met de wettelijke bepalingen gevangen vogels, voorgeschreven door art. 10 van vermeld K.B., mag niet letterlijk worden geïnterpreteerd, en betekent geenszins dat de vogels moeten worden losgelaten op de plaats waar ze werden aangetroffen en ongeacht hun fysieke toestand.

V.Z.W. H. t/ D.

Gezien de dagvaarding aan de gedaagde betekend;
Gezien de stukken van de bundel;
Gelet op de vordering van de burgerlijke partij;
Gehoord het Openbaar Ministerie in zijn vordering;
Gehoord de gedaagde in zijn antwoorden en verdediging;
De behandeling en de debatten van de zaak hadden plaats in openbare terechtzitting;

Daaruit is ten genoegen van recht gebleken;

Omtrent de tenlastelegging A

Beklaagde vraagt de vrijspraak voor wat de woestijnvink betreft.

Het K.B. van 9 september 1981 is toepasselijk op alle vogels behorende tot een van de op het Europese grondgebied van de lidstaten van de Europese Gemeenschappen in het wild voorkomende vogelsoorten.

Die tekst is ruim en vereist in geen geval dat de vogels onafgebroken op het Europese grondgebied voorkomen. Volgende is dat ze op het Europese grondgebied van de lidstaten van de EEG voorkomen zolang dit voorkomen geen toevalligheid of eenmaligheid uitmaakt.

In casu is het zo dat uit het *Handbook of the Birds of Europe, the Middle East and North Africa. The Birds of the Western Palearctic, Volume VIII, Crows to Finches*, uitgeverij Oxford University Press 1994 (pagina's 754 tot 757), dat als een standaardwerk in dezen beschouwd mag worden, onbetwistbaar volgt dat de woestijnvink broedt in Zuid-Spanje en derhalve als een vogel, beschermd door het K.B. van 9 september 1981, dient te worden beschouwd.

Uit hetzelfde handboek volgt dat de Latijnse benamingen «Bucanetes githagineus» en «Rhodopechys githagineus» synoniemen zijn.

Volledigheidshalve moet vermeld worden dat het gegeven dat de woestijnvink ook voorkomt in de Canarische eilanden ter zake irrelevant is aangezien die eilandengroep staatkundig wel tot Spanje behoort maar geografisch deel uitmaakt van het Afrikaanse continent (wat dus niet als het 'Europees grondgebied' beschouwd kan worden).

Dat wordt bevestigd door de door de burgerlijke partij overgelegde stukken, namelijk *Petersons Vogelgids* en het handboek *Birds in Europe*. De woestijnvink wordt thans ook vermeld in de bijlage I van de Vogelrichtlijn zoals aangepast op 6 maart 1991 (ongeacht het gegeven dat deze richtlijn in dit specifiek geval niet bindend is).

De door beklagde overgelegde stukken doen daaraan geen afbreuk gelet op het gegeven dat de naslagwerken waarnaar hij verwijst duidelijk «populairder» zijn en in geen geval de wetenschappelijke diepgang hebben van het *Handbook of Birds of Europe, The Middle East and North Africa*.

De tenlastelagging A komt dan ook volledig bewezen voor.

...

Omtrent de burgerlijke-partijstelling

De vordering van de burgerlijke partij is ontvankelijk.

Haar nauwkeurig omschreven doelstelling (zie artikel 2 van de nieuwe statuten) dient een collectief groepsbelang dat als dusdanig van het «openbaar belang» onderscheiden dient te worden en dat het noodzakelijke eigen belang uitmaakt voor de burgerlijke partij zoals vereist in de artikelen 17-18 van het Gerechtelijk Wetboek. Te dezen blijkt daarenboven uit de overgelegde stukken dat de burgerlijke partij een duurzame en daadwerkelijke activiteit aan de dag legt om haar statutair doel te bewerken;

De morele schade dient begroot te worden op 1 frank.

...

De 'onmiddellijke vrijlating' mag niet te letterlijk worden genomen en betekent dus niet dat de vogels losgelaten moeten worden op de plaats waar ze aangetroffen worden, ongeacht de fysieke staat waarin ze zich bevinden.

Bijkomend is het zo dat de woestijnvinken voorkomen in Z.O. Spanje maar niet in België zodat het uiteraard onmogelijk was ze hier los te laten.

De reden waarom ze uiteindelijk in Tunis gelost werden, en niet in Z.O. Spanje, wordt afdoende uitgelegd door het gegeven dat de goedkoopste vlucht toevallig naar Tunis ging.

Beklaagde dient dus in te staan voor de noodzakelijke kosten gemaakt in afwachting dat de vogels terug in de vereiste fysieke conditie waren om in vrijheid gelaten te worden.

Het bedrag van 10 frank per vogel is eenzijdig bepaald door de burgerlijke partij zelf maar komt niet onredelijk over gelet op het feit dat daarin ook de (afschrijvings)kosten voor opmaak en onderhoud van de kooien begrepen zijn, kosten van verwarming en andere die wegens de aard ervan onmogelijk exact begroot kunnen worden.

...

In acht genomen de ruiperiode (tot acht weken), de noodzakelijke herstelperiode en het gegeven dat er hoe dan ook altijd tijd verloren gaat door administratieve verplichtingen is de rechtbank van oordeel dat een forfaitaire periode van 100 dagen in rekening gebracht kan worden.

NOOT – *De vrijlating van gevangen vogels*

1. De bovenstaande beslissing getuigt niet alleen van een degelijke ornithologische kennis, maar bovendien verraadt de behandelingswijze de vogelvriend die zich achter deze Brugse strafrechter schuilhoudt.

2. Luidens art. 10 van het K.B. van 9 september 1981 betreffende de bescherming van vogels in het Vlaams Gewest, moeten de vogels die in strijd met dit besluit worden gehouden, gevangen, vervoerd of gekocht *onmiddellijk* worden vrijgelaten.

3. Terecht wordt hier aangenomen dat de gezondheid van de vogels op de eerste plaats komt: zieke, verzwakte of gewonde vogels moeten worden verzorgd vooraleer ze in de natuur worden vrijgelaten. Vogels die in deze streken geen overlevingskansen hebben, moeten naar hun natuurlijk territoir worden teruggebracht.

4. De strafrechter heeft zich niet gehouden aan een wetelijke interpretatie van het K.B., maar heeft blijk gegeven van inzicht in deze problematiek en heeft zich laten inspireren door het welzijn van de dieren.

Qualis unusquisque intus est, taliter judicat exterius...

A. Vandeplas

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE KORTRIJK

KORT GEDING – 21 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Gyselinck

Advocaten: mrs. Sustronck, De Meulemeester, D'Halluin, Lievens en Dursin

Borgtocht en garantie – Bankgarantie op eerste verzoek – Afroep – Betalingsverbod – Kennelijk misbruik

De afroep van een garantie is niet onderworpen aan de voorwaarde dat de schuldvordering van de begunstigde onbetwistbaar of onbetwist is. Wanneer het eventueel misbruik of bedrog bij de afroep niet «zonneklaar» is, kan geen betalingsverbod worden opgelegd aan de garant. Bovendien dient het abusieve karakter van de afroep uitsluitend beoordeeld te worden uit het oogpunt van de garantieverhouding.

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

Op 9 oktober 1995 hebben de eisers de bedongen bankgarantie, afgeleverd door de eerste verweerster, aan de tweede verweerster bezorgd. Daarin staat dat ze werd gegeven: «tot zekerheid van de naleving van de garanties, respectievelijk verbintenissen die de verzoekers hebben verleend respectievelijk aangeaan (hierna te noemen de «Garanties» en «Verbintenissen») in de overeenkomst van aandelenoverdracht die zij 4 oktober 1995 met de begunstigde hebben gesloten». Bij deze bankgarantie heeft de eerste verweerster er zich «onherroepelijk en onvoorwaardelijk» toe verbonden «om bij elk beroep op de bankgarantie, binnen drie dagen, te rekenen vanaf de ter post afgestempelde datum van de aangetekende brief waarin dit beroep wordt geformuleerd, het in deze brief opgegeven bedrag te storten op een door de begunstigde aan te duiden rekening, zonder dat de gegrondheid van dit verzoek door de bank kan worden betwist. Deze verbintenis geldt voor elk beroep op de garantie, geformuleerd in een aangetekende brief waarvan de ter post afgestempelde datum zich situeert binnen de voormelde duurtijd van de bankgarantie.

Met aangetekend schrijven van 21 mei 1996 heeft de tweede verweerster jegens de eerste verweerster een beroep gedaan op voornoemde door haar verstrekte garantie tot beloop van 11.674.753 fr. Daarbij werd aan de bank een kopie meegedeeld van een auditverslag van de C.V. E. van 8 mei 1996, naar luid waarvan de eisers aan de tweede verweerster voornoemd bedrag verschuldigd zijn als vergoeding voor enkele vastgestelde inbreuken op de hierboven aangehaalde door de overdragers in de overdrachtsovereenkomst van 4 oktober 1995 gegeven garanties.

Met dagvaarding van 28 en 31 mei 1996 vorderen de eisers – overdragers van de aandelen – voor ons in kort geding dat wij de eerste verweerster als garantieverstrekken de bank verbod opleggen voornoemd bedrag van 11.674.753 fr. uit te betalen tot op het ogenblik dat de arbitragecommissie in voorkomend geval uitspraak zal hebben gedaan omtrent de gegrondheid van de aanspraken van de tweede verweerster, alsook dat wij beslissen dat de eerste verweerster persoonlijk aansprakelijk gesteld wordt mocht zij overgaan tot uitbetaling van het gevraagde bedrag in strijd met ons verbod. Jegens de tweede verweerster vragen de eisers de verbindendverklaring van onze beslissing.

De omstandigheid dat een scheidsrechterlijk beding voorkomt in de valutaovereenkomst houdt geen hinderpaal in voor de eisbaarheid van de garantie noch voor onze bevoegdheid een betaalverbod op te leggen (cf. E. Wymeersch, «Garanties op eerste verzoek», *T.P.R.*, 1986, 471, in bijz.: blz. 497, 3e lid).

Volgens de tweede verweerster betreft het hier een bankgarantie op eerste verzoek zoals blijkt uit de in de garantie zelf gebruikte bewoordingen («onherroepelijke en onvoorwaardelijke bankgarantie op eerste verzoek») en uit het feit dat de eerste verweerster zich ertoe verbonden heeft tot betaling over te gaan door eenvoudige afroep per aangetekend schrijven zonder noodzaak van bewijsstukken of enige voorwaarde. Dit wordt blijkbaar noch door de bank, noch door de opdrachtgevers betwist.

Om te slagen in hun vordering beweren de eisers dat te dezen niet voldaan is aan de formele vereisten m.b.t. de af-

roep op de garantie alsook dat de tweede verweerster kennelijk misbruik of bedrog pleegt bij de afroep.

1. Formele vereisten

De tweede verweerster wijst terecht op het feit dat de bank zich jegens haar ertoe verbonden heeft «om bij elk beroep op de bankgarantie, binnen drie dagen, te rekenen vanaf de ter post afgestempelde datum van de aangetekende brief waarin dit beroep wordt geformuleerd, het in deze brief opgegeven bedrag te storten op een door de begunstigde aan te duiden rekening, zonder dat de gegrondheid van dit verzoek door de bank kan worden betwist.»

Het voorgaande houdt in dat de betalingsverbintenis van de bank geenszins «afhankelijk» werd gesteld van enige oorfgaande of gelijktijdige kennisgeving aan de eisers zodat de aangetekende brief aan deze laatste, waarvan sprake in de bankgarantie, alleen tot doel heeft de eisers over de afroep in te lichten, waaraan de tweede verweerster voldaan heeft door aangetekend schrijven van 4 juni 1996, doch niet bedongen werd als «voorwaarde» voor de uitvoering van de door de bank gegeven garantie. In deze laatste staat niet dat de kennisgeving aan de eisers moest geschieden op dezelfde dag als de afroep jegens de bank.

De betrokken bank, die in de garantieverhouding moet nagaan of de formele vereisten van de afroep vervuld zijn en jegens wie de vordering in hoofddorde is ingesteld, verklaart zich overigens daaromtrent te gedragen naar onze wijsheid.

2. Kennelijk misbruik of bedrog

In het internationaal en nationaal handelsleven werd de behoefte aangevoeld aan garanties op eerste verzoek, waarbij – zonder dat er deponering van gelden als waarborg dient te geschieden – de begunstigde betalingen mag vorderen zonder nader onderzoek naar de merites van zijn vordering (cf. Uniform Rules of the ICC: Contract guarantees, p. 9; zie over de oorsprong en de ratio: L. Simont en A. Bruyneel, *Chronique de droit bancaire privé*, *Bank en Financieuzen*, 1980, 104; Käser, J., «Garantieverspreken als Sicherheit im Handelsverkehr», *Rabels Z.*, 1971, 602-619; Gavalda en Stoufflet, «La lettre de garantie internationale», *R.T.D.C.*, 1980, 1309; Vasseur, *Droit des affaires*, 1978-79, Fas VIII, p. 280 en noot D 1979, 263).

Het was derhalve de bedoeling de garantie te laten functioneren als instrument ter vervanging van het deposito-terzekerheid. De begunstigde moet enkel aantonen dat hij houder is van het garantierecht en dat hij wenst af te roepen (cf. *T.P.R.*, 1986, 488, laatste lid). Hiermee wordt vermeden dat de bank betaling weigert onder voorwendsel dat er betwistingen zijn nopens de geldigheid of uitvoering van de onderliggende verbintenissen. Deze verbintenis van de garant om te betalen zonder de gegrondheid te onderzoeken is overigens meestal determinerend voor het sluiten van de onderliggende overeenkomst. De tweede verweerster toont aan de hand van de garantiëbrief aan dat zij houdster is van een garantierecht alsook dat ze heeft afgeroepen. Er moet derhalve door de bank gevolg aan worden gegeven.

Het voorwerp van de garantie op eerste verzoek bestaat erin de betaling te verzekeren voor de gevallen dat betwistingen ontstaan uit de valutaverhouding. De bank moet betalen, zelfs wanneer de opdrachtgever beweert zijn verbintenissen te hebben uitgevoerd, aangezien de garantie er juist toe strekt de betwisting betreffende deze bewering te laten verlopen in een rechtsgeding waarin de bewijslast en de gehele proceduriële positie van de partijen wordt omgekeerd

in die zin dat «eerst» moet worden betaald en pas daarna kan worden betwist en teruggevorderd in een rechtsgeding ten gronde waarbij de bewijslast dan ligt bij de garantieverstrekker.

Het voorgaande houdt in dat geen enkele maatregel die ertoe strekt voornoemde afspraak tussen de partijen te frustreren, kan worden aanvaard (cf. noot Dirix onder Cass., 23 juni 1994, *R.W.*, 1994-95, 566, nr. 4, 2e lid).

Het gevaar van een niet gerechtvaardigde opvraging is inherent aan de techniek zelf van de autonome bankgarantie op eerste verzoek en kan dan ook niet een maatregel tot verbod van betaling, gebaseerd op het abusievelijk karakter van de opvraging, dat niet «zonneklaar» is, te verantwoorden (cf. Hof Brussel, 26 juni 1992, *T.B.H.*, 1994, 51). De afroep is derhalve niet onderworpen aan de voorwaarde dat de schuldvordering van de begunstigde van de garantie onbetwistbaar of onbetwist is (cf. Hof Brussel, 7 juni 1995, *R.W.*, 1995-96, 1239). Er anders over oordelen zou erop neerkomen dat het voldoende is allerlei betwistingen op te werpen zoals de tweede verweerster het te dezen doet, om de opschorting van de gegeven garantie, waardoor nochtans van stonde af het onderzoek naar de grond van de zaak werd uitgesloten, te bereiken en zodoende volledig van haar nut uit te hollen (cf. Brussel, 7 juni 1995, *R.W.*, 1995-96, 1239, in 't bijz. 1240, 2e kol., tweede lid). Dit zou leiden tot een miskennis van de fundamentele economische bedoeling van deze rechtsconstructie. Hierdoor zouden dergelijke garanties als juridisch instrument ter vervanging van het deposito-ter-verzekering volkomen waardeloos worden en dreigt het vertrouwen in de banken, die deze garantie verstrekken, in gevaar te komen (cf. noot Dirix onder Cass., 23 juni 1994, *R.W.*, 1994-95, 566, in fine van nr. 4).

Wanneer het eventueel misbruik of fraude van de afroep niet «zonneklaar» is, d.w.z. dat ze de ogen uitsteekt, kan geen verbod tot nakoming ervan worden verleend (cf. *Observations*, *T.B.H.*, 1994, 1133: «Si le caractère abusif ne crève pas les yeux» en verder: «Si ce caractère abusif ne ressort pas de manière évidente d'un premier examen sommaire de l'affaire»).

Het eventueel misbruik en/of fraude moet dan ook aanwijsbaar zijn op het gezicht, zonder ernstig onderzoek. Als dit niet het geval is en de vaststelling van het abusievelijk karakter van de afroep slechts het resultaat kan zijn van «niet liquide bewijsmiddelen», kan geen verbod via het kort geding verkregen worden. Zo een betwisting kan ontstaan over de vraag of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om de afroep al dan niet te verantwoorden, moet deze betwisting gevoegd worden bij de grond van het geschil tussen de begunstigde en de opdrachtgever en kan de rechter in kort geding niet optreden om de door de partijen «gewilde» en «bedoelde» onvoorwaardelijkheid van de garantie, d.i. «eerst betalen daarna claimen», te doorbreken (cf. E. Wymeersch, «Garanties op eerste verzoek», *T.P.R.*, 1986, (471): 499, 3e lid).

Bovendien mag het abusievelijk karakter van de afroep niet beoordeeld worden vanuit de onderliggende overeenkomst doch alleen met betrekking tot de garantieverhouding in die zin dat alleen als misbruik geldt: de afroep die andere «doeleinden» beoogt dan de goede uitvoering van de overeenkomst zelf, zoals bijvoorbeeld: politieke redenen, het oogmerk druk uit te oefenen om een «ander» voordeel dan de goede uitvoering van de overeenkomst te verkrijgen enz.

(cf. *Observations*, P. Lefebvre onder Hof Brussel, 26 juni 1992, *T.B.H.*, 1994, (57) 59, nr. 9).

Uit het enkele feit dat er een zekere tijd verlopen is tussen de overname van de aandelen en de afroep kan niet «wettelijk» (d.i. niet logisch) worden afgeleid dat de afroep «manifest» abusievelijk is aangezien de garantie gegeven werd tot 31 december 2000. Het verloop van tijd was derhalve als zodanig ingebouwd in de garantie zelf terwijl wat van stonde af door de partijen werd voorzien bezwaarlijk kan worden beschouwd als abnormaal in die zin dat daaruit al het abusievelijk karakter van de afroep zou moeten worden afgeleid. De tweede verweerster wist dat ze de tijd kon nemen om de nodige controle, vaststellingen en verificaties te laten doen door de door haar aangestelde bedrijfsrevisoren gelet op de termijn van de gegeven garantie. Garantie op eerste verzoek vereist geen voorafgaande ingebrekestelling noch gelijktijdig op gang brengen van een arbitrageprocedure.

Ook uit het feit dat er geen overeenstemming is tussen de huidige bevindingen van de C.V. E. en de twee auditverslagen die door deze laatste waren opgesteld vóór de overname op verzoek van de tweede verweerster volgt niet «zonneklaar» en «logisch» (dus wettelijk) dat er misbruik is bij de afroep gelet op het feit dat in het eerste auditverslag duidelijk werd vastgesteld dat de C.V. E. niet kon beschikken over alle nuttige documenten en informatie zodat er toen uitdrukkelijk voorbehoud werd gemaakt terwijl het tweede auditverslag vermeldt dat daartoe geen soortgelijke opdracht meer was gegeven of aangehouden en het beperkt was tot de overname van de cijfers van de eisers.

Indien het overigens de bedoeling geweest was bepaalde feiten uit de garantieplicht van de eerste verweerster te sluiten omdat ze door de tweede verweerster zouden zijn nage trokken door bepaalde auditverslagen, zou dit moeten blijken uit de garantieovereenkomst, wat niet het geval is. De auditverslagen zijn geen erkenning dat de gegevens van de eisers met de werkelijkheid overeenstemmen.

Eventuele prijsbepaling op grond van voornoemde auditverslagen is logisch als voorlopig referentiekader aangezien de tweede verweerster wist dat ze zou beschikken over een onherroepelijke bankgarantie om de door de eisers verstrekte gegevens te garanderen. Dit wijzigt evenwel niets aan het voorbehoud met betrekking tot de inhoud van voornoemde verslagen, zoals gemaakt door de C.V. noch aan de onherroepelijke garanties dat de verstrekte referentiegegevens met de werkelijkheid overeenstemmen. In tegenstelling tot de bewering van de eisers zijn de jaarrekeningen niet «ondertekend» ter «goedkeuring» ervan doch «geparafeerd» als «deel» uitmakend van de overeenkomst met haar garanties als referentiekader. Dit is uiteraard geen bewijs dat de jaarrekeningen door de tweede verweerster werden beschouwd als overeenstemmend met de werkelijkheid, in welk geval ze overigens geen behoefte zou hebben gehad aan de gevraagde garantie op eerste verzoek.

In de loop van de procedure gaven de eisers zelf toe dat ze de cijfers uit het auditverslag van de C.V. E. van 8 mei 1996 aan een verregaande controle wensten te onderwerpen. Hier toe moesten zij een beroep doen op een boekhouder, en een externe accountant, diende de behandeling van de zaak liefst 9 keer te worden uitgesteld en hadden de eisers uiteindelijk niet minder dan 40 blz. conclusie nodig, bol met cijfers en analyses met verwijzingen naar boekhoudkundige deskundigenverslagen, gevoegd in een dossier bewijsstukken dat 4

cm dik is, om aan te tonen dat de door hen beweerde en «onmiddellijk» te bewijzen fraude of misbruik van afroep «zonneklaar» is...

De boekhoudkundige verslagen voorgelegd door de eisers werden beantwoord met boekhoudkundige analyses van voornoemde C.V. E. via een even dik dossier bewijsstukken voor de eisers zodat niet «liquide» bewijsmiddelen nodig zijn gelet op de technische en boekhoudkundige aard van de aangewende middelen.

Uit het voorafgaande volgt dat de eisers moeilijk kunnen beweren dat fraude en/of kennelijk misbruik van de afroep op de door hen gegeven onherroepelijke garantie «zonneklaar» is en de ogen uitsteekt voor de bank of voor ons voldoende manifest is zodat wij overeenkomstig bovengenoemde rechtsleer en rechtspraak alsook de wil van de partijen zelf bij het aangaan van de overeenkomst en het verstrekken van de garantie, het gevraagde verbod niet kunnen toestaan.

De eisers zullen ten slotte de bedragen van 606.152 fr. en 2.660.941 fr. moeten terugvorderen voor de arbitragecommissie nu voor ons binnen het kader van deze summierere rechtspleging niet prima facie zeker is dat deze bedragen al in mindering van de koopprijs zijn gebracht zoals door de eisers wordt beweerd. Het «manifest» bewijs dat dit wel zo zou zijn volgt niet «wettelijk» (d.i. niet logisch) uit het enkele feit dat de tweede verweerster kennis had van deze bedragen bij het sluiten van de overeenkomst. Dit moet worden nagetrokken, grondig onderzocht, en «beslecht» binnen het kader van de rechtspleging ten gronde, wat luidens het arbitragebeding zelf moet geschieden binnen vier maanden en dus geen noemenswaardige termijn is.

De eisers hadden beter zo'n onherroepelijke bankgarantie niet verstrekt zo zij uitvoeringsmoeilijkheden bij de terugvordering van eventueel ongerechtvaardigde afroeping wensten uit te sluiten. Zoals hierboven is opgemerkt is het gevaar van een niet gerechtvaardigde opvraging immers inherent aan de techniek zelf van de autonome bankgarantie en kan ze niet een maatregel tot verbod van nakoming van de garantie, gebaseerd op het abusievelijk karakter van de opvraging, dat niet «zonneklaar» is, te verantwoorden (cf. Hof Brussel, 26 juni 1992, *T.B.H.*, 1994, 51). De tweede verweerster daarom veroordelen tot het verlenen van een bankgarantie van hetzelfde bedrag - 500.000 fr., zoals door de eisers subsidiair wordt gevraagd, zou strijdig zijn met de verbindenissen tussen de partijen.

VREDEGERECHT TE DEURNE

27 JANUARI 1995

Rechter: de h. Van Camp

Advocaten: mrs. Eliaerts loco Meeùs en Raymaekers

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Zaaishade – Geldelijke schadevergoeding – Gebeurtenissen na het schadegeval – Wijze van besteding van de verschuldigde schadevergoeding

Het terugplaatsen van de benadeelde in de toestand waarin hij zich bevond op het ogenblik van het schadegeval veronder-

stelt bij zaaishade niet de vervanging van het voertuig door de zorgen en het toedoen van degene die de schade veroorzaakte, maar wel de toekenning van een vergoeding in de vorm van een geldsom die de benadeelde in staat moet stellen zich een gelijkwaardig voertuig aan te schaffen ter vervanging van het verlies.

Op welke wijze de benadeelde het geld van de schadevergoeding zal besteden of niet zal besteden, is een latere gebeurtenis waarmee bij de begroting van de schadevergoeding geen rekening dient te worden gehouden, evenmin als met een prijsstijging of een prijsdaling die zich inmiddels zou voordoen.

N. t/ N.V. M.

Overwegende dat de vordering ertoe strekt verweerster te horen veroordelen te betalen aan eiser de som van 58.929 frank, te vermeerderen met de intresten, voor de schade van een aanrijding die plaats vond te Antwerpen-Deurne, Bisschoppenhoflaan d.d. 29 juni 1993.

De schade moet begroot en vergoed worden zonder rekening te houden met de gebeurtenissen die zich na het schadegeval hebben voorgedaan. (Cass., 13.12.1965, *Pas.*, 1966, I, 503).

De benadeelde partij moet teruggeplaatst worden in de toestand waarin hij zich bevond op het ogenblik van de inbreuk die aanleiding gaf tot het schadegeval. (Cass., 19.09.1966, *Pas.*, 1967, I, 73).

Het ongeval, zijnde de inbreuk die aanleiding gaf tot het schadegeval, had plaats op 29 juni 1993.

Het B.T.W.-stelsel bepaalde alsdan een tarief van 19,5% en, sedert de Wet van 25 mei 1993, volledig verschuldigd bij aankoop van een nieuwe wagen, en, bij aankoop van een tweedehandswagen verschuldigd op de winstmarge van de garage, dan wel, bij aankoop van een tweedehandswagen van een particulier niet verschuldigd.

De terugplaatsing in de toestand veronderstelt echter niet de vervanging van het voertuig door de zorgen en toedoen van diegene die de schade veroorzaakte, maar, door de begroting en de vergoeding in de vorm van een geldsom, die de benadeelde in staat moet stellen zich een gelijkwaardig voertuig aan te schaffen ter vervanging van het verlies.

Hoe en op welke wijze het slachtoffer vervolgens deze geldsom zal besteden, of zelfs niet zal besteden, is buiten kwestie.

Het probleem van de begroting van de schade wordt door partijen nu precies afhankelijk gesteld van de wijze waarop het slachtoffer het bedrag zal besteden in de toekomst.

In feite is dit irrelevant.

Ook de keuze op welke wijze het geld van de schadevergoeding zal worden besteed is een latere gebeurtenis waarmee, in de begroting, geen rekening dient gehouden, evenmin als met een prijsstijging of een prijsdaling die zich, en met betrekking tot de aankoop van een tweede voertuig, inmiddels zou voordoen.

Evenmin zou de dader van de inbreuk de schadevergoeding kunnen herleiden tot een lager bedrag, voorhoudend dat het slachtoffer gebruik heeft gemaakt (of kon maken) van een publiciteitscampagne waardoor hij een ernstige reductie kreeg bij de aanschaf van het tweede voertuig.

Het slachtoffer moet een vergoeding ontvangen die hem in staat stelt het verlorene te vervangen door het gelijkwaardige: *in casu* was het verlorene een nieuw voertuig waarvan

de waarde, op het ogenblik van de inbreuk, bepaald werd op Bfr. 220.712,-.

Het slachtoffer is gerechtigd op een vergoeding van Bfr. 220.712,-, vermeerderd met de, op dat ogenblik verschuldigde B.T.W. van 19,5%, teneinde zich een nieuw voertuig, gelijkwaardig aan het verlorene, en van die waarde te kunnen aanschaffen.

Er moet op dat ogenblik niet gespeculeerd worden over de wijze waarop het slachtoffer de schadevergoeding, waarop hij aldus gerechtigd is, zal besteden.

De verschuldigde B.T.W. beloopt dan ook Bfr. 43.039,-, verminderd met het reeds vergoede B.T.W.-bedrag van Bfr. 5.806,-, of Bfr. 37.233,-.

(...)

NOOT – Zie in dit nummer de bijdrage van A. Van Oevelen, «Enige beschouwingen bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de vergoedbaarheid van de B.T.W. als bestanddeel van de schade bij totaal verlies of beschadiging van voertuigen».

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 12 november 1996

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Zaaishade – B.T.W. – Vrije beschikking van de benadeelde over de hem verschuldigde schadevergoeding – Aankoop van vervangingsvoertuig waarop geen B.T.W. verschuldigd is – Veroordeling tot betaling van B.T.W.

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een vonnis van de correctionele rechtbank te Turnhout van 11 april 1996:

«Overwegende dat eiser slechts opkomt tegen de toekenning van 36.118 frank B.T.W. op de vervangingswaarde van het vernielde voertuig en de ermee verband houdende interesten;

Overwegende dat de benadeelde aan wie tengevolge van een onrechtmatige daad een zaak is ontnomen, recht heeft op herstel van zijn vermogen door teruggave van deze zaak; dat hij, wanneer teruggave niet mogelijk is, recht heeft op de vervangingswaarde van deze zaak, dit is op het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen;

Dat de benadeelde vrij beschikt over de hem toekomende schadevergoeding en het bedrag van de schadevergoeding niet mag verschillen naar het gebruik dat de benadeelde ervan zal maken;

Overwegende dat de schadevergoeding, wanneer de benadeelde geen B.T.W.-plichtige is en dus, overeenkomstig het Wetboek betreffende de belasting over de toegevoegde waarde, de belasting niet kan aftrekken of van de Staat kan terugkrijgen, de B.T.W. op de aankoop prijs van een gelijkaardige zaak, ten deze een auto, omvat;

Dat onverschillig is de omstandigheid dat de benadeelde, ingevolge zijn vrije beschikking over de hem toekomende schadevergoeding, deze niet gebruikt voor de vervanging van de vernielde auto door een nieuwe of ze gebruikt voor de vervanging door een tweedehands auto waarvoor bij de aan-

koop geen B.T.W. of slechts een B.T.W. over het verschil tussen de verkoopprijs en de inkoop prijs van de garagist verschuldigd is;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat niet tegenstrijdig is vast te stellen dat de niet B.T.W.-plichtige benadeelde een vervangingsvoertuig heeft aangekocht waarop geen B.T.W. verschuldigd is, en de verantwoordelijke niet-temin te veroordelen tot betaling van B.T.W.

(Voorzitter: de h. D'Hont, waarnemend voorzitter – Rapporteur: de h. Huybrechts – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers, advocaat-generaal – Advocaat: mr. Ramon – In de zaak: R./M.)

NOOT – Zie in dit nummer de bijdrage van A. Van Oevelen, «Enige beschouwingen bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de vergoedbaarheid van de B.T.W. als bestanddeel van de schade bij totaal verlies of beschadiging van voertuigen».

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 december 1996

Gemeentebelasting – Beslissing van de bestendige deputatie – Cassatieberoep – Vorm – Betekening aan wederpartij vereist

Het door de belastingplichtige tegen de twee bestreden beslissingen (Bestendige Deputatie West-Vlaanderen, 6 januari 1994) ingestelde cassatieberoep wordt om de volgende redenen niet-ontvankelijk verklaard.

«Overwegende dat de bestreden beslissingen uitspraak doen over aanslagen betreffende de economische entiteiten geheven door de gemeente Blankenberge;

«Overwegende dat, ingevolge artikel 7, tweede lid, van de wet van 23 december 1986 betreffende de invordering en de geschillen terzake van provinciale en plaatselijke heffingen, het cassatieberoep tegen de beslissing van de bestendige deputatie inzake gemeentelijke belastingen geregeld is zoals inzake rijksinkomstenbelastingen;

«Dat zulk een voorziening derhalve, krachtens artikel 289, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) en 388 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992), moet worden ingesteld door afgifte, ter griffie van de provincie, van een tot het Hof van Cassatie gericht en vooraf betekend verzoekschrift, alsmede van het exploit van de betekening, binnen drie maanden te rekenen vanaf de door de provinciegriffier bij een ter post aangetekende brief verrichte kennisgeving van de beslissing van de bestendige deputatie;

«Dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat de voorziening aan verweerster werd betekend;

«Dat de voorziening niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – In de zaak: N.V. O. t/ Stad Blankenberge)

NOOT – Zie in dit nummer de bijdrage van A. Van Oevelen, «Enige beschouwingen bij de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie omtrent de vergoedbaarheid van de B.T.W. als bestanddeel van de schade bij totaal verlies of beschadiging van voertuigen».

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 december 1996

Inkomstenbelastingen – Inkomsten uit roerende goederen – Bijzondere heffing – Ontheffing bij wederbelegging binnen wettelijke termijn – Wederbelegging belet door overmacht – Toekenning van aanvullende termijn

Het middel van de Belgische Staat tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 22 december 1995) wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat het arrest enerzijds vermeldt dat de tekst van artikel 42, § 3, van de wet van 28 december 1983 'klaarblijkelijk ervan uitgaat dat de belastingplichtige (in casu verweerster) over de gelden kon beschikken voor de wederbelegging die zij binnen een bepaalde termijn moest doen', en anderzijds vaststelt 'dat te dezen vaststaat en niet betwist wordt dat ten gevolge van een geschil geen van de erfgenamen (onder wie verweerster) kon beschikken over de gelden van de erfenis';

«Dat het arrest, door die vaststellingen en overwegingen, zonder voornoemd artikel 42, § 3, te schenden, zijn beslissing waarbij aan verweerster een termijn van een maand wordt toegekend voor de wederbelegging van de in voornoemd artikel bedoelde inkomsten verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Pîret – Advocaat: mr. Masset (voor verweerster) – In de zaak: Belgische Staat t/ D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 2 januari 1997

Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Progressieve aanslagvoet – Vaststelling – Salaris van personeel van internationale organisatie Eurocontrol niet in aanmerking te nemen

Het bestreden arrest (Hof Luik, 21 februari 1996) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat artikel 3, § 1, van het Additioneel Protocol van 6 juli 1970 bij het Internationaal Verdrag van 13 december 1960 tot samenwerking in het belang van de veiligheid van de luchtvaart 'Eurocontrol', gewijzigd bij artikel 1 van het bij de wet van 27 november 1980 goedgekeurd Protocol van 21 november 1978 onder meer bepaalt: 'De personeelsleden van de Organisatie (...) worden (...) onderworpen aan een belasting ten bate van de Organisatie op de hen door deze Organisatie betaalde salarissen en lonen (...). Vanaf de datum van toepassing van deze belasting worden de salarissen en lonen vrijgesteld van nationale belasting. De verdragsluitende Staten kunnen de aldus vrijgestelde salarissen en lonen echter in aanmerking nemen bij de vaststelling van de voor de overige inkomsten geldende belasting';

«Overwegende dat de Belgische wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die de laatste zin van voornoemd artikel 3, § 1, biedt en meer bepaald de wijze niet heeft vastgesteld waarop de door 'Eurocontrol' betaalde salarissen en lonen in aanmerking genomen worden bij de berekening van de voor de overige inkomsten geldende belasting;

'Overwegende dat artikel 87^{quater} van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), zoals het van toepassing was op de litigieuze aanslagjaren, weliswaar bepaalt: 'De inkomsten die zijn vrijgesteld krachtens internationale overeenkomsten ter voorkoming van dubbele belasting worden in rekening gebracht voor het bepalen van de belasting, maar deze wordt verminderd in evenredigheid met het gedeelte van de inkomsten die zijn vrijgesteld in het geheel van de inkomsten'; dat het met het voornoemde Additioneel Protocol aangevulde Internationaal Verdrag tot samenwerking in het belang van de veiligheid van de luchtvaart 'Eurocontrol' evenwel niet strekt tot voorkoming van dubbele belasting en derhalve niet behoort tot de in artikel 87^{quater} van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) bedoelde overeenkomsten; dat het arrest, nu het hierover anders beslist, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Kirkpatrick en De Bruyn – In de zaak: K. en L. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 2 januari 1997

Inkomstenbelastingen – Onroerende voorheffing – Vermindering van een vierde voor bescheiden woning – Definitief verlies van het voordeel zodra aan een van de ver-eisten niet meer voldaan is

Het bestreden arrest (Hof Luik, 23 februari 1996) wordt om de volgende redenen vernietigd.

«Overwegende dat artikel 257, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) bepaalt dat een vermindering van een vierde van de onroerende voorheffing wordt verleend in verband met de door de belastingplichtige volledige betrokken woning, wanneer het kadastraal inkomen van zijn gezamenlijke in België gelegen onroerende goederen niet meer bedraagt dan 30.000 frank;

«Dat artikel 260 van voornoemd wetboek bepaalt dat, wanneer de in artikel 257, 1°, vermelde grens van 30.000 frank wordt overschreden, de vermindering van een vierde niettemin behouden blijft voor de belastingplichtige die ze genoten heeft voor het aanslagjaar 1979, zolang 1° de belastingplichtige zijn woning volledig blijft betrekken, 2° het overschrijden van de grens van 30.000 frank uitsluitend het gevolg is van de algemene perikwatie van de kadastrale inkomens van toepassing met ingang van het aanslagjaar 1980, 3° het kadastraal inkomen van de gezamenlijke onroerende goederen van de belastingplichtige niet meer bedraagt dan 40.000 frank;

«Overwegende dat voornoemd artikel 260 bijgevolg heel strikte voorwaarden stelt opdat de eigenaar van een pand waarvan het kadastraal inkomen meer bedraagt dan 30.000 frank, de uitzonderlijke regeling die het invoert kan genieten en dat de wetgever het behoud van die vermindering enkel heeft willen waarborgen aan degenen die ze in 1979 genoten en dit voor zolang er geen wijziging intreedt in hun toestand;

«Dat, bijgevolg, de belastingplichtige, zodra één van die voorwaarden niet meer vervuld is, definitief het voordeel verliest van de voorkeurregeling die door voornoemd artikel 260 is ingevoerd;

«Dat het arrest, nu het de voorkeurregeling die door dat artikel wordt ingevoerd, op verweerder toepast voor het aanslagjaar 1992, ofschoon het vaststelt dat het kadastraal inkomen van de gezamenlijke onroerende goederen van verweerder van 1989 tot 1992 meer bedroeg dan 40.000 frank, de voornoemde artikelen 257, 1°, en 260 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992) schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – In de zaak: Belgische Staat t/ L.)

NOOT – Wegens een erfenis werd het gezamenlijk kadastraal inkomen in 1989 op 40.964 fr. gebracht. Het geërfde pand werd in juli 1991 verkocht, met als gevolg dat het kadastraal inkomen van de gezamenlijke onroerende goederen vanaf het aanslagjaar 1992 weer minder dan 40.000 fr. bedroeg.

BOEKEN

MIRJAM FERUDENTHAL, *Incassoprocedures*, Deventer, Kluwer, 1996, 391 pp.

Dit boek, dat als proefschrift werd verdedigd door de Nederlandse auteur Mirjam Freudenthal, handelt over incassoprocedures. Zodanige procedure wordt door de auteur gedefinieerd als «een gerechtelijke procedure ten overstaan van de overheidsrechter die (nagenoeg) uitsluitend gebruikt wordt om incassovorderingen in te stellen en te doen behandelen, en een executoriale titel te verkrijgen». Onder incassovorderingen verstaat de auteur «geldvorderingen van civielrechtelijke aard die niet, althans in redelijkheid niet, kunnen worden betwist».

De auteur gaat uit van de vaststelling dat er voor eenvoudige geldvorderingen in Nederland geen specifieke procesrechtelijke regeling bestaat. In dit werk wil de auteur een antwoord geven op de vraag of het wenselijk is om voor incassovorderingen een bijzondere, eenvoudige, snelle en goedkope rechtsgang te ontwikkelen, en indien hierop een positief antwoord wordt gegeven, hoe deze er dient uit te zien. Om een antwoord daarop te kunnen geven, heeft de auteur zowel empirisch als rechtsvergelijkend onderzoek verricht. Zo geeft zij een overzicht van het Duitse en Oostenrijkse Mahnverfahren, de Franse injonction de payer en het référé-provision en de Belgische summier rechtspleging om betaling te bevelen.

Daar de auteur na haar onderzoek concludeert dat de huidige Nederlandse wetgeving onvoldoende is ingericht om schuldeisers met incassovorderingen op eenvoudige, snelle en goedkope wijze een executoriale titel te verschaffen, schetst de auteur ten slotte een opzet voor een wettelijke incassoprocedure.

Anja Varemán

Ph. COENRAETS, *Traité jurisprudentiel des associations sans but lucratif*, ced. Samsom, 1997, 254 pp.

Mr. Coenraets heeft de euvelde moed gehad een rechtspraakoverzicht uit te (laten) geven over de wet van 1921 met betrekking tot de v.z.w.'s. De opzet was en is tegelijk ambitieus en gericht. *Ambitieux* omdat de auteur poogt een overzicht te geven van meer dan 5 jaar rechtspraak, artikelsgewijze met als doel (wij citeren, p. 3) «...de débusquer, parmi plus de deux cents décisions recensées, ces grandes tendances fondamentales et les questions essentielles posées à l'occasion de l'application de la loi du 27 juin 1921».

Het werk is daarnaast *gericht* omdat het de rechtsleer volledig opzij schuift en tevens enkel de eerste 26 artikelen van de wet weergeeft. De bij wet van 13 april 1995 toegevoegde artikelen 26bis,

26tris, 26ter, 26quater, 26quinquies en 26septies met betrekking tot de opzet in een V.S.O. worden niet vermeld (al geven we toe dat hieromtrent voor zover bekend nog geen rechtspraak bestaat).

De auteur gebruikt hoofdzakelijk de volgende *methodiek*: a) weergave van de tekst van het artikel van de v.z.w.-wet (telkens één artikel); b) een korte commentaar van de auteur over de stand van zaken en diverse nuances in de rechtspraak met betrekking tot dit artikel met verwijzing naar de rechtspraak en c) een weergave van de belangrijkste rechtspraak daarover. Het werk bevat handige registers zoals een chronologisch rechtspraakregister, een verwijzing naar de pagina's per onderwerp (doch niet per artikel).

Het initiatief van Coenraets is o.i. verdienstelijk en mooi. Het is vergelijkbaar (doch enger qua opzet) met het mooie werk dat Dirk Van Gerven reeds enkele jaren neerzet in T.R.V. Het is bruikbaar voor de practicus die regelmatig met deze problemen te maken heeft. Voor een volgende uitgave geven we alvast enige (*opbouwende*) suggesties mee voor de auteur: meer Nederlandstalig gebruik (slechts 6 vonnissen of arresten in het Nederlands zijn weergegeven), invoeging van de aangepaste wetteksten (anno 1997 o.i. een must), meer duidelijke visuele onderverdeling van de verschillende deelelementen in de commentaar, ofwel volledig weglaten van eigen stellingen die ook rechtsleer uitmaken en wel hier en daar zijn opgenomen (bv. p. 123 midden) ofwel alle opinies van de rechtsleer opnemen, opname van een inhoudstafel achteraan die verwijst naar de pagina waarop de commentaar voor een artikel begint, eliminatie van taalfouten o.a. splitsings- en spellingsfouten in het Nederlands (bv. p. 33) en vooral opname van alle belangrijke rechtspraak. Bij dit laatste geven we één voorbeeld op basis van artikel 26, een van de meest toegepaste artikelen uit de v.z.w.-wet sinds de laatste 25 jaar. De auteur stelt met betrekking tot de passieve betekenis van de niet-tegenwerpbaarheid van de rechtspersoonlijkheid dat derden «...peuvent également, au choix, décider d'assigner individuellement les membres de l'association irrégulière» tgo. artikel 9, 10 en 11; het valt ons te betreuren dat de rechtspraak die hieromtrent door rechtsleer als gezaghebbend wordt gepositioneerd niet direct wordt geciteerd of weergegeven en die dit principe trouwens impliciet of expliciet in twijfel trekt.

De uitgever komt met een Nederlandstalige versie op de markt midden 1997.

D. Coeckelbergh

M.A.M.C. VAN DEN BERG en C.E.C. JANSSEN (red.), *De ontwerpende Bouwer*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, 277 pp.

Zoals de titel laat vermoeden, gaat dit werk in op de uit de Anglo-Amerikaanse bouwwereld naar Nederland overwaaiende tendens waarbij de opdrachtgever zowel het ontwerp als de uitvoering van een bepaald bouwproject toevertrouwt aan één contractspartij, de zgn. ontwerpende bouwer. Dergelijke contracten worden meestal aangeduid onder hun Engelse benaming «turnkey contracts» of «design and build contracts». Meteen is ook duidelijk dat de traditionele bouw driehoek tussen de opdrachtgever-bouweheer, de aan-nemer-uitvoerder en de architect-ontwerper wordt doorbroken.

Een dergelijke evolutie blijft uiteraard niet zonder gevolgen. Het behoeft geen betoog dat zich ten opzichte van het klassieke bouwproces een herverdeling van taken en bevoegdheden zal voordoen en dat dit zich op juridisch niveau zal vertalen naar een nieuwe vraagstelling inzake de verdeling van aansprakelijkheden en risico's. Op deze problematiek poogt het boek een eerste, voorzichtig antwoord te bieden.

Het boeiende hierbij is dat de wetenschap en de bouwpraktijk de handen in elkaar hebben geslagen. Meer bepaald werden diverse juristen die in verscheidene segmenten van de bouwwereld actief zijn, uitgenodigd om op de academische uiteenzettingen van mr. C.E.C. Janssen en prof. mr. M.A.M.C. van den Berg «praktische commentaren» te leveren. Dit alles resulteerde in een interessante discussie. De jurist die optreedt voor de opdrachtgever, heeft immers niet noodzakelijk dezelfde visie op de zaak als de jurist die spreekt in naam van de ontwerpende bouwer. Bovendien heeft ook de architect, evenals de verzekeraar, een eigen kijk op deze tendens.

Uit elk van de bijdragen blijkt alvast dat zowel de academici als de practici het erover eens zijn dat er voor de zgn. turnkeycontracten vooralsnog geen sluitende definitie voorhanden is. Dit heeft vol-

gens Jansen alles te maken met het feit dat we hier te maken hebben met een concept dat ook in de bouwpraktijk nog in volle ontwikkeling is, zodat iedereen aan het begrip inhoud geeft volgens zijn eigen inzichten. Wel loopt door alle definities een rode draad: een opdrachtgever wil een bepaald bouwproject gerealiseerd zien en stapt hiermee naar een «bouwer» die dan de taak krijgt deze ideeën verder uit te werken en ook te realiseren. Naarmate de opdrachtgever een scherper beeld heeft van zijn verwachtingspatroon zal hij zichzelf meer bevoegdheden toeëigenen, maar zullen hem ook meer taken kunnen worden opgelegd. Op basis van die variabele invloed van de opdrachtgever in het bouwproces spreekt Jansen van een «glijdende schaal». Hierbij zit op het ene uiterste de opdrachtgever die volledig passief blijft bij het ontwerp van zijn bouwproject (het Bahamamodel), en op het andere uiterste de opdrachtgever die een heel gedetailleerd plan aan de bouwer voorlegt (zoals in het klassieke bouwproces).

Op basis van die glijdende schaal bouwt Van den Berg vervolgens een systeem van risico- en aansprakelijkheidsverdeling tussen de opdrachtgever en de bouwer uit. Zijn uitgangspunt hierbij is het (theoretische) Bahamamodel waarbij de bouwer voor het geheel van de opdracht een resultaatsverbindeus zou dragen. Naarmate de opdrachtgever meer invloed op het bouwproces uitoefent, kan dit karakter dan worden afgezwakt. Van den Berg geeft echter zelf aan dat hij met deze visie afwijkt van de zgn. knip van Goudsmit. Hierbij wordt een scheiding gemaakt tussen het ontwerpgedeelte van de opdracht, dat het karakter van een inspanningsverbindeus zou hebben, en het uitvoeringsgedeelte, dat een resultaatsverbindeus zou inhouden. Uit de commentaren blijkt duidelijk dat naargelang de belangen van de opdrachtgever dan wel die van de bouwer op het spel staan, wordt geopteerd voor de visie Van den Berg dan wel voor de visie Goudsmit. De in de rechtsleer bestaande controverse vindt bijgevolg duidelijk gehoor in de praktijk. De problematiek van de aansprakelijkheid van de bouwer wordt ten slotte ook kort benaderd vanuit de invalshoek van de traditionele ontwerper, nl. de architect. Wat hierbij het meest in het oog springt, is dat het verschil in opvatting tussen Van den Berg en Goudsmit als minder groot wordt afgedaan dan ze zelf doet vermoeden. Het antwoord van de verzekeraar op deze discussie is een vraag naar eensgezindheid ten opzichte van de onderlinge rechtsverhoudingen. Dit vormt immers een noodzakelijke voorwaarde om het risico te kunnen beoordelen en daaraan een adequate dekking en premie te verbinden.

Hoewel het werk geschreven is vanuit de situatie van de Nederlandse bouwpraktijk en de juridische verschillen met de Belgische bouwwereld op diverse vlakken zeer scherp zijn (omdat onder meer de integratie van ontwerp en uitvoering indruist tegen ons gevoel van openbare orde), is dit boek ook voor de Belgische «bouwjurist» een aanrader. Ook wij mogen het verschijnsel van de turnkeycontracten niet uit het oog verliezen, te meer daar het steeds meer de economische realiteit in onze buurlanden (Nederland, Duitsland en Frankrijk) vormt. Anders dreigen we een afgezonderd eilandje te worden in het Europa zonder grenzen, al klinkt dit laatste als een cliché.

Elise Degroote

S. STIJNS, De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, 706 pp.

Dit werk is de handelseditie van het doctoraal proefschrift dat de auteur in juni 1993 aan de K.U. Leuven verdedigd heeft.

Het is het eerste in de Belgische rechtsliteratuur dat op systematische wijze de ontbinding van overeenkomsten onderzoekt. Het is dan ook meteen uitgedroefd tot een standaardwerk zoals blijkt uit de al talrijke verwijzingen naar dit werk in diverse bijdragen van andere auteurs.

De uiteindelijke vraag van dit onderzoek is nog steeds actueel en voor de praktijk van bijzonder groot belang: beschikt de schuldeiser bij gebrek aan een uitdrukkelijk ontbindend beding over de mogelijkheid de overeenkomst op eenzijdige verklaring, zonder optreden van de rechter, te ontbinden wegens wanprestatie van zijn contractpartij? Wat kan de grondslag van een dergelijke «buitengerechtelijke ontbinding op wilsverklaring van de schuldeiser» zijn; in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden kan een dergelijk recht uitgeoefend worden?

In een *eerste deel* wordt de formulering van het ontbindingsrecht in art. 1184 B.W. onderzocht, evenals de plaats die de gerechtelijke ontbinding inneemt tussen de andere vormen van beëindiging van overeenkomsten. Een eerste voor de rechtspraak belangrijke vaststelling is dat de wetgever ten onrechte de in art. 1184 B.W. geregelde gerechtelijke ontbinding gekwalificeerd heeft als een «stilzwijgend ontbindende voorwaarde» (p. 37-42). Het wellicht meest in de praktijk veronachtzaamde verschilpunt tussen een ontbindende voorwaarde en een uitdrukkelijk ontbindend beding is dat de ontbinding nooit «van rechtswege», op de enkele grond van de wanprestatie van de andere partij, intreedt. De schuldeiser dient uitdrukking te geven aan zijn wil op het ontbindingsbeding een beroep te doen. De in de praktijk diep gewortelde opvatting dat een uitdrukkelijk ontbindend beding het voorafgaande optreden van de rechter slechts uitsluit indien bedongen is dat de ontbinding «van rechtswege» intreedt, is dan ook onjuist en zou geen (doorslaggevende) rol mogen vervullen bij de interpretatie van uitdrukkelijk ontbindende bedingen (pp. 468-471). Bij de bespreking van de verhouding tussen ontbinding en andere vormen van tenietgaan (o.m. nietigheid, opzegging, bevrijding krachtens de risicoleer) springt de analyse van het verval (*caducité*) van rechtshandelingen bij het wegvallen van hun voorwerp of oorzaak in het oog (pp. 60-122). De auteur heeft de verdienste als eerste in het Nederlandse taalgebied aandacht besteed te hebben aan deze theorie. Zij komt, terecht, tot de conclusie dat het verval bij rechtshandelingen onder bezwaren de titel een toepassing moet zijn van het beginsel van (de matigende werking van) de goede trouw. Het verval is m.a.w. geen beëindiging die haar grondslag vindt in «la nature, la force des choses» en die aldus, volgens sommige auteurs, dwingend, ja zelfs van openbare orde zou zijn. Stijns'analyse van het verval verdient alle aandacht en moet ertoe bijdragen dat de mechanische toepassing van het verval, bijvoorbeeld inzake leasing, afgewezen wordt.

In een *tweede deel* wordt de gerechtelijke ontbinding bij toerekenbare niet-nakoming van de wederkerige overeenkomst ontleed. De praktijkjurist zal voordeel hebben bij de lectuur van de bespreking van het vereiste van de ingebrekestelling (pp. 171-178) om zijn twijfels omtrent de noodzaak van het uitsturen van een ingebrekestelling en de formulering ervan op te heffen. Belangrijk voor de verdere analyse is de vaststelling dat uit historisch onderzoek (pp. 188-194) blijkt dat het voorafgaande rechterlijke optreden bij de ontbinding aanvankelijk alleen in verband stond met de uitstelbevoegdheid van de rechter (art. 1184, derde lid, B.W.). Vrij snel werd de appreciatiebevoegdheid van de rechter uitgebreid om uit te monden in de huidige opvatting dat het aan de rechter toekomt op onaantastbare wijze te oordelen of de tekortkoming voldoende zwaar is om de ontbinding te verantwoorden (pp. 199-224). Om na te gaan tot hoever die beoordelingsbevoegdheid reikt, onderzoekt de auteur vervolgens aan de hand van welke criteria de ernst van de wanprestatie beoordeeld wordt, welke appreciatiebevoegdheid de rechter heeft omtrent de toe te passen sanctie en omtrent de gevolgen die aan de ontbinding verbonden zijn (terugwerkende kracht) (pp. 225-318). De auteur komt tot de vaststelling dat de rechterlijke controle tot doel heeft misbruiken te vermijden, m.a.w. erop toeziet dat er geen wanverhouding is tussen de wanprestatie en de ontbindings-sanctie. De grondslag van die toetsingsbevoegdheid wordt gevonden niet in art. 1184 B.W. maar in art. 1134, derde lid, B.W. Deze conclusie wordt versterkt door de vaststelling dat het aan de schuldeiser toekomt te kiezen tussen twee gelijkwaardige alternatieven (althans gelijkwaardig volgens de wetgever, niet volgens de rechtsleer, pp. 218-221), gedwongen uitvoering en ontbinding (zie verder). Het recht van de schuldeiser te kiezen tussen ontbinding en gedwongen uitvoering (waarbij aandacht besteed wordt aan de wijzen van de gedwongen uitvoering – in natura, equivalent en door een derde – en hun onderlinge verhouding, pp. 319-356) wordt verhelderend besproken (pp. 357-385). De voor de praktijk belangrijke vraag of een schuldeiser, na eerst gekozen te hebben voor ontbinding, nog kan kiezen voor gedwongen uitvoering en omgekeerd, krijgt een helder antwoord, waarbij eveneens aandacht besteed wordt aan de procedurele implicaties (pp. 365-375 en pp. 496-499 in het geval waarin de schuldeiser zich beroepen heeft op een uitdrukkelijk ontbindend beding). Een uitermate belangrijke vraag is die naar de bevoegdheid van de rechter tot ingrijpen in de uitoefening door de schuldeiser van zijn keuzerecht (pp. 390-448). De rechter mag overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie een gevorderde gedwongen uitvoering slechts afwijzen en een ontbinding in de

plaats stellen indien de vordering tot gedwongen uitvoering misbruik van recht uitmaakt, wat een marginale controle meebrengt. Wanneer daarentegen de schuldeiser de ontbinding vordert, zou, krachtens de geldende opvatting, de rechter op grond van een volledige toetsingsbevoegdheid de opportuniteit van de ontbinding kunnen beoordelen. Dit betekent dat de uitoefening van het keuzerecht, en dus de gemaakte keuze, nu eens slechts marginaal (in geval van keuze voor gedwongen uitvoering), dan weer eens volledig (in geval van keuze voor ontbinding) getoetst zou kunnen worden. Deze door de auteur als tegenstrijdig beoordeelde toestand kan maar opgelost worden indien aanvaard wordt dat ook de rechterlijke toetsing van een gevorderde ontbinding slechts marginaal kan zijn.

De partijen kunnen ontsnappen aan het verplichte rechterlijke optreden door middel van een uitdrukkelijk ontbindend beding. Dit beding maakt het voorwerp uit van het *derde deel* van het werk. De geoorlooftheid van een dergelijk beding en de uitzonderingen erop, de soorten en de interpretatie, de wijze waarop de schuldeiser het ontbindingsrecht uitoefent, komen uitgebreid aan bod (pp. 449-499). Een belangrijke vaststelling is dat het uitdrukkelijk ontbindend beding het optreden van de rechter achteraf niet uitsluit. Aangevoerd wordt dat deze controle zich niet alleen ertoe mag beperken na te gaan of de schuldeiser gehandeld heeft in overeenstemming met het beding, maar ook of de ontbindingsbevoegdheid zelf niet zonder misbruik uitgeoefend werd (pp. 504-508). In die controle *a posteriori* ligt een noodzakelijke waarborg tegen misbruiken besloten. Blijkt deze misbruikcontrole tot nog toe uiterst zeldzaam in de Belgische rechtspraktijk, dan bestaat in Frankrijk deze terughoudendheid niet (pp. 508-511).

Uitgaande van die opvattingen, is de stap naar de erkenning van een buitengerechterlijke ontbinding op verklaring van de schuldeiser gemakkelijk te zetten. Aan die eenzijdige ontbinding is het *vierde* en laatste *deel* van het werk gewijd. Indien aan het voorafgaande optreden van de rechter alleen vastgehouden moet worden met het oog op zijn uitstelbevoegdheid, indien de beperkte controle op de opportuniteit van een gevorderde ontbinding zijn grondslag dient te vinden in art. 1134, derde lid, B.W., en indien, zoals blijkt bij het uitdrukkelijk ontbindend beding, die controle evengoed *a posteriori* kan plaatsvinden, waarom moet dan vastgehouden worden aan het voorafgaande optreden van de rechter in die gevallen waarin de uitstelbevoegdheid nutteloos geworden is? Na de bespreking van enkele wettelijk geregelde bijzondere beëindigingsvormen, van het Franse en Nederlandse recht inzake eenzijdige beëindiging (pp. 530-574) en uiteraard ook van de Belgische rechtspraak, voornamelijk maar niet uitsluitend in verband met contracten van aanneming, wordt gestalte gegeven aan de rechtsfiguur van de eenzijdige ontbinding: de grondvoorwaarden voor de uitoefening van deze bevoegdheid (pp. 601-618), het vereiste van een ingebrekestelling en het geven van een laatste termijn van uitstel en de formulering van de ontbindingsverklaring (pp. 618-634). De raadpleging van Stijns' werk is onontbeerlijk voor ieder die zich wenst te begeven op het – bij afwezigheid van een duidelijke bekrachtiging door het Hof van Cassatie – nog onzekere pad van de eenzijdige ontbinding.

Uit het bovenstaande mag blijken dat in dit werk tal van belangwekkende onderwerpen uit het verbintenissenrecht aangesneden worden, waaronder de oorzaak (n.a.v. '*la caducité*') en het beginsel van de goede trouw (en de diverse opvattingen omtrent goede trouw en rechtsmisbruik, pp. 391 e.v.). Talrijke bijzondere vragen komen ter sprake, zoals de vraag naar de verhouding tussen art. 1184 B.W. en andere wettelijke bepalingen die de ontbinding van bijzondere contracten regelen zoals bijvoorbeeld art. 29 Pachtwet (en, in verband met de cassatierechtspraak omtrent die bepaling, de vraag of schade aanwezig moet zijn opdat de ontbinding uitgesproken kan worden (p. 259)), de problematiek (vóór de wet op de landverzekeringsovereenkomst) van de geoorlooftheid van de schorsingsbedingen in verzekeringscontracten (pp. 415-417), de specifieke wettelijk geregelde wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst (dringende reden) of van de alleenverkoopconcessie van onbepaalde duur,... Heel wat relevante informatie is vervat in voetnoot (bv. voetnoot 82 op pp. 540-541 omtrent het optreden van de rechter in kort geding bij beëindiging van een alleenverkoopconcessie van onbepaalde duur).

Hoe moeilijk de verhouding kan zijn tussen het gemene recht (art. 1184 B.W. en het uitdrukkelijk ontbindend beding), een wettelijk geregelde bevoegdheid tot eenzijdige beëindiging en de verdedig-

de algemene eenzijdige ontbinding, blijkt wel uit de bespreking van de eenzijdige beëindiging van de alleenverkoopconcessie. De auteur bespreekt de vraag of een partij op grond van art. 2 van de wet van 27 juli 1961 de overeenkomst eenzijdig kan beëindigen in geval van grove tekortkoming. Deze vraag wordt door haar (en door rechtsleer en rechtspraak) bevestigend beantwoord. Nu stelt de auteur ook vast dat de wet deze sanctie niet organiseert, anders dan de arbeidsovereenkomstenwet met betrekking tot de dringende reden (p. 539). Op grond van de bekende cassatierechtspraak wordt verdedigd dat die sanctie beheerst wordt door het gemene recht. Het Hof heeft namelijk meermaals overwogen dat art. 2 «enkel betrekking heeft op de eenzijdige beëindiging van een dergelijke overeenkomst zonder aanwijzing van de reden en niet op de beëindiging wegens foutieve niet-uitvoering die geregeld blijft door het gemene recht» (o.m. Cass., 22 oktober 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 868, en *R.W.*, 1993-94, 725). Maar als art. 2 inderdaad helemaal geen betrekking heeft op de beëindiging wegens foutieve niet-uitvoering, kan dan nog wel beweerd worden dat art. 2 (weliswaar dubbelzinnig en op grond van een *a contrario* lezing) aan de benadeelde partij in geval van grove tekortkoming het recht van eenzijdige beëindiging zonder optreden van de rechter verschaft? Wanneer men daarentegen aanneemt dat de wetgever zich wel heeft uitgesproken niet alleen over de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging zonder aanwijzing van reden (opzegging) maar ook over de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging op grond van wanprestatie (maar dan alleen in geval van grove tekortkoming), dan staat de betwiste vraag naar de geoorlooftheid van een uitdrukkelijk ontbindend beding in een ander licht. Want als de wetgever, in een wet van dwingend recht, zich heeft uitgesproken over de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging en de mogelijkheid van beëindiging in geval van wanprestatie alleen heeft voorzien in het geval van grove tekortkoming, hoe kunnen de partijen dan een eenzijdige beëindiging organiseren buiten een geval van grove tekortkoming door middel van een uitdrukkelijk ontbindend beding? Stijns argumenteert dat de bezwaren tegen de geoorlooftheid van een uitdrukkelijk ontbindend beding niet zwaar wegen wegens de mogelijkheid van een controle *a posteriori*, net zoals de eenzijdige beëindiging krachtens art. 2 facultatief en *a posteriori* aan de rechterlijke controle onderworpen wordt (pp. 540-541). Toch kunnen beide situaties m.i. niet met elkaar vergeleken worden. Allereerst belet een controle *a posteriori* niet dat de partijen (in werkelijkheid dus de sterke partij, de concessiegever) een eenzijdige beëindiging voor niet grove tekortkomingen organiseren. Vervolgens – gesteld dat de Belgische rechter zijn schroom de toepassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding te toetsen aan de matigende werking van de goede trouw (art. 1134, derde lid, B.W.) overwint – is het voorwerp van de toetsing niet identiek (zoals door de auteur zelf vroeger beklemtoond, p. 511, maar vgl. p. 541): toetst de rechter bij gerechtelijke ontbinding de redelijkheid van de ontbindingssanctie in het licht van de voldoende ernst van de tekortkoming, dan kan de rechter daarentegen, geconfronteerd met het geldig uitdrukkelijk ontbindend beding waarin de partijen de tekortkoming als voldoende ernstig aanmerkten, de redelijkheid van de beslissing alleen nog toetsen aan de omstandigheden waarin de ontbindingsbevoegdheid uitgeoefend werd. Aangezien het voorwerp van de toetsing bij aanwezigheid van een uitdrukkelijk ontbindend beding beperkt wordt, kan de (al marginale) beoordelingsruimte van de rechter alleen nog kleiner zijn. De problematiek van de verhouding tussen gemeen recht en bijzondere wetgeving is anders bij een alleenverkoopconcessie van bepaalde duur. Art. 2 van de wet van 27 juli 1961 is immers op een dergelijke overeenkomst niet van toepassing. Dat wil niet zeggen dat bij gebrek aan uitdrukkelijk ontbindend beding een buitengerechterlijke ontbinding niet mogelijk zou zijn. Een dergelijke buitengerechterlijke ontbinding zal dan onderworpen zijn aan de mee door Stijns ontwikkelde figuur van de buitengerechterlijke ontbinding op wilsverklaring van de schuldeiser.

Stijns' werk behandelt één aspect, weliswaar niet deel uitmakend van de ontbindingssanctie maar toch daaraan gekoppeld, niet uitgebreid, namelijk de bijkomende vergoeding waarop de schuldeiser krachtens art. 1184 B.W. recht heeft. Aldus blijft er een leemte: tot op heden is immers nog niet grondig onderzocht hoe de schadeloosstelling van de schuldeiser, via restituties en bijkomende schadevergoeding, verloopt. Terecht wijst de auteur erop dat, niettegenstaande de terugwerkende kracht van de ontbinding, de schuldeiser recht heeft op vergoeding van het geleden verlies en de ge-

derfde winst (p. 280). M.a.w., de schuldeiser moet na ontbinding en restituties (waarover pp. 300 e.v.) en met bijkomende schadevergoeding in dezelfde positie komen als die waarin hij zich bevond zou hebben indien het contract correct uitgevoerd werd. Hierover bestaat evenwel niet altijd duidelijkheid zoals bijvoorbeeld blijkt uit de in noot 529 (p. 280) vermelde opvatting van De Theux, volgens wie, indien de ontbinding en de teruggave de schuldeiser volledig herstellen in de vroegere situatie, de schadevergoeding zonder voorwerp wordt.

Aan de lezer van deze boekbespreking die niet mag twijfelen kennis te nemen van dit werk, kan nog meegegeven worden dat het boek voorzien werd van een inleiding die nu eens verrassend, dan weer polemisch is.

Bart De Temmerman

AANGEKONDIGD

J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 822 p., 8.170 fr.

L. NEELS, D. VOORHOOF en H. MAERTENS, *Medialex* (vierde editie), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 758 p., 4.700 fr.

D. RYCKBOST en S. DELODDERE, *Bodemsanering in Vlaanderen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 330 p., 4.658 fr.

J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht* (derde herwerkte druk), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 936 p., 7.100 fr.

J.M. MISTELI e.a., *De ondernemer '97*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 532 p., 3.500 fr.

J.A.M. VAN DEN BERK, *Bestuursschaderecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 224 p., 52,50 fl.

P. ABAS, *Huur* (zevende druk - Asser serie), Deventer, Tjeenk Willink, 288 p., 65 fl.

Chr. W. BACKES, *Van Den Bosch naar Basel en terug* (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant), Deventer, Tjeenk Willink, 86 p., 27,50 fl.

A.G. MARIS, *Stakingen tegen de overheid* (inclusief CD-rom) Deventer, Tjeenk Willink, 364 p., 89 fl.

M.A.A.T. ENGBERS, L.E.M. ZALME, en W. FROUWS, *Memo vreemdelingenrecht 1997*, Deventer, Kluwer, 214 p., 47,50 fl.

M. BARELS en Y. BURUMA (red.), *Kroniek van het strafrecht 1996*, Deventer, Gouda Quint, 120 p., 37,50 fl.

B.J. SCHUELER, *Schadevergoeding onder de Algemene wet bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 134 p., 52,50 fl.

M. HERWEIJER, K.F. SCHUILING en H.B. Winter, *In wederkerigheid - Opstellen voor prof. mr. M. Scheltema*, Deventer, Kluwer, 390 p., 85 fl.

R. COPPES, F. DE GROOT en A. SHEERAZI, *Politie en criminaliteit van Marokkaanse jongens*, Deventer, Gouda Quint, 236 p., 57,50 fl.

J. GAAKEER en H. KERKMEESTER, *De toenadering tussen Law and Economics en Law and Literature*, Deventer, Gouda Quint, 124 p., 36,50 fl.

J.G.A. LINSEN en J.B.M. VRANKEN (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer, Tjeenk Willink, 150 p., 39 fl.

B. JADOT (ed.), *Het natuurbeschermingsrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 436 p., 3.910 fr.

H.K.F. VAN STRATEN en L.H. MOERMAN, *Zakboek voor de opsporingsambtenaar 1997*, Deventer, Gouda Quint, 188 p., 29,50 fl.

P.B. CLITEUR, B.C. LABUSCHAGNE en C.E. SMITH (red.), *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Deventer, Gouda Quint, 396 p., 49,50 fl.

D.A. VERBURG, *Ruimtelijk bestuursrecht extract*, Deventer, Tjeenk Willink, 74 p., 38 fl.

M.W. BOL en E.G. WIERSMA, *Racistisch geweld in Nederland*, Deventer, Gouda Quint, 114 p., 32,50 fl.

P. VAN DEN BEMPT (ed.), *De Economische en Monetaire Unie en de Belgische economie*, Antwerpen / Groningen, Intersentia, 166 p., 975 fr.

K. DEKETELAERE (ed.), e.a., *Vlaamse fiscaliteit - Status questionis 1997*, Brugge, Die Keure, 294 p., 2.590 fr.

MEDEDELINGEN

Doctoraten aan de U.I.A.

Op woensdag 2 juli 1997 om 17 uur verdedigt mevrouw Ann Carette haar proefschrift met het oog op het behalen van de graad van doctor in de rechten.

De titel van het proefschrift luidt: «Herstel van en vergoeding voor aantastingen aan niet-toegeëigende milieubestanddelen».

Promotor van het proefschrift is prof. dr. A. Van Oevelen.

De openbare verdediging van het proefschrift heeft plaats in de promotiezaal (Aula-gebouw) van de U.I.A.

Op donderdag 3 juli 1997 om 17 uur verdedigt mevrouw Patricia Popelier haar proefschrift met het oog op het behalen van de graad van doctor in de rechten.

De titel van het proefschrift luidt: «Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving».

Promotor van het proefschrift is prof. dr. K. Rimanque.

De openbare verdediging van het proefschrift heeft plaats in de promotiezaal (Aula-gebouw) van de U.I.A.

Mastercursus Psychologie en Vaardigheden

Het BeNeLux-Universitair Centrum heeft een postgraduaat mastercursus Psychologie en Vaardigheden voor professionals ontwikkeld, waarvoor men zich nu kan inschrijven.

Doel van de cursus is professionals in de juridische en gerechtelijke sector verantwoorde kennis, inzicht en praktisch bruikbare vaardigheden op het gebied van de psychologie en gespreksvoering te bieden ten behoeve van werk en/of beroep. Het curriculum bevat naast de essentiële vakonderdelen van de psychologie een opleiding in gespreksanalyse en counseling. Hierin wordt tegemoetgekomen aan de toenemende behoefte van de professional om enerzijds vaardigheden in gesprek en communicatie te verwerven, anderzijds om persoonlijk effectiever te gaan functioneren. In dit verband wordt ook plaats ingeruimd voor het interdisciplinair leren denken en communiceren, dat in onze tijd een noodzakelijke voorwaarde is voor de professional in de praktijk.

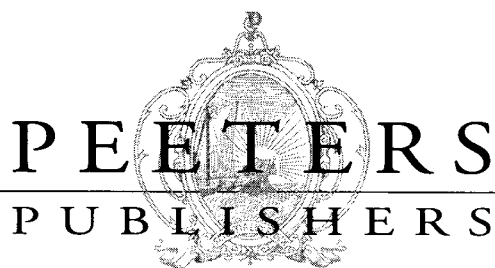
De colleges, practica en persoonlijke begeleiding worden in het Nederlands gegeven door circa 60 gespecialiseerde hoogleraren van universiteiten uit België, Nederland en daarbuiten.

De frequentie van de colleges is eenmaal per 2 à 3 weken, ter keuze op dinsdag of woensdag, resp. op de Universiteit van Eindhoven of Antwerpen, vanaf 14.00 uur, gedurende 5 semesters. Het academiejahr loopt van 1 augustus 1997 t/m 31 juli 1998; de colleges van de cursus vangen aan begin oktober 1997.

Het BeNeLux-Universitair Centrum vormt een Belgisch-Nederlands wetenschappelijk en cultureel samenwerkingsverband, in een groeiend verenigd Europa. Zijn Bestuur en Raad van Advies en Toezicht zijn samengesteld uit autoriteiten uit de drie Benelux-landen en het College van Hoogleraren en de Cursistengroepen zijn eveneens inter-Benelux.

Voor meer informatie en inschrijving kunt U contact opnemen met:

- secr. B.U.C., Groenenborgerlaan 149, 2020 Antwerpen, tel. 03/227.21.68.
- secr. Prof. P. Nijs, Inst. Fam. Wet., Kapucijnenvoer 33, 3000 Leuven, tel. 016/33.26.32
- centrale fax: (+31-0)73.52.21.000.



Uitgeverij Peeters feliciteert
W. Devroe en J. Wouters
met de
STIBBE-PRIJS 1996
die zij ontvingen voor hun boek:

De Europese Unie.
Het Verdrag van Maastricht en zijn uitvoering:
analyse en perspectieven

Dit boek biedt een grondige, praktijkgerichte analyse van het Verdrag van Maastricht en de talrijke maatregelen die zijn getroffen of voorgesteld gedurende het eerste anderhalf jaar van zijn werking, d.w.z. tussen 1 november 1993 en 1 mei 1995 (op vele plaatsen tot en met eind juli 1995). De auteurs leggen telkens de band met het tevoren reeds bestaande Europees gemeenschapsrecht en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG, waaruit vaak de continuïteit blijkt van de door het Verdrag aangebrachte wijzigingen. Ze formuleren talrijke suggesties voor de toekomstige juridische uitbouw van de Europese integratie in het licht van de intergouvernementele conferentie van 1996.

“Het is een diepgaande analyse van het Europese Unieverdrag gesitueerd in een ruime context met een weergaloos aantal verwijzingen. De auteurs hebben daarmee een verwachting ingelost die hun jarenlange samenwerking in het Hof van Justitie in Luxemburg had gewekt. Het was mijn voorrecht hen daar aan het werk te zien. Het aan die samenwerking ontsproten boek heeft een handboek en naslagwerk opgeleverd waaraan niet meer kan worden voorbijgegaan. (...) Alleen al vanwege de exhaustieve en accurate verwijzingen (en schema's) hoort dit boek thuis (meestal een cliché, nu niet) in de boekenkast van eenieder die zich met de Unie bezighoudt op juridisch, politiek en economisch vlak.” (uit het voorwoord van Prof. Dr. W. van Gerven)

1996 - Reeks Europees Recht 4
XXXVI - 978 p.
2300 BEF
ISBN 90-6831-732-6

BONDGENOTENLAAN 153
B-3000 LEUVEN (BELGIË)
TEL. 32(16) 23 51 70 • FAX 32(16) 22 85 00



banksys



Onze klant, Banksys, is de Belgische leider op de elektronische betaalmarkt. Hun sterke groei in een technologisch geavanceerde sector berust uiteraard op de kwaliteit van de dienstverlening en de infrastructuur, maar ook en vooral op de permanente inzet van elk van zijn 600 medewerkers. Om de financieel en administratieve afdeling te versterken, zijn we momenteel op zoek naar een (m/v)

Bedrijfsjurist

Functie : Hij/zij zal rapporteren aan de Financieel Directeur, en zal de volgende verantwoordelijkheden opnemen : ☐ opstellen en analyseren van conventies en contracten; ☐ opvolging van rechtsgeschillen; ☐ beheer van verzekeringscontracten en schadegevallen; ☐ advies verlenen naar de Raad van Beheer toe; ☐ gesprekspartner voor de Europese instanties.

Profiel : ☐ 28 tot 32 jaar oud; ☐ licentiaat in de Rechten (bij voorkeur met een specialisatie in Europees of handelsrecht); ☐ 5 jaar ervaring op het gebied van handels-, Europees of intellectueel recht, in een advocatenkantoor en/of bedrijf; ☐ Nederlandstalig, met een goede kennis van het Frans en het Engels; ☐ communicatief, nauwkeurig en een teamplayer; ☐ sterke persoonlijkheid, die beschikt over voldoende overtuigingszin om dossiers te verdedigen op hoog niveau.

Geïnteresseerde kandidaten worden verzocht hun gedetailleerd curriculum vitae te sturen naar **ROBERT HALF FINANCE** (a division of **FONTAINE • ARCHER • VAN DE VOORDE N.V./S.A.**), t.a.v. Emmanuelle Evenepoel (tel.: (02)626 11 12 - fax: (02)646 30 38), Generaal de Gaullelaan 47, 1050 Brussel, met vermelding van de referentie NVG/BJ.

Brussels • Paris • Amsterdam • London • New York • San Francisco • Toronto • Montreal and 185 offices worldwide

Erkend Wervings-
en Selectiebureau nr. VG.WS.027



THE MAASTRICHT JOURNAL OF EUROPEAN AND COMPARATIVE LAW

Quarterly Law Review

Subscription price for 1997 (Vol. 4, 4 issues): BEF 2.850,- Students BEF 1.000,-

The *Maastricht Journal of European and Comparative Law* has a wide and growing readership in Europe, the United States and Japan. This quarterly law journal focuses on *ius commune europaeum* and examines the common legal tradition and heritage in Europe, as well as the remaining diversity.

The Journal is therefore a unique publication serving academics and practitioners who wish to analyze the challenges presented by the concept of *ius commune europaeum*.

The *Maastricht Journal* consists of contributions from leading academics and professionals in the form of:

- articles providing an in-depth analysis of either EC or international law, or studying a particular problem from a comparative approach, and considering the issues from the perspective of *ius commune Europaeum*;
- articles surveying recent developments and examining developments in an area of law in a number of European countries;
- case notes of important Community and national decisions of significance in a number of countries, placing the issues in a comparative perspective;
- book reviews covering a broad range of literature in a field of interest to the comparative or Community lawyer, and always bearing in mind the relevance of the works within the framework of the study of common law in Europe.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Churchillaan 108 – 2900 Schoten
☎ 03/658.01.69 – Fax 03/658.71.21