

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

MARC DE VOS, De juridische aard van de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement na het cassatiearrest van 21 april 1997: res iudicata pro veritate accipitur? 969

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet discriminatie – **Stafvoordring** – **Bewijs in strafzaken** – **Processen-verbaal tot het bewijs van het tegendeel** – **Verkeersmisdrijven** – **Betrokkenheid van de verbalisant bij de vastgestelde feiten**

Arbitragehof, 14 juli 1997 (*met noot*) 974

1. Onderwijs – Vrij gesubsidieerd onderwijs – Personeelslid – Weddetoelagen – Wedde – Bestanddelen – Betaling – **2. Arbeidsovereenkomst** – Reiskosten – Sociaal abonnement – Werkgeversbijdrage – Aard – Belasting – Werknemer – Economisch voordeel – Beroepsuitgave

Cass., 21 april 1997 (*met noot*) 975

Onrechtmatige daad – **Schade en schadeloosstelling** – Inkomstenverlies – Gehandicapte – Inkomensvervangende tegemoetkoming – Cumulatie

Cass., 22 april 1997 (*met noot van J.R. Rauws*, «De aanspraken van de op een inkomensvervangende tegemoetkoming gerechtigde gehandicapte tegen de auteur van de schade aan verdienvermogen. Doet de aan de gehandicapte in afwachting uitbetaalde inkomensvervangende tegemoetkoming er niet toe?») 976

Voorlopige hechtenis – Handhaving – Betekening – Cassatieberoep

Cass., 29 juli 1997 978

Inkomstenbelastingen – Ontheffing – Overbelastig – Materiële vergissing

Cass., 26 september 1997 979

Koop – Verborgene gebreken – Woning verkocht door Nationale Landmaatschappij – Professionele verkoper – Beding van niet-vrijwaring – Gevolg

Hof Gent, 2 maart 1995 (*met noot*) 979

Notaris – Aansprakelijkheid – Raadgevingsplicht – Omvang

Hof Antwerpen, 2 december 1997 980

Onrechtmatige daad – **Aansprakelijkheid** – Medewerking aan poging van schuldenaar om zich bedrieglijk onvermogen te maken

Rb. Mechelen, 5 februari 1997 (*met noot van Koen Van Raemdonck*, «Inbreng in natura in een vennootschap en (deelneming aan) bedrieglijk onvermogen») 983

Wegverkeer – Proces-verbaal – Bewijswaarde

Corr. Brugge, 24 november 1997 (*met noot van A. Vandeplass*, «Over de betrokkenheid van de verbalisant») 987

Vereniging – Feitelijke vereniging – Vertegenwoordiging in rechte – Lastgeving – Bewijs – Gebrek aan hoedanigheid – Gevolg

Rb. Brussel, 13 november 1997 (*met noot van J. Vananroye*, «De vorderingsbevoegdheid van de vertegenwoordigers van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid») 988

Koop – Verborgene gebrek – Korte termijn – Te laat ingestelde vordering – Voordien door andere procespartij tijdig ingestelde vordering – Normdoel

Kh. Antwerpen, 3 mei 1995 991

1. Aanneming van werk – Graafwerk – Ondergrondse kabels – Verplichting tot voorafgaande peiling – **2. Onrechtmatige daad** – **Oorzakelijk verband** – Beschadiging van ondergrondse kabel – Door elektriciteitsonderneming gevoerde bijkomende personeelskosten en winstderving

Vred. Zottegem, 13 juli 1995 991

Aanneming van werk – 1. Tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer – Voorwaarden – Aantasting van de stabiliteit van het gebouw of een deel ervan – 2. Aansprakelijkheid van de aannemer voor lichte verborgen gebreken – Korte termijn voor het instellen van de aansprakelijkheidsvordering – Aanvangspunt van de termijn

Vred. Westerlo, 25 augustus 1995 993

Vereffening en verdeling – Boedelbeschrijving – Keuze van de notaris – Aanstelling van een notaris om de niet tegenwoordige partijen te vertegenwoordigen – Deskundige bijstand

Vred. Roeselare, 28 mei 1996 (*met noot van S. Mosselmans*, «De vrije keuze van de boedelnotaris») 994

Rechtspraak in kort bestek

Onrechtmatige daad – **Schade en schadeloosstelling**

– Overlijden van het slachtoffer – Morele schade van ouders – Eigen fout van het slachtoffer – Weerslag op het recht op vergoeding van de morele schade van de ouders

Cass., 5 oktober 1995 997

Onrechtmatige daad – **Schade en schadeloosstelling** – Arbeidsongeschiktheid – Verhoging van de schadevergoeding met sociale en fiscale lasten – Voorwaarde

Cass., 12 juni 1996 997

Onrechtmatige daad – **Aansprakelijkheid** – Gebrekkige zaak – Steunpaal die van een reclamebord is losgekomen

Cass., 10 oktober 1996 998

Borgtocht – Voor «alle sommen» – Geldigheid – Interpretatie

Kh. Hasselt, 15 april 1996 998

Boeken

W.J.M. van Genugten, WTO, ILO en EG: handelen in vrijheid (*door P. Humblet*) 998

J.H. Nieuwenhuis, Confrontatie en compromis, retoriek en burgerlijke moraal (*door M. Adams*) 999

W. Witteveen, De geordende wereld van het recht, Een inleiding (*door M. Adams*) 999

A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. (*door B. De Temmerman*) 1000

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

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

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
P. Humblet
W. Lambrechts
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
M. van Damme
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..



Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05
Fax (02) 466 63 24
Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77
rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

Limburgs advocatenkantoor

ICKMANS — NEUTS

Wenst onmiddellijk en/of per juli/augustus 1998 haar kantoor te versterken met een gemotiveerd en creatief

MEDEWERKER & STAGIAIR (m/v)

Zulks voor een all-round taak met de nadruk op handels- en economisch recht alsmede verbintenissenrecht.

Curriculum te sturen naar:

E. Neuts, Vrijheidslaan 13 te 3960 Bree.

De N.V. CORA zoekt voor zijn sociale zetel (Charleroi)

EEN JURIDISCH VERANTWOORDELIJKE

tweetalig Frans/Nederlands

- Licentiaat in de rechten, zij/hij zal instaan voor de opvolging van alle geschillen dossiers van de onderneming.
- Kennis van sociaal recht is wenselijk.
- 3 tot 10 jaar ervaring.

Gelieve uw kandidatuur met gedetailleerde C.V. terug te sturen naar:

CORA S.A.
Madame A. MEES
Zoning Industriel
4 ème Rue
6040 JUMET

DE JURIDISCHE AARD VAN DE WERKGEVERSBIJDRAGE IN EEN SOCIAAL ABONNEMENT NA HET CASSATIEARREST VAN 21 APRIL 1997: RES IUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR?

I. Het wettelijke kader

1. Een wet van 27 juli 1962 (*B.S.*, 31 juli 1962) en een K.B. van 28 juli 1962 (*B.S.*, 31 juli 1962) regelen de werkgeversbijdrage in het zogenaamde sociaal abonnement dat bepaalde werknemers bij de N.M.B.S. kunnen kopen. De werkgeversbijdrage wordt door de wet van 27 juli 1962 voorgesteld als een bijdrage in de *prijs* van het sociaal abonnement voor woon-werkverkeer (artikel 1). Het K.B. van 28 juli 1962 werkt dit verder uit. De prijs van het sociaal abonnement wordt door de werknemer integraal en rechtstreeks aan de N.M.B.S. betaald. Achteraf moet de werkgever dan, binnen een bepaalde termijn, de werkgeversbijdrage in de abonnementsprijs aan de werknemer terugbetalen.

II. De werkgeversbijdrage en de loonkwalificatie in de Arbeidsovereenkomstenwet: situatie vóór het cassatiearrest van 21 april 1997

2. Het geschetste wettelijke kader laat op het eerste gezicht weinig twijfel. De kostprijs van het sociaal abonnement is de kost die de werknemer moet maken om zich te begeven van woonplaats naar werkplaats en omgekeerd. De tussenkomst van de werkgever bestaat erin aan de werknemer een deel van de gemaakte reiskosten terug te betalen. Een logische analyse *lijkt* dus dat de werkgeversbijdrage in de kostprijs van het sociaal abonnement moet worden beschouwd als de gedeeltelijke terugbetaling van reiskosten voor woon-werkverkeer.¹

Reiskosten voor woon-werkverkeer zijn – althans volgens de klassieke visie – geen beroepskosten in arbeidsrechtelijke zin. Deze kosten zijn immers niet door de uitvoering van de arbeid zelf veroorzaakt, maar ontstaan enkel naar aanleiding van de arbeid, doordat de werknemer gehouden is om het werk op de overeengekomen plaats te verrichten (art. 17, 1°, Arbeidsovereenkomstenwet). De terugbetaling van reiskosten voor woon-werkverkeer door de werkgever, maakt in die optiek geen kostenvergoeding uit. Het gaat gewoon om de terugbetaling van kosten die de werknemer in principe zelf dient te dragen. Een dergelijke terugbetaling is een voordeel verworven krachtens de overeenkomst, dat, bijvoorbeeld, moet worden meegerekend bij het bepalen van de opzeggingstermijn en/of vergoeding.²

¹ De term «reiskosten» wordt met opzet gedrukt in plaats van de bij woonwerk-verkeer gebruikelijke maar taalkundig betwistbare term «verplaatsingskosten».

² Zie bv. Arbh. Luik, 11 maart 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1401; Arbbrb. Charleroi, 21 november 1994, *J.T.T.*, 1995, 107; BLONDIAU, P., «Fixation de la rémunération servant à calculer l'indemnité prévue à l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978», in *Rémunération et fin du contrat de travail*, Brussel, Association des Juristes Practiciens du

3. M. Jamoulle huldigt evenwel een andere interpretatie en beroept zich daarvoor op de beweerde doelstelling van de wet van 27 juli 1962 en haar uitvoeringsbesluit. Beide gewagen in hun opschrift immers van «*de vaststelling van een werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de N.M.B.S. ingevolge de uitgifte van abonnementen voor werklieden en bedienden*», een doelstelling die ook door de parlementaire voorbereiding van de wet van 27 juli 1962 zou zijn bevestigd. Vanuit deze doelstelling wordt geargumenteed dat de werkgeverstussenkomst een soort parafiscale taks uitmaakt die de werkgever ten laste moet nemen, en daardoor geen voordeel inhoudt voor de werknemer. De Raad van State zou in zijn advies nopens het wetsontwerp dat later de wet van 27 juli 1962 werd, tot eenzelfde besluit zijn gekomen.³

III. Het cassatiearrest van 21 april 1997⁴

4. In het besproken arrest wordt het Hof van Cassatie geconfronteerd met een voorziening tegen een arrest van het Arbeidshof te Brussel, waarin het arbeidshof de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement had gekwalificeerd als een loonvoordeel voor de werknemer. In overeenstemming met de in randnummer 2 vermelde zienswijze, was het arbeidshof van oordeel dat de werkgeversbijdrage voor de werknemer een voordeel uitmaakte, omdat die hem gedeeltelijk bevrijdde van kosten die hij anders zelf had moeten dragen.

Het Hof van Cassatie verwierpt deze benadering. Met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding en naar het advies van de Raad van State, beroept het Hof zich op de doelstelling van de wet van 27 juli 1962, krachtens welke de werkgeversbijdrage het verlies van de N.M.B.S. moet compenseren. Op grond daarvan wordt geoordeeld dat de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement dient om de last van de Staat te verlichten in de financiering van de verliezen die door de N.M.B.S. worden geleden door de gunsttarieven van de sociale abonnementen. De werkgeversbijdrage strekt niet tot het toekennen van een economisch voordeel aan de werk-

Droit Social, 1996, (105), 116-117; STEYAERT, J. DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, C., *Arbeidsovereenkomst*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1990, p. 206, nr. 270). In de rechtspraak werd reeds in dezelfde zin geoordeeld over de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement (Arbh. Antwerpen, 23 september 1993, *T.S.R.*, 1993, 427; anders: Arbh. Gent, 14 december 1994, onuitg., A.R. nr. 488/92; cf. ook GLAUDE E. en HUINEN, J., «Verplaatsingskosten: algemeen overzicht met een sociaal- en fiscaal rechtelijke benadering», *Or.*, 1992, (197), 204-205).

³ Zie JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, II, Luik, Faculté de Droit d'économie et de Sciences sociales de Liège, 1986, nr. 75, p. 83, voetnoot 4; PAPIER-JAMOULLE, M., «Contrat de travail et contrat d'emploi», in *R.P.D.B.*, complément III, Brussel, Bruylant, 1969, (499), p. 605, nr. 331).

⁴ Verder in dit nummer gepubliceerd

nemer. Evenmin maakt zij een kostenvergoeding uit, aangezien zij niet in de plaats komt van een uitgave die de werknemers zouden moeten dragen, maar van een prestatie die, zonder de werkgeversbijdrage, ten laste van de Staat zou vallen.

IV. Kritische analyse

A. Terugbetaling van reiskosten of parafiscale taks?

5. De redenering die het Hof van Cassatie opzet, is die welke reeds in 1969 door M. Jamoulle werd verdedigd (*supra*, nr. 3). De werkgeversbijdrage wordt niet beschouwd als een bijdrage in de eigenlijke «abonnementsprijs», maar als een soort parafiscale taks, namelijk de deelname in een verlies dat in principe door de Staat wordt gedragen, maar via de werkgeversbijdrage gedeeltelijk bij de werkgever wordt gec recupereerd.

Daarbij moet toch worden opgemerkt dat de hele idee van bijdrage in de last van de Staat of in het verlies van de N.M.B.S., in de eigenlijke wettelijke regeling niet is terug te vinden. Integendeel, alles is er uitgewerkt alsof de werkgever effectief bijdraagt in de abonnementsprijs en aldus bijdraagt in reiskosten die de werknemer initieel zelf moet dragen (*supra*, nrs. 1-2). Het arrest van 21 april 1997 komt er met andere woorden op neer dat de «prijs van het sociaal abonnement», zoals voorgesteld door de wet en het K.B. van 1962, in werkelijkheid niet integraal een prijs uitmaakt. Ten belope van de werkgeversbijdrage is de zogenaamde «prijs» die de werknemer initieel betaalt, geen prijs. Het gaat eerder om kosten die ten laste van de werkgever vallen en die de werknemer wettelijk moet voorschieten en nadien van de werkgever kan terugvorderen, al is ook dit niet volledig de draagwijdte die het Hof van Cassatie voorstaat (zie *infra*, nrs. 11-12). In elk geval is de werkgeversbijdrage geen terugbetaling van een abonnementsprijs-reiskosten die in principe door de werknemer zou moeten worden gedragen.

6. Aangezien de analyse van het Hof van Cassatie afwijkt van de wijze waarop de werkgeversbijdrage door de vermelde wetgeving *inhoudelijk* wordt uitgewerkt, rijst de vraag naar de rechtvaardiging voor deze afwijking. Het *opschrift* van de wetgeving als «de vaststelling van een werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de N.M.B.S. ingevolge de uitgifte van abonnementen voor werklieden en bedienden», volstaat daartoe niet, of althans niet noodzakelijk. Het is immers best mogelijk dat een deel van de abonnementsprijs-reiskosten *als reiskosten* specifiek bestemd zijn om het verlies van de N.M.B.S. te verminderen. De prijs van elk product in de economie dient steeds tot het dekken van bepaalde kosten die bij het verstrekken van het product ontstaan. Het is niet omdat de prijs gedeeltelijk is bestemd om bepaalde kosten te vergoeden, dat dit gedeelte noodzakelijk geen prijs uitmaakt. Het opschrift «werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de N.M.B.S.» is *in abstracto* dus best verenigbaar met een gedeeltelijke belastingeneming van de abonnementsprijs als abonnementsprijs, met dien verstande dat die prijs dan is aangepast teneinde de verliezen van de N.M.B.S. te verminderen.

7. Ook de parlementaire voorbereiding van de wet van 27 juli 1962 biedt o.i. geen doorslaggevende argumenten om de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement anders te zien dan een gedeeltelijke terugbetaling van de abonnements-

prijs zelf. Weliswaar werd in de bevoegde kamercommissie verklaard dat de gedeeltelijke terugbetaling die de werknemer van de werkgever verkrijgt nadat hij eerst de volledige prijs heeft betaald, geen werkgever wordt opgelegd.⁵ Een dergelijke visie strookt echter niet met de inhoudelijke strekking van de wet, hetgeen ook uit andere passages van de parlementaire voorbereiding naar voren komt.

Zo geeft de Memorie van Toelichting aan dat de wet van 27 juli 1962 totstandkwam om de begroting van verkeerswezen, die jaarlijks het deficit van de N.M.B.S. moest dragen, in evenwicht te brengen. Daartoe werd beslist om de kostprijs van sociale abonnementen te verhogen en een deel van de kostprijs van die abonnementen ten laste van de werkgevers te leggen, aangezien dezen voordeel halen uit goedkope abonnementen die de mobiliteit van de arbeidskrachten verhogen.⁶ Die doelstelling is duidelijk: de abonnementsprijs wordt aangepast en de werkgever draagt bij in de abonnementsprijs. Dat die bijdrage bestemd is om de staatskas te spijzen, verandert niets aan het feit dat het gaat om de gedeeltelijke betaling van de abonnementsprijs. Een en ander werd trouwens ook opgemerkt door de Raad van State. In zijn advies betreffende het wetsontwerp dat uiteindelijk de wet van 27 juli 1962 werd, doet de Raad opmerken dat het opschrift als «Ontwerp van wet tot vaststelling van een werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de N.M.B.S.» alleen de *verantwoording* van het ontwerp weergaf, maar niet het eigenlijke doel ervan. Het eigenlijke *doel* bestaat er immers in om de werkgevers in de prijs van de sociale abonnementen te doen bijdragen.⁷ De regering behield het opschrift, omdat zij het belangrijk achtte dat de *verantwoording* van de wet uit het opschrift zelf zou blijken.⁸ Dit belet evenwel niet dat, wanneer het erop aankomt om de juridische draagwijdte van de wet van 27 juli 1962 te bepalen, niet de achterliggende verantwoording aan de orde is, maar wel de eigenlijke wetsbepalingen zelf, die het *doel* van de wet realiseren.

De stelling van de Raad van State dat de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement «iets van een belasting heeft» – waarnaar zowel M. Jamoulle als het Hof van Cassatie teruggrijpen om hun oordeel te ondersteunen – kan eveneens worden begrepen vanuit de achterliggende verantwoording van de wet. In de betrokken passage van zijn advies bevestigt de Raad van State overigens dat de bijdrage van de werkgevers in de sociale abonnementen, «hun aandeel in de kostprijs van die abonnementen» uitmaakt. De Raad vervolgt dan met de bedenking dat die werkgeversbijdrage «iets van

⁵ Wetsontwerp tot vaststelling van een werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen ingevolge de uitgifte van abonnementen voor werklieden en bedienden, Verslag namens de Commissie voor het verkeerswezen, de posten, telegraaf en telefoon, *Gedr. St., Kamer*, 1961-1962, nr. 387/2, p. 7.

⁶ Memorie van Toelichting, *Gedr. St., Kamer*, 1961-1962, nr. 387/1, 2).

⁷ Wetsontwerp tot vaststelling van een werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen ingevolge de uitgifte van abonnementen voor werklieden en bedienden, Advies van de Raad van State, *Gedr. St., Kamer*, 1961-1962, nr. 387/1, p. 5).

⁸ Memorie van Toelichting, *Gedr. St., Kamer*, 1961-1962, nr. 387/1, p. 3).

een belasting heeft», ook al beschouwt men ze «als een sociale bijdrage die wordt ingesteld ten voordele van de arbeiders». ⁹ Het is dus duidelijk dat de analogie met een belasting door de Raad van State wordt gezien vanuit de achterliggende doelstelling van de werkgeversbijdrage en niet vanuit de betekenis ervan voor de werknemer. Nochtans is het deze laatste betekenis die relevant is wanneer de juridische aard van de werkgeversbijdrage vanuit sociaalrechtelijk oogpunt moet worden beoordeeld (zie ook *infra*, nrs. 10-12).

8. Bovenstaande kritiek vindt ook steun in de wijzigingen die aan het systeem van de sociale abonnementen werden aangebracht door het K.B. en het M.B. van 10 december 1990. ¹⁰ Met ingang van 1 januari 1991 werden zowel het gewone abonnement als het voordeliger sociaal abonnement vervangen door één *treinkaart* met uniforme prijs. Wat arbeiders en bepaalde bedienden betreft, is deze *treinkaart* gelijkgesteld met het sociaal abonnement in de zin van de wet van 27 juli 1962. Tegelijkertijd werd de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement verhoogd, zodat de prijsverhoging van voordelig sociaal abonnement naar sociaal abonnement met tarief van een gewone *treinkaart*, niet volledig door de werknemers hoefde te worden gedragen. ¹¹ Sedert 1 januari 1991 kent het sociaal abonnement dus geen specifiek voorkeurtarief meer. De werkgeversbijdrage daarin benaderen als een parafiscale tussenkomst in het verlies dat de N.M.B.S. lijdt ingevolge de uitgifte van sociale abonnementen tegen voorkeurtarief, kan dan ook moeilijk worden verantwoord, ook al zou dit in de wet van 27 juli 1962 het oorspronkelijke opzet zijn geweest. Toch huldigt het Hof van Cassatie deze benaderingswijze en verwijst het uitdrukkelijk naar het voorkeurtarief van het sociaal abonnement, niettegenstaande de actuele stand van de wetgeving in het cassatiemiddel aan de orde was.

Aansluitend zij trouwens opgemerkt dat ook artikel 3 van de C.A.O. nr. 19^{ter} van 5 maart 1991 ¹² de rechtsgrond oplevert die de werkgever verplicht tot bijdrage in de prijs van een *treinkaart*-sociaal abonnement, zonder dat daarbij in enige mate wordt vooropgesteld dat deze bijdrage als een verliesdeling ten bate van de Staat moet worden opgevat. Hetzelfde geldt voor de collectieve arbeidsovereenkomsten die op sectoraal niveau de regeling van de werkgeversbijdrage in de N.M.B.S.-*treinkaarten* overnemen en dit louter concipiëren als een bijdrage van de werkgever in reiskosten.

B. De gevolgen van de kwalificatie als parafiscale taks

9. Niet alleen de premisse om de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement niet te beschouwen als een gedeeltelijke terugbetaling van reiskosten is o.i. vatbaar voor discussie; dit is evenzeer het geval voor de gevolgen die het Hof van Cassatie aan deze premisse verbindt.

10. Zo is er allereerst de stelling dat de werkgeversbijdrage, bestemd zijnde om de financieringslast van de Staat te verminderen, niet ertoe strekt de werknemers een economisch voordeel te verlenen. Ook hier volgt het Hof van Cassatie de redenering van M. Jamoulle, die uit de kwalificatie van de werkgeversbijdrage als parafiscale taks, de afwezigheid van economisch voordeel voor de werknemer afleidt (*supra*, nr. 3). Het automatisme van deze afleiding kan echter moeilijk overtuigen. Dat de werkgeversbijdrage bestemd is om de verliezen van de staatskas te beperken, raakt louter de verantwoording ervan in de verhouding tussen de werkgever en de overheid. Daarnaast bestaat ook de verhouding werknemer-N.M.B.S. en de verhouding werknemer-werkgever, en het is daar dat moet blijken of de werkgeversbijdrage – los van de achterliggende doelstelling die de wetgever ermee beoogt – voor de werknemer een voordeel oplevert.

De verhoudingen werknemer-N.M.B.S. en werknemer-werkgever worden geregeld door de vermelde wetgeving van 1962. Krachtens deze wetgeving moet de werknemer de integrale abonnementsprijs aan de N.M.B.S. betalen, kan hij de werkgeversbijdrage *enkel* bij de werkgever recupereren en kan de werkgever *enkel* door de werknemer tot betaling van de bijdrage worden aangesproken. In die omstandigheden is het duidelijk dat de werkgeversbijdrage voor de werknemer een *potentieel* voordeel uitmaakt, aangezien deze bij ontstentenis van de werkgeversbijdrage een belangrijker deel van zijn inkomen zou moeten aanwenden om het sociaal abonnement te betalen. ¹³ De besparing die de werknemer dankzij de werkgeversbijdrage doet, zal slechts dan geen *effectief* loonvoordeel zijn, wanneer die werkgeversbijdrage de vergoeding van werkelijke beroepskosten zou uitmaken.

11. De stelling dat de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement geen economisch voordeel voor de werknemer oplevert, vervolgt het Hof van Cassatie echter met de stelling dat deze bijdrage evenmin een vergoeding voor beroepskosten uitmaakt. Enige verbazing is hier toch op zijn plaats. Wanneer de werkgever aan de werknemer een betaling verricht, zijn er immers maar twee mogelijkheden. Ofwel maakt die betaling voor de werknemer een economisch voordeel uit, hetzij als loon, voordeel verworven krachtens de overeenkomst, gift of vergoeding van kosten die geen beroepskosten zijn. Ofwel gaat het om een vergoeding van eigenlijke beroepskosten, zodat de betaling geen werkelijk voordeel voor de werknemer inhoudt.

De werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement is volgens het Hof van Cassatie mossel noch vis: geen economisch voordeel voor de werknemer maar evenmin een vergoeding van beroepskosten. Een dergelijke interpretatie kan alleen worden gehandhaafd indien de werkgeversbijdrage niet voor de werknemer zelf, maar voor een derde zou bestemd zijn. Enkel wanneer de werknemer niet met eigen penningen en los van de betaling door de werkgever, tot de betaling van de integrale abonnementsprijs zou gehouden zijn en alleen als doorgeefluik zou fungeren om de werkgeversbijdrage aan de N.M.B.S. te bezorgen, kan die werkgeversbijdrage voor hem het neutrale karakter verwerven dat het Hof van Cassatie eraan toekent. Dit is echter niet het geval, aangezien

⁹ Advies van de Raad van State, *Gedr. St.*, Kamer, 1961-1962, nr. 387/1, 4).

¹⁰ B.S., 14 december 1990.

¹¹ Zie Glaude, E. en Huinen, J., «Verplaatsingskosten: algemeen overzicht met een sociaal- en fiscaalrechtelijke benadering», *l.c.*, (197), 198-199.

¹² Algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 21 mei 1991, B.S., 4 juni 1991.

¹³ In die zin: Arbrb. Gent, 14 januari 1986, *R.W.*, 1984-1985, 2925; STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, C., *Arbeidsovereenkomst*, nr. 270, 207.

de werknemer de volledige kostprijs van het sociaal abonnement uit eigen vermogen betaalt en slechts achteraf de werkgeversbijdrage tot gedeeltelijke terugbetaling daarvan behoudt.

12. De houding die het Hof van Cassatie aanneemt, is dus onverenigbaar met de wijze waarop de betaling van het sociaal abonnement en van de werkgeversbijdrage daarin, door de wetgeving van 1962 is uitgewerkt. Het Hof staart zich blind op de macro-economische verantwoording van deze wetgeving in de verhouding werkgever-overheid, zonder rekening te houden met het concrete doel van de wetgeving en met de daaruit voortvloeiende juridische realiteit in de verhouding werkgever-werknemer. Gereduceerd tot deze achterliggende verantwoording is de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement een soort parafiscale taks die met de werknemer niets uitstaans heeft en derhalve voor deze laatste noch een voordeel noch een vergoeding van beroepskosten uitmaakt.

De fixatie op de achterliggende verantwoording in de verhouding werkgever-overheid blijkt ook uit de motivering die wordt gegeven om de werkgeversbijdrage niet als een vergoeding van beroepskosten te bestempelen, namelijk dat de werkgeversbijdrage niet in de plaats komt van een uitgave die de werknemers zouden moeten dragen, maar van een prestatie die, zonder de werkgeversbijdrage, ten laste van de Staat zou vallen. Met deze motivering kan het Hof van Cassatie onmogelijk doelen op de regeling die in de wet van 27 juli 1962 en het K.B. van 28 juli 1962 is uitgewerkt, aangezien de afwezigheid van werkgeversbijdrage daar tot gevolg heeft dat de werknemer de gehele kostprijs van het abonnement draagt (*supra*, nrs. 1-2 en 10). Om de werkgeversbijdrage die door de wetgeving van 1962 is uitgewerkt, juridisch te duiden, vertrekt het Hof van Cassatie dus van de situatie die zou bestaan indien... de wetgeving van 1962 er niet zou zijn en de specifieke financieringslast inderdaad volledig op de Staat zou rusten. Op zijn minst een bizarre techniek van wetsinterpretatie.

V. Gevolgen van het cassatiearrest van 21 april 1997 voor de loonkwalificatie in de Arbeidsovereenkomstenwet

13. Hoewel het cassatiearrest van 21 april 1997 werd gewezen in een onderwijszaak, is de erin gevoerde redenering perfect transposeerbaar op de arbeidsovereenkomst die wordt geregeld door de Arbeidsovereenkomstenwet. Het wettelijke kader is hetzelfde en het Hof van Cassatie volgt naadloos de redenering die de vermelde arbeidsrechtelijke doctrine ertoe bracht om de werkgeversbijdrage niet als een (loon)voordeel in de arbeidsovereenkomstenwetgeving te beschouwen (*supra*, nrs. 3 en 5).

De toepassing naar analogie van het arrest van 21 april 1997 betekent dus dat de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement, voor de Arbeidsovereenkomstenwet niet als loon of voordeel verworven krachtens de overeenkomst kan worden aangemerkt. De werkgeversbijdrage is niet alleen geen gedeeltelijke terugbetaling van een abonnementsprijsreiskosten (*supra*, nr. 5), maar ook geen economisch voordeel voor de werknemer (*supra*, nr. 10). Zonder een economisch voordeel kan er geen sprake zijn van «loon» of «voor-

deel verworven krachtens de overeenkomst» in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet.¹⁴

VI. Gevolgen van het cassatiearrest van 21 april 1997 voor de loonkwalificatie in de bijdrageregeling van het sociaalezekerheidsstelsel der werknemers

A. Kwalificatie als loon in de zin van de Loonbeschermingswet

14. De verschuldigdheid van sociaalezekerheidsbijdragen is in eerste instantie afhankelijk van de kwalificatie als loon in de zin van artikel 2 van de Loonbeschermingswet. Artikel 2, al. 1, 1°, van deze wet definieert als loon het (i) loon in geld, (ii) waarop de werknemer recht heeft, (iii) ingevolge zijn dienstbetrekking en (iv) ten laste van de werkgever.

15. De werknemer heeft recht op de werkgeversbijdrage krachtens artikel 1 van de wet van 27 juli 1962 en artikel 4 van het K.B. van 28 juli 1962, evenals krachtens artikel 3 van de C.A.O. nr. 19^{ter} of een eventuele sectorale C.A.O. terzake (*supra*, nr. 8). Dit recht is o.i. zeker «ingevolge de dienstbetrekking», aangezien het onmiskenbaar verbonden is met de dienstbetrekking en enkel dankzij de dienstbetrekking ontstaat.¹⁵ Weliswaar ontstaat het recht op werkgeverstussenkomst ook door de vervoerovereenkomst die door de aanschaf van een abonnement bij de N.M.B.S. wordt gesloten, maar zulks belet niet dat het recht *tevens* ingevolge de dienstbetrekking is, hetgeen volstaat.¹⁶ In principe kan er evenmin twijfel bestaan over het ten laste vallen van de werkgever, aangezien deze tot de bijdrage gehouden is en die bijdrage in de regel ook effectief financieel zal dragen (zie het voor de draagwijdte van het criterium «ten laste van de werkgever»).

Rest nog de vraag of de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement als een «loon in geld» kan worden beschouwd, daar het Hof van Cassatie daarin enkel de (terug)betaling ziet van een verliesdeling die de werkgever moet ten laste nemen. Ook hier moet het antwoord bevestigend zijn, althans in de gangbare analyse terzake. Volgens deze analyse vereist de kwalificatie als «loon in geld» in de zin van artikel 2, eerste lid, 1°, van de Loonbeschermingswet immers geen werkelijk loonvoordeel voor de werknemer. Dit verklaart waarom de vergoeding van zuivere beroepskosten als «loon in geld» wordt aangemerkt, terwijl het gaat om de terugbetaling van kosten die in principe door de werkgever moeten worden gedragen en door de werknemer enkel waren voor-

¹⁴ JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, II, p. 82-83, nr. 75; TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *Congé indemnité préavis*, II, Brussel, 1975, 74; cf., Cass., 9 maart 1992, *R.W.*, 1992-1993, 291.

¹⁵ Zie voor de draagwijdte van het criterium «ingevolge de dienstbetrekking»: VAN EECKHOUTTE, W., «Het begrip loon in de bijdrageregeling van het sociaalezekerheidsstelsel voor werknemers – Algemene beginselen», in *Het loonbegrip*, VAN STEENBERGE, J. en JORENS, Y. (red.), Brugge, die Keure, 1995, (1), p. 10-13, nrs. 15-19.

¹⁶ Zie en vergelijk met het recht op loon dat in uitvoering van een financiële participatie ontstaat maar tevens ingevolge de dienstbetrekking is: DE VOS, M., «Financiële participatie en het loonbegrip in artikel 2 van de Loonbeschermingswet: een *never ending story*?», *Soc. Kron.*, 1996, (223), p. 227, nr. 19 en de verwijzingen aldaar.

¹⁷ *Ibid.*, (223), p. 228, nr. 22.

geschoten.¹⁸ Dezelfde redenering geldt *mutatis mutandis* voor de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement. Het vereiste van «loon in geld» is eigenlijk gereduceerd tot «geld» zonder meer,¹⁹ en daaraan beantwoordt vanzelfsprekend ook de hier bedoelde werkgeversbijdrage.

B. De werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement en het uitvoeringsbesluit S.Z.-Wet

16. Uit het vorenstaande volgt dat de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement in beginsel loon uitmaakt in de zin van de Loonbeschermingswet.²⁰ Derhalve zijn daarop socialezekerheidsbijdragen verschuldigd, behoudens indien het uitvoeringsbesluit van de S.Z.-Wet hiervan afwijkt (artikel 23, tweede lid, Algemene Beginselenwet Sociale Zekerheid; artikel 14, § 2, S.Z.-Wet).

17. Tot op heden werd beweerd dat de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement een bedrag uitmaakt dat geldt als «terugbetaling van de kosten die de werknemer heeft verricht om zich van zijn woonplaats naar zijn werkplaats te begeven», in de zin van artikel 19, § 2, 4°, van het uitvoeringsbesluit S.Z.-Wet. In die hoedanigheid is de werkgeversbijdrage vrijgesteld van betaling van sociale-zekerheidsbijdragen.²¹

Met toepassing van het besproken arrest gaat deze interpretatie niet langer op. Voor het Hof van Cassatie is de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement immers geenszins een terugbetaling van *reiskosten* maar een verliesdeelname ten bate van de Staat (*supra*, nrs. 4-5). Daarenboven verklaart het Hof uitdrukkelijk dat de werkgeverstegemoetkoming geen vergoeding van beroepskosten in het algemeen uitmaakt (*supra*, nrs. 4 en 11-12), wat evenzeer de kwalificatie als «terugbetaling van de kosten die de werknemer heeft verricht om zich van zijn woonplaats naar zijn werkplaats te begeven», uitsluit.

18. Blijft ten slotte de vraag of de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement kan worden beschouwd als de vergoeding van «kosten die ten laste van zijn werkgever vallen», die eveneens krachtens artikel 19, § 2, 4°, van het uitvoeringsbesluit S.Z.-Wet is vrijgesteld van socialezekerheidsbijdragen. In de huidige stand van de rechtspraak valt de vergoeding van beroepskosten die niet inherent zijn aan de uitvoering van de arbeid maar er wel mee verband houden, on-

der het begrip «kosten die ten laste van zijn werkgever vallen», indien de werkgever tot de vergoeding van deze kosten verplicht is.²²

Het deel van de «abonnementsprijs» van het sociaal abonnement dat met de werkgeversbijdrage overeenstemt, maakt voor het Hof van Cassatie wel geen onderdeel uit van de abonnementsprijs-reiskosten, maar het blijft niettemin zo dat de werknemer dit deel moet betalen bij en door het maken van reiskosten via de aanschaf van het sociaal abonnement. In die optiek zou deze betaling nog steeds een beroepsuitgave *sensu lato* kunnen uitmaken, die – zoals de reiskosten zelf – verband houdt met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zonder door de eigenlijke uitvoering ervan te zijn veroorzaakt. Aangezien de werkgever zeker door de wetgeving van 1962 en de C.A.O. nr. 19ter verplicht is tot terugbetaling met de werkgeversbijdrage, lijkt deze bijdrage als een vergoeding van kosten ten laste van de werkgever te kunnen doorgaan.

Maar ook deze analyse krijgt het moeilijk indien het cassatiearrest van 21 april 1997 wordt toegepast. Het Hof van Cassatie overweegt immers dat de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement, geen vergoeding van beroepsuitgaven uitmaakt. De werkgeversbijdrage komt niet in de plaats van een uitgave die de werknemers zouden moeten dragen, maar van een prestatie die – zonder de werkgeversbijdrage – ten laste van de Staat zou vallen (*supra*, nrs. 4 en 11-12). Behoudens indien men aanneemt dat de stelling van het Hof van Cassatie beperkt blijft tot die uitgaven die reiskosten voor woon-werkverkeer zijn en dus nog ruimte laat voor de kwalificatie als vergoeding van andere beroepsuitgaven, is de consequentie ervan onverbiddelijk. De werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement kan dan niet worden beschouwd als een vergoeding van beroepskosten en dus ook niet als een kostenvergoeding in de zin van artikel 19, § 2, 4°, van het uitvoeringsbesluit S.Z.-Wet, met als gevolg dat daarop socialezekerheidsbijdragen zijn verschuldigd.

VII. Besluit – Alternatieve analyse

19. Het cassatiearrest van 21 april 1997 kan ons inziens niet worden bijgevalen, noch de benadering van de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement als verliesdeling ten bate van de Staat (*supra*, nrs. 5-8), noch in de gevolgen die aan deze benadering worden gekoppeld (*supra*, nrs. 9-12). Het gaat niet op de materieel-inhoudelijke draagwijdte van de wetgeving van 1962 compleet te negeren onder het mom van de achterliggende verantwoording die de werkgever bij het uitvaardigen van deze wetgeving heeft geïnspireerd. De aanleiding van de wet van 27 juli 1962 en het K.B. van 28 juli 1962 mag dan al parafiscaal zijn, de draagwijdte ervan is dat geenszins op het vlak van de werkgeversbijdrage in de verhoudingen werkgever-werknemer en werknemer-N.M.B.S.

In de verhouding werkgever-werknemer is de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement ons inziens een terugbetaling van kosten die de werknemer moet maken naar aanleiding van de arbeid, hetzij als reiskosten, hetzij als verplichte voorafbetaling van een verliesdeling die de werkge-

¹⁸ Zie BOES, M., «Terugbetaling van kosten en toekenning van voordelen», in *Aanwerven, Tewerkstellen, Ontslaan*, MERGITS, B., VANACHTER, O., VAN EECKHOUTTE, W. en VOTQUENNE, D. (red.), Antwerpen, Kluwer, losbl., (T 204 10), T 204 25; VAN EECKHOUTTE, W., «Het begrip loon in de bijdrageregeling van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers – Algemene beginselen», *l.c.*, (1), nr. 23, p. 15.

¹⁹ Cf. Cass., 16 januari 1978, *A.C.*, 1978, 596, concl. Adv.-gen. LENAERTS, H., VAN EECKHOUTTE, W., «Het begrip loon in de bijdrageregeling van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers – Algemene beginselen», *l.c.*, (1), p. 6, nr. 7.

²⁰ In dezelfde zin: GLAUDE, E., en HUINEN, J., «Verplaatsingskosten: algemeen overzicht met een sociaal- en fiscaalrechtelijke benadering», *l.c.*, (197), 204.

²¹ GLAUDE, E. en HUINEN, J., «Verplaatsingskosten: algemeen overzicht met een sociaal- en fiscaalrechtelijke benadering», *l.c.*, (197), 205; VERBRUGGE, F., «Les frais de déplacement du domicile au lieu de travail (et inversement)», *Orient*, (237), 245.

²² Cass., 17 mei 1993, *R.W.*, 1993-1994, 399, concl. adv.-gen. BRESSELEERS, G.; zie VAN EECKHOUTTE, W., «Het begrip loon in de bijdrageregeling van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers – Algemene beginselen», *l.c.*, p. 53-57, nrs. 85-93.

ver finaliter zal dragen. Of de werkgeversbijdrage in die hoedanigheid een «voordeel verworven krachtens de overeenkomst» uitmaakt, hangt af van de vraag of de genoemde kosten, beroepskosten in arbeidsrechtelijke zin uitmaken. Het antwoord op deze vraag vergt een diepgaande studie, maar in de klassieke benadering zijn alvast reiskosten geen beroepskosten in arbeidsrechtelijke zin, zodat de vergoeding ervan een voordeel verworven krachtens de overeenkomst impliceert (*supra*, nr. 2). Op het vlak van de sociale zekerheid blijft de werkgeversbijdrage als kostenvergoeding hoe dan ook vrijgesteld van sociale zekerheidsbijdragen, ofwel als eigenlijke reiskosten (*supra*, nr. 17), ofwel als kosten ten laste van de werkgever (*supra*, nr. 18).

Volgt men het cassatiearrest van 21 april 1997, dan is het alsof de werkgeversbijdrage in het sociaal abonnement niets

met het vermogen van de werknemer te maken heeft, zodat deze voor hem een neutraal karakter heeft. In die benadering is er geen sprake van een loonvoordeel in de Arbeids-overeenkomstenwet (*supra*, nr. 13), maar ook niet van een vergoeding van beroepskosten (*supra*, nr. 4). Dit laatste kan de verschuldigdheid van socialezekerheidsbijdragen op de werkgeversbijdrage tot gevolg hebben, aangezien het nog steeds gaat om een geldsom waarop de werknemer ingevolge de dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever (*supra*, nrs. 14-18).

Marc DE VOS
Aspirant-F.W.O.
Vakgroep Sociaal Recht
Universiteit Gent

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

14 JULI 1997

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Bossuyt en Henneuse

Advocaten: mrs. De Schepper en Michiels loco Van Bever

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Strafvordering – Bewijs in strafzaken – Processen-verbaal tot bewijs van het tegendeel – Verkeersmisdrijven – Betrokkenheid van de verbalisant bij de vastgestelde feiten

Art. 62 Wegverkeerswet schendt de artt. 10 en 11 Grondwet, in zoverre aan de in die wetsbepaling bedoelde processen-verbaal een bijzondere bewijswaarde wordt toegekend tot bewijs van het tegendeel, zonder een onderscheid te maken naargelang de verbalisant al dan niet persoonlijk betrokken is bij de feiten die hij heeft vastgesteld.

Arrest nr. 48/97

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 3 juni 1996 heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Dient artikel 62 Wegverkeerswet (K.B. van 16 maart 1968) aldus begrepen te worden dat de bijzondere bewijswaarde die aan de tijdig toegezonden processen-verbaal inzake verkeersovertredingen, dit is binnen een termijn van acht dagen, te rekenen vanaf de datum der vaststellingen, wordt verleend, in die zin dat zij bewijs oplevert zolang het tegendeel niet is bewezen, enkel kan slaan, op gevaar af de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet te schenden, op processen-verbaal, opgemaakt door verbalisanten, die niet persoonlijk betrokken zijn bij de vastgestelde misdrijven, in de mate waarin zij bij het misdrijf enige materiële en/of morele schade opliepen of riskeerden?»

...

B.1.1. Bij beschikking van 5 maart 1997 heeft het Hof de gestelde prejudiciële vraag als volgt geherformuleerd:

«Schendt artikel 62 van de Wegverkeerswet ten opzichte van de beklaagde de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre aan de in die wetsbepaling bedoelde processen-verbaal een bijzondere bewijswaarde wordt toegekend tot bewijs van het tegendeel, indien die bepaling (zo wordt geïnterpreteerd dat ze) geldt voor alle daarin bedoelde verbalisanten zonder onderscheid, en dus ook wanneer de verbalisant persoonlijk betrokken is bij het vastgestelde misdrijf of enige materiële en/of morele schade opliep of riskeerde?»

B.1.2. Uit de motieven van de verwijzingsbeslissing blijkt dat de prejudiciële vraag betrekking heeft op artikel 62, eerste en tweede lid, van de Wegverkeerswet, die luiden:

«De ambtenaren en beambten van de overheid, door de regering aangesteld om toezicht te houden op de uitvoering van deze gecoördineerde wetten stellen de overtreding van deze wetten en van de reglementen betreffende de politie over het wegverkeer vast door processen-verbaal, die bewijs opleveren zolang het tegendeel niet bewezen is.

Een afschrift van die processen-verbaal wordt aan de overtreders gezonden binnen een termijn van acht dagen, te rekenen van de datum van vaststelling van de misdrijven.»

B.1.3. De prejudiciële vraag heeft betrekking op het bijzondere geval waarin de beklaagde van een verkeersmisdrijf zich bevindt indien de verbalisant geen onafhankelijke derde is, maar op een of andere wijze persoonlijk betrokken is bij het vastgestelde misdrijf, doordat hij schade opliep of riskeerde op te lopen. Alvorens die vraag te beantwoorden, past het te onderzoeken of artikel 62, eerste en tweede lid, Wegverkeerswet, die bijzondere hypothese buiten beschouwing latend, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt.

B.2.1. De processen-verbaal bedoeld in artikel 62 Wegverkeerswet hebben een bijzondere wettelijke bewijswaarde en vormen aldus een uitzondering op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als loutere inlichting. Genoem-

de processen-verbaal vormen een uitzondering op de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element; zij hebben tot gevolg dat de beklaagde in een bewijs situatie wordt gebracht die verschilt van wat de regel is in het strafprocesrecht. Het Hof dient te onderzoeken of voor dat verschil in behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat en de rechten van de beklaagde niet onevenredig worden beperkt.

B.2.2. De in artikel 62 Wegverkeerswet bedoelde misdrijven hebben vaak een vluchtig en kortstondig karakter en de vaststelling ervan wordt bemoeilijkt door de mobiliteit van het voertuig. De bedoeling is die moeilijke bewijsbaarheid te verhelpen door een bijzondere geloofwaardigheid te hechten aan de vaststelling van de feiten door personen die daartoe de nodige bevoegdheid hebben.

B.3.1. Rekening houdend met de *ratio legis* van de voorgelegde bepaling moet worden beklemtoond dat de bijzondere wettelijke bewijswaarde slechts betrekking heeft op het materiële element van het misdrijf en niet op de andere constitutionele bestanddelen ervan.

B.3.2. De bijzondere wettelijke bewijswaarde bedoeld in artikel 62 Wegverkeerswet komt slechts toe aan de processen-verbaal opgesteld door de personen bedoeld in artikel 3 van dezelfde wet en is gekoppeld aan de door de wetgever uitdrukkelijk aan hen verleende bijzondere opdracht om verkeersmisdrijven vast te stellen en aan de verantwoordelijkheid die deze opdracht impliceert. De bijzondere bewijswaarde geldt ook slechts bij de vaststelling van politievertreden en wanbedrijven; ze is enkel verbonden aan de persoonlijk door de verbalisant gedane vaststellingen en komt niet toe aan vaststellingen die gebeurden op een wijze die niet wettig is of niet verenigbaar is met de algemene rechtsbeginselen.

Bovendien mag met betrekking tot de processen-verbaal met bijzondere wettelijke bewijswaarde het tegenbewijs worden geleverd. Het tegenbewijs behoort tot de rechten van de verdediging en mag worden geleverd door alle wettelijke bewijsmiddelen, die door de rechter worden beoordeeld.

B.3.3. Gelet op de nagestreefde doelstelling, de specifieke aard van de misdrijven waarover het gaat en rekening houdend met het bovenstaande, houdt artikel 62 Wegverkeerswet geen onredelijke beperking in van de rechten van de beklaagde en schendt die bepaling als dusdanig de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

B.4.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op het geval waarin een verbalisant persoonlijk zou zijn betrokken bij het misdrijf waarvan hij een proces-verbaal heeft opgesteld. Zij veronderstelt een vergelijking tussen twee categorieën van personen: personen die betrokken zijn bij een misdrijf dat wordt vastgesteld door een verbalisant die persoonlijk betrokken is bij deze feiten; personen die betrokken zijn bij feiten vastgesteld door een verbalisant die niet persoonlijk betrokken is. Artikel 62 legt in beide gevallen de verplichting op om aan het proces-verbaal een identieke bewijswaarde toe te kennen, wat erop neer komt dat twee verschillende situaties gelijk worden behandeld.

B.4.2. In het geval waarin de verbalisant betrokken is bij de feiten die hij beweert vast te stellen, verhindert artikel 62 dat het proces op een eerlijke manier verloopt, omdat het de rechter verplicht de bewijswaarde van het proces-verbaal te aanvaarden. Artikel 62 schendt aldus de artikelen 10

en 11 van de Grondwet in samenhang met de regels van het eerlijk proces bevestigd trouwens door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

NOOT – Zie ook Corr. Brugge, 24 november 1997 verder in dit nummer gepubliceerd.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 21 APRIL 1997

Voorzitter-rapporteur: de h. Marchal

Openbaar Ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Draps en Simont

1. Onderwijs – Vrij gesubsidieerd onderwijs – Personeelslid – Weddetoelagen – Wedde – Bestanddelen – Betaling – 2. Arbeidsovereenkomst – Reiskosten – Sociaal abonnement – Werkgeversbijdrage – Aard – Belasting – Werknemer – Economisch voordeel – Beroepsuitgave

1. Krachtens de Schoolpactwet betaalt de Staat de weddetoelage, gelijk aan de met verschillende vergoedingen, overeenkomstig de bekwaamheidsbewijzen van de belanghebbende verhoogde wedde, rechtstreeks en maandelijks aan het personeelslid van de gesubsidieerde inrichting.

2. De werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de N.M.B.S. ingevolge de uitgifte van een sociaal abonnement, is een soort van belasting teneinde de overheids subsidies voor de N.M.B.S. wegens de voorkeurtarieven te verminderen. Zij strekt niet ertoe aan de werknemers een economisch voordeel te verschaffen noch vormt zij een vergoeding van beroepsuitgaven.

Franse Gemeenschap t/ A. en V.Z.W. I.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 februari 1996 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

(...)

Overwegende dat uit de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving blijkt: a) dat de Staat aan de gesubsidieerde onderwijsinrichtingen weddetoelagen en werkingstoelagen verleent (artikel 25); b) dat de weddetoelage gelijk is aan de met verschillende vergoedingen verhoogde wedde waarop betrokkene, overeenkomstig zijn bekwaamheidsbewijzen recht zou hebben indien hij tot het Rijksonderwijs zou behoren (artikel 29); c) dat de Staat de weddetoelagen rechtstreeks en maandelijks betaalt aan de leden van het personeel van de gesubsidieerde inrichtingen (artikel 36);

Overwegende dat het arrest beslist dat de door de werkgever krachtens de wet van 27 juli 1962 verschuldigde bijdrage de werknemer verrijkt, aangezien hij ontslagen is van een uitgave die hij anders had moeten dragen; dat het arrest daaruit besluit dat die bijdrage voor de werknemer een loonvoordeel is dat deel uitmaakt van de in artikel 29 van de wet van 29 mei 1959 bedoelde weddetoelage;

Overwegende dat artikel 1 van de wet van 27 juli 1962 tot vaststelling van een werkgeversbijdrage in het verlies geleden door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.) ingevolge de uitgifte van abonnementen

voor werklieden en bedienden, bepaalt dat werkgevers die werknemers tewerkstellen, aan wie door de N.M.B.S. een sociaal abonnement kan worden toegestaan om zich van hun verblijfplaats naar de plaats van hun werk en omgekeerd te begeven, ertoe gehouden zijn, niettegenstaande enige hiermee strijdige overeenkomst, in de prijs van dat abonnement bij te dragen;

Dat de Raad van State in zijn advies over het ontwerp van de wet van 27 juli 1962, stelde dat het ontwerp ertoe strekte «de Schatkist gedeeltelijk te ontslaan van de last die het voor haar betekende, dat ieder jaar op de begroting van het ministerie van Verkeerswezen en van Post, Telegraaf en Telefoon een bedrag moest worden uitgetrokken tot dekking van het deficit dat de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen boekte wegens de abnormaal lage prijs van de abonnementen voor werklieden en bedienden»; dat in de memorie van toelichting bij genoemd wetsontwerp erop wordt gewezen dat de regering het niet wenselijk heeft geoordeeld het opschrift van het ontwerp te wijzigen zoals de Raad van State had gesuggereerd, aangezien de regering het van belang achtte dat reeds uit het opschrift zelf van de wet zou blijken, dat de verantwoording voor de invoering van een werkgeversbijdrage gelegen is in het verlies geleden door de N.M.B.S., ingevolge de uitgifte van abonnementen voor werklieden en bedienden;

Dat die aan de werkgevers opgelegde bijdrage die de Raad van State in zijn advies als een soort belasting heeft beschouwd, bestemd is om de bijdrage van de Staat in de financiering van het door de N.M.B.S. wegens de voorkeursstarieven geboekte deficit te verminderen; dat die bijdrage niet ertoe strekt aan de werknemers een economisch voordeel te verschaffen en dat zij voor hen geen vergoeding van beroepsuitgaven vormt, aangezien zij niet in de plaats komt van een uitgave waartoe zij gehouden zouden zijn, maar van een prestatie die zonder die bijdrage ten laste zou vallen van de Staat;

Dat het arrest derhalve zijn beslissing waarbij die bijdrage als een loonvoordeel wordt beschouwd en de door de tweede verweerster tegen eiseres ingestelde rechtsvordering gegrond wordt verklaard, niet naar recht verantwoordt;

NOOT – 1. De rechtsvordering tegen de Staat ingesteld door een leerkracht van een gesubsidieerde inrichting tot betaling van een weddetoelage, is ontvankelijk (Cass., 10 mei 1990, *A.C.*, 1989-90, nr. 530, *R.v.St.*, 18 mei 1976, *Verr. Arr. R.v.St.*, 1976, 516).

2. Zie in dit nummer het artikel van M. De Vos, De juridische aard van de werkgeversbijdrage in een sociaal abonnement na het cassatiearrest van 21 april 1997; *res iudicata pro veritate accipitur*?

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 22 APRIL 1997

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaat: mr. Verbist

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Inkomstenverlies – Gehandicapte – Inkomensvervangende tegemoetkoming – Cumulatie

Bij het bepalen van de in het gemene recht aan de gelaedeerde gehandicapte toekomende schadevergoeding wegens inkomstenverlies, moeten de vergoedingen in het gemene recht worden afgetrokken van de inkomensvervangende tegemoetkoming, ook als die is toegekend in afwachting van de uitkering die haar grond vindt in een beperking van het verdienvermogen van de gehandicapte.

C. t/ D. en D.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 november 1995 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Overwegende dat het arrest slechts beslist op civielrechtelijk gebied;

...

Over het tweede middel:

Schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 2, §1, van de wet van 27 februari 1987 betreffende de Tegemoetkomingen aan Gehandicapten,

doordat het hof van beroep, uitspraak doende over de vordering van de heer P. D. in eigen naam, zijnde (tweede) verweerder, ter verkrijging van een vergoeding voor de schade voortspruitende uit zijn inkomstenverlies, het verweer van eiser waarin werd betoogd dat bij de bepaling van deze vergoeding rekening moest worden gehouden met het feit dat (tweede) verweerder voorts nog beschikt over inkomsten uit tegemoetkomingen aan gehandicapten (wet van 27 februari 1987) waarbij voor de berekening slechts gedeeltelijk rekening wordt gehouden met het inkomen (conclusie eiser van 22 augustus 1994) verwerpt en beslist dat «verder geen rekening (mag) worden gehouden met sociale vergoedingen die hij volgens (eiser) zou ontvangen, nu deze een andere rechtsgrond hebben»;

terwijl, overeenkomstig de artikelen 1382 en 1383 het slachtoffer van een onrechtmatige daad, te dezen een verkeersongeval veroorzaakt door eiser, recht heeft op de volledige vergoeding van de schade die daardoor werd veroorzaakt, zodat hij integraal wordt hersteld in de toestand waarin hij zou zijn geweest zonder het ongeval; dit inhoudt dat hij geen recht heeft op meer dan de integrale vergoeding; hieruit voortvloeit dat de vergoedingen waarop het slachtoffer naar gemeen recht aanspraak maakt tot algehele vergoeding van de door hem geleden schade, niet kunnen worden gecumuleerd met andere vergoedingen waarop hij krachtens de wet recht heeft wanneer deze betrekking hebben op dezelfde schade of hetzelfde gedeelte van de schade als die gedekt naar gemeen recht; te dezen door eiser als verweer was aangevoerd dat (tweede) verweerder tegemoetkomingen ontving op basis van de wet van 27 februari 1987 betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten; dat luidens artikel 2, §1, van deze wet de inkomensvervangende tegemoetkoming wordt toegekend aan de gehandicapte van ten minste 21 jaar en ten hoogste 65 jaar van wie is vastgesteld dat zijn lichamelijke of psychische toestand zijn verdienvermogen heeft verminderd tot 1/3 of minder dan wat een valide persoon door een of ander beroep op de algemene arbeidsmarkt kan verdienen; deze inkomensvervangende tegemoetkoming derhalve strekt tot vergoeding van de aantasting van het ver-

dienvermogen van de gehandicapte; de schadevergoeding die naar gemeen recht door het hof van beroep wordt toegekend wegens inkomstenverlies eveneens strekt tot vergoeding van het inkomstenverlies dat (tweede) verweerder lijdt tengevolge van de aantasting van zijn verdienvermogen; de appelrechters door het toekennen van een integrale schadevergoeding voor het inkomstenverlies dat vijfde verweerder ten gevolge van het ongeval lijdt en door te beslissen dat bij deze berekening geen rekening moet worden gehouden met de sociale vergoedingen die het slachtoffer zou ontvangen, te dezen de gehandicaptenvergoeding, aldus vergoedingen cumuleren die betrekking hebben op dezelfde schade en aldus aan vijfde verweerder meer toekennen dan de door hem geleden schade en hij aldus in een gunstigere positie wordt gebracht dan de toestand waarin hij zou zijn geweest zonder het ongeval, de appelrechters derhalve de in het middel aangewezen wetsartikelen schenden;

Overwegende dat, krachtens artikel 13, §1, eerste lid, 1°, Gehandicaptenwet Tegemoetkomingen, de in artikel 2, §1, van de wet bedoelde inkomensvervangende tegemoetkoming wordt geweigerd of verminderd indien de gehandicapte krachtens een andere Belgische of een buitenlandse wetgeving of krachtens regelen van toepassing op het personeel van een volkenrechtelijke instelling aanspraak heeft op, onder meer, uitkeringen die hun grond vinden in een beperking van het verdienvermogen;

Dat, krachtens het vermelde artikel 13, §1, tweede lid, wanneer het bedrag van de uitkeringen lager is dan dat van de tegemoetkomingen, de gehandicapte recht heeft op het verschil;

Dat, krachtens het vermelde artikel 13, §1, derde lid, de gehandicapte ertoe gehouden is zijn aanspraak op de bedoelde uitkeringen te doen gelden;

Dat, krachtens §2 van hetzelfde artikel, de inkomensvervangende tegemoetkoming kan worden verleend bij wijze van voorschot op de uitkeringen die hun grond vinden in een beperking van het verdienvermogen;

Overwegende dat krachtens deze bepalingen de inkomensvervangende tegemoetkoming slechts toekenbaar is wanneer de uitkeringen die hun grond vinden in een beperking van het verdienvermogen lager zijn dan de tegemoetkoming;

Dat, anders dan het middel aanvoert, de vergoedingen in het gemeen recht moeten worden afgetrokken van de tegemoetkoming;

Dat de toekenning van een inkomensvervangende tegemoetkoming in afwachting van de uitbetaling van een uitkering die haar grond vindt in een beperking van het verdienvermogen, daaraan niet in de weg staat;

Overwegende dat, gelet op vermelde door het Hof gegeven redenen, de beslissing van de appelrechters dat bij het bepalen van de in het gemeen recht aan de tweede verweerder toekomende schadevergoeding wegens inkomstenverlies geen rekening mag worden gehouden met de inkomensvervangende tegemoetkoming, naar recht is verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

NOOT – *De aanspraken van de op een inkomensvervangende tegemoetkoming gerechtigde gehandicapte tegen de auteur van de schade aan verdienvermogen. Doet de aan de gehandicapte in afwachting uitbetaalde inkomensvervangende tegemoetkoming er niet toe?*

Blijkens de voorziening van de aansprakelijk gestelde eiser in cassatie, had hij voor het hof van beroep doen gelden dat van de schadevergoeding die aan de gelaedeerde gehandicapte (tweede verweerder) wegens inkomstenverlies toekwam, de aan deze toegekende inkomensvervangende tegemoetkoming moest worden afgetrokken. Het hof van beroep verwierp dat verweer met de overweging dat zulke tegemoetkomingen «een andere rechtsgrond hebben».

De eiser in cassatie valt dat motief aan, o.m. met verwijzing naar artikel 2, §1, Gehandicaptenwet Tegemoetkomingen 1987, volgens hetwelk de inkomensvervangende tegemoetkoming wordt toegekend wegens vermindering van het verdienvermogen van de gerechtigde.

Zoals het geannoteerde arrest zegt, wordt de kwestie van de cumuleerbaarheid van de door de Gehandicaptenwet 1987 ingestelde tegemoetkomingen geregeld in artikel 13 van die wet. De eiser heeft evenwel «vergeten» de schending van die wetsbepaling aan te voeren. Voor de burgerlijke kamer van het Hof van Cassatie zou die «vergetelheid» onverbiddelijk tot de niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel hebben geleid (art. 1080 Ger.W.). De jurisprudentie van het Hof in strafzaken neemt evenwel aan dat, zelfs met betrekking tot de civielrechtelijke vordering, geen enkele eiser op straffe van nietigheid de geschonden wetsbepaling moet aanwijzen, althans als de aangevoerde onwettigheid klaar is aangegeven (Cass., 10 januari 1978, *A.C.*, 1978, 550). Of dit laatste hier is gedaan, laten we in het midden. Het Hof heeft er geen punt van gemaakt en heeft zelf de toepasselijke wetsbepaling opgespoord en geanalyseerd.

Het Hof onderzoekt dus de draagwijdte en het effect van artikel 13 van de Gehandicaptenwet Tegemoetkomingen en verklaart het aangevallen arrest naar recht verantwoord, op grond van motieven die het in de plaats stelt van die van de bestreden beslissing en die hierna worden besproken.

Wanneer het Hof van Cassatie aldus zijn substitutiebevoegdheid aanwendt, besluit het normaliter dat het aangevoerde middel van de eiser niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang (Cass., 5 mei 1993, *A.C.*, 1993, nr. 221 (19°)). In het besproken arrest luidt het evenwel: «dat het middel niet kan worden aangenomen», zonder dat voor deze weinig zeggende formule een reden aanwezig lijkt te zijn.

De vermindering van het verdienvermogen van de gehandicapte waarvan de toekenning van de inkomensvervangende tegemoetkoming afhangt, is grotendeels gekopieerd op het ongeschiktheidsbegrip van de ziekteverzekering (art. 2, §1, van de vigerende Gehandicaptenwet en art. 100, §1, G.V.U.-wet). Zo loopt ook de cumulatierегeling van een inkomensvervangende tegemoetkoming en andere uitkeringen wegens vermindering van het verdienvermogen, parallel met de toekenning van prestaties in de G.V.U.-wet, indien de door de gerechtigde opgelopen schade ook in enige andere wetgeving is gedekt (art. 13 Gehandicaptenwet en art. 136, §2, G.V.U.-wet).

Als de gehandicapte voor de schade aan zijn verdienvermogen ook aanspraak heeft op vergoeding of uitkering krachtens enige andere wetgeving, bepaalt de Koning de voorwaarden waarin de inkomensvervangende tegemoetkoming wordt verleend bij wijze van «voorschot» op de uitkering van de andere wetgeving (art. 13, §2, Gehandicaptenwet Tegemoetkomingen). Bij de betaling van die «voorschotten» treedt de Dienst of Instelling in de rechten van de gehandicapte tot beloop van het uitgekeerde bedrag (*id.* en de artt. 30 en 31

K.B. 6 juli 1987; vergelijk: art. 136, §2, derde en vierde lid, G.V.U.-wet en art. 275 K.B. 3 juli 1996).

Bij een oppervlakkige lezing van bedoeld artikel 13, § 2, zou enig misverstand kunnen rijzen nopens de aard van de tegemoetkoming die in het bedoelde geval wordt toegekend. Het is evenwel evident dat in dat geval, zoals het Hof van Cassatie zegt, «een inkomensvervangende tegemoetkoming (wordt toegekend) in afwachting van de uitbetaling van een uitkering (krachtens een andere wetgeving) die haar grond vindt in een beperking van het verdienvermogen».

Kapitaal daarbij is, maar het cassatiearrest zwijgt daarover, dat de Dienst of Instelling, voor het in afwachting toegekende bedrag van de inkomensvervangende tegemoetkoming, in de rechten van de gehandicapte treedt.

Nu had de krachtens het gemene recht aansprakelijk verklaarde eiser in cassatie voor de feitenrechter gesteld dat, wat betreft de civiele vordering wegens inkomstenverlies, rekening moest worden gehouden met de tegemoetkoming die de tweede verweerder in het kader van de Gehandicaptenwet ontving. En die stelling herhaalt hij in zijn cassatiemiddel.

Het kernantwoord dat het Hof daarop geeft, is tweeledig: 1° vergoedingen verkregen in het gemene recht moeten worden afgetrokken van de inkomensvervangende tegemoetkoming; 2° die regel geldt ook voor de inkomensvervangende tegemoetkoming uitbetaald in afwachting van de uitkering van een andere vergoeding wegens vermindering van het verdienvermogen.

Wat daarvan te denken?

Allereerst moet worden vastgesteld dat de cumulatieregels gevestigd in artikel 13 Gehandicaptenwet Tegemoetkomingen, zowel als de parallelle regeling van artikel 136, § 2, G.V.U.-wet, inhouden dat de aanspraken van de gerechtigde op tegemoetkoming op prestaties in die stelsels subsidiair worden vanaf het ogenblik dat hij voor hetzelfde nadeel aanspraken krachtens een andere wetgeving kan doen gelden. In beginsel vervalt dan zijn recht op tegemoetkoming; het blijft alleen nog bestaan voor het bedrag dat de grootte van de aanspraak in de andere wetgeving overtreft. Het geannoteerde arrest vat dit in het concrete geval als volgt samen: «De vergoedingen in het gemene recht moeten worden afgetrokken van de (inkomensvervangende) tegemoetkoming». Dat lijkt ons in het kader van het geschil over de grootte van de *civielrechtelijke vordering* niet de meest adequate formulering, maar tenslotte is dit slechts een kwestie van verwoorden.

Anders wordt het als het arrest daarenboven zegt dat die aftrekregel onverminderd geldt wanneer de inkomensvervangende tegemoetkoming aan de gehandicapte enkel is toegekend in afwachting van de vergoeding die hem krachtens het gemene recht toekomt, en het arrest op die grond de beslissing van het hof van beroep naar recht verantwoord verklaart. Op die manier bekrachtigt het Hof van Cassatie de beslissing van de feitenrechter dat hij bij de begroting van de schadevergoeding die de aansprakelijke krachtens het commune recht aan de gehandicapte wegens inkomstendering moet betalen, geen rekening hoeft te houden met de eventuele inkomensvervangende tegemoetkomingen die laatstbedoelde voor dezelfde schade mocht hebben ontvangen.

Het moet verwondering baren dat het Hof van Cassatie bij de analyse van artikel 13 van de Gehandicaptenwet Te-

gemoetkomingen geen oog heeft voor de daarin gevestigde wettelijke indeplaatsstelling van de Dienst of Instelling die aan de gehandicapte voorschotten op de inkomensvervangende tegemoetkoming heeft verleend. Die subrogatie heeft immers tot gevolg dat de schuldvordering die de gehandicapte – hier in het gemene recht – wegens de aantasting van zijn verdienvermogen bezit, wettelijk is overgedragen aan de betalende dienst of instelling. Dat deel van zijn schuldvordering verdwijnt dus uit zijn vermogen, zodat zijn civiele vordering noodzakelijkerwijze wordt ingekort met het bedrag van de ontvangen tegemoetkomingen (Cass., 14 februari 1991, A.C., 1990-91, nr. 318; Cass., 13 januari 1989, A.C., 1988-89, nr. 284).

Andere effecten van die indeplaatsstelling zijn eensdeels dat de betrokken Dienst of Instelling zich zelf burgerlijke partij tegen de eiser in cassatie vermocht te stellen (Cass., 25 januari 1995, A.C., 1995, nr. 140), en anderdeels dat de overeenkomstig de wettelijke voorwaarden aan de gehandicapte uitgekeerde inkomensvervangende tegemoetkomingen, van hem niet als onverschuldigde betalingen teruggevorderd kunnen worden (vgl. Cass., 19 december 1988, R.W., 1988-89, 1059). Daarenboven zal de aansprakelijke auteur van de schade zich door een betaling aan de gehandicapte niet kunnen bevrijden van de aanspraken van de gesubrogeerde Dienst of Instelling (vgl. Cass., 3 februari 1989, R.W., 1989-90, 13).

Het is derhalve klaar dat het hof van beroep de grootte van de schadevergoedingsvordering van de gehandicapte gegrond op de aantasting van zijn verdienvermogen, niet vermocht vast te stellen zonder acht te slaan op de subrogatoire rechten van de Dienst of Instelling die aan de gelaedeerde inkomensvervangende tegemoetkomingen had betaald.

Het is eveneens klaar dat de overweging van het cassatiearrest dat «bij het bepalen van de in het gemene recht aan tweede verweerder toekomende schadevergoeding wegens inkomstenverlies geen rekening mag worden gehouden met de inkomensvervangende tegemoetkoming» niet naar recht is verantwoord ten aanzien van de vordering van de tweede verweerder (de gehandicapte) tegen de eiser (auteur van de schade).

J.R. Rauws

HOF VAN CASSATIE

VAKANTIEKAMER – 29 JULI 1997

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Echement

Openbaar ministerie: de h. De Riemaeker

Advocaat: mr.Sornin

Voorlopige hechtenis – Handhaving – Betekening – Cassatieberoep

Art. 31. § 1, van de wet van 20 juli 1990 bepaalt dat de vonnissen en arresten waardoor de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd, binnen vierentwintig uren aan de verdachte worden betekend in de vorm bepaald in art. 18.

Die wetsbepaling, die is ingevoegd in hoofdstuk VIII, onder de titel «Het cassatieberoep», voorziet niet in enige nietigheid of sanctie. Dit vormvereiste heeft geen ander doel dan de termijn van het cassatieberoep te doen ingaan.

D., C.

Overwegende dat artikel 31, § 1, van de wet van 20 juli 1990 bepaalt dat de vonnissen en arresten waardoor de voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd, binnen vierentwintig uren aan de verdachte worden betekend in de vorm bepaald in artikel 18;

Overwegende dat die wetsbepaling, die is ingevoegd in hoofdstuk VIII, onder de titel «Het cassatieberoep», niet in enige nietigheid of sanctie voorziet; dat dit vormvereiste geen ander doel heeft dan de termijn van het cassatieberoep te doen ingaan;

Overwegende dat eiser regelmatig cassatieberoep heeft ingesteld tegen het arrest waardoor zijn voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Verwerpt de voorziening;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 SEPTEMBER 1997

Voorzitter-rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Inkomstenbelastingen – Ontheffing – Overbelasting – Materiële vergissing

Het feit dat het belastingbestuur het normale tarief van de onroerende voorheffing i.p.v. het verminderde tarief voor als sociale woningen verhuurde eigendommen heeft toegepast, is geen materiële vergissing in de zin van art. 277 W.I.B. (1964) wanneer die toepassing volgt uit het feit dat de belastingplichtige of de belastingambtenaar het toe te passen tarief in rechte of in feite verkeerd heeft beoordeeld.

Belgische Staat t/ B.V.B.A. N.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 januari 1997 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

...

Overwegende de materiële vergissing in de zin van artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), een feitelijke vergissing is als gevolg van een misvatting omtrent materiële gegevens bij ontstentenis waarvan de belasting wettelijke grondslag mist;

Overwegende dat het arrest beslist dat het bestuur, door het normale tarief van de onroerende voorheffing, i.p.v. het verminderde tarief voor sociale woningen toe te passen, een materiële vergissing heeft begaan op grond dat «uit de gegevens van de zaak waarover ze bij de inkohiering beschikte, bleek dat toepassing diende gemaakt van het verminderde tarief waarop (verweerster) ingevolge haar benaming recht

had, en dat de belastingambtenaar van dat gegeven ongetwijfeld op de hoogte was»;

Overwegende dat het hof van beroep, nu het beslist dat de heffing op een materiële vergissing berustte, voornoemd artikel 277, § 1, schendt,

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

19e KAMER – 2 MAART 1995

Voorzitter: de h. Vercruysse

Advocaten: mrs. Van Mol, Heylen, Van Driessche en Danneels

Koop – Verborgen gebreken – Woning verkocht door Nationale Landmaatschappij – Professionele verkoper – Beding van niet-vrijwaring – Gevolg

In zoverre de bepaling in de algemene voorwaarden van de verkoopovereenkomst van een woning «dat het onroerend goed verkocht wordt in de staat waarin het zich thans bevindt», kan worden beschouwd als een beding van niet-vrijwaring, kan te dezen de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij zich niet op dit beding beroepen, omdat haar rechtsvoorgangster, de Nationale Landmaatschappij, dient te worden beschouwd als een professionele verkoper en niet wordt aangetoond dat een onoverwinnelijke onwetendheid haar belette de gebreken van de verkochte woning te kennen.

De R. en S. t/ Vlaamse Huisvestingsmaatschappij e.a.

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 11 oktober 1991 stellen de appellanten tijdig en in regelmatige vorm hoger beroep in van het vonnis van 12 april 1991 van de vierde kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde.

Bij dagvaarding betekend op 25 maart 1985 aan de tweede geïntimeerde, op 28 maart 1985 aan de derde geïntimeerde en op 1 april 1985 aan de eerste geïntimeerde vorderen de appellanten de solidaire veroordeling, minstens de veroordeling in solidum of de veroordeling van de ene bij gebreke aan de andere, van de geïntimeerden tot het betalen van een provisionele schadevergoeding van 100.000 fr. en de aanstelling van een deskundige met als opdracht het onroerend goed te onderzoeken dat zij bij akte van 27 november 1978 van notaris Jean-Marie Wambacq kochten van de eerste geïntimeerde. Zij voeren aan dat het onroerend goed met talrijke verborgen gebreken is behept, dat het gebouw talrijke scheuren en barsten is beginnen vertonen in het plaktwerk, de binnenmuren op de bovenverdieping, alsmede in de plafonds van de bovenverdieping en verder ook dat in de buitenmuren en de betongewelven van de zolderverdieping talrijke scheuren zijn ontstaan en dat bij vriesweer de betongewelven 's nachts beginnen te kraken en te barsten en dat dit gekraak zo hevig is dat zowel zichzelf als de burens er niet van kunnen slapen.

Bij tussenvonnis van 25 september 1987 werd ir. H. Thomas met een onderzoeksmaatregel belast.

Na de neerlegging van het deskundigenverslag op 2 februari 1990 vorderden de appellanten de veroordeling van

de geïntimeerden hoofdelijk, zoniet in *solidum* of de ene bij gebreke aan de andere, tot het betalen van, enerzijds, een provisie van 483.748 fr., plus 1.500 fr. (te vermeerderen met de B.T.W.) per maand vanaf 1 januari 1990 tot de datum van het herstel en, anderzijds, een saldo van 465.974 fr. (te vermeerderen met de B.T.W.).

...

In hun beroepsakte hernemen de appellanten de vordering gesteld in eerste aanleg waarbij zij thans nog de heropening vragen van het deskundigenonderzoek betreffende de funderingen en de dakconstructie.

Alhoewel zulks niet is vermeld in het beschikkend gedeelte, heeft het bestreden vonnis, blijkens hetgeen is vermeld onder randnummer 3, geoordeeld dat de vordering van de appellanten tegen de eerste geïntimeerde ongegrond is.

In zoverre de bepaling in de algemene voorwaarden van de verkoopovereenkomst dat «het goed verkocht wordt in de staat waarin het zich thans bevindt...» kan worden beschouwd als een beding van niet-vrijwaring, dient te dezen te worden vastgesteld dat de eerste geïntimeerde zich daarop niet kan beroepen omdat haar rechtsvoorgangster, de Nationale Landmaatschappij, dient te worden beschouwd als een *professionele verkoopster* en niet wordt aangetoond dat een onoverwinnelijke onwetendheid haar belette de gebreken van de verkochte woning te kennen.

Ook al zou het maatschappelijk doel van de Nationale Landmaatschappij zeer complex zijn, dan nog kan er bezwaarlijk in twijfel worden getrokken dat het verkopen van woningen tot dat doel behoorde. Dat de door de appellanten aangekochte woning deel uitmaakte van een groep van 30 kleine landeigendommen, kan gelden als illustratie van het beroepsmatig karakter van de verkoop.

Nu art. 1645 B.W. een voldoende grond oplevert om de verkoper tot volledige schadevergoeding van de koper te verplichten, is het, wat de verplichtingen van de eerste geïntimeerde betreft tegenover de appellanten, zonder nut na te gaan welke gevolgen moeten worden gehecht aan het feit dat zij over een eigen architect beschikte.

De door het deskundigenonderzoek in het licht gestelde gebreken zijn van dien aard dat ze de stabiliteit van het gebouw in het gedrang brengen. Dit geldt zowel voor de gevolgen van de doorbuigingsverschijnselen die zich voordoen met betrekking tot de welfsels als voor de barstvorming die in verband blijkt te staan met het contact tussen binnen- en buitenspouwblad.

De eerste geïntimeerde heeft over de vordering op grond van art. 1792 B.W. beschikt ten voordele van de kopers die de tweede en derde geïntimeerden hebben aangesproken binnen de bij art. 2270 B.W. bepaalde vervalltermijn.

...

NOOT – Bovenstaand arrest is in kracht van gewijsde gegaan.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 2 DECEMBER 1997

Voorzitter: de h. Bijl

Raadsheren: de h. Luyckx en mevr. Vanstraelen

Advocaten: mrs. De Mulder en Van Roy loco Willekens

Notaris – Aansprakelijkheid – Raadgevingsplicht – Omvang

Het ambt van notaris wordt niet alleen gelegitimeerd door de juridische kennis, maar ook door een onpartijdige raadgevingsplicht die op een aangepaste en doelmatige wijze dient te worden uitgevoerd, rekening houdend met de specifieke omstandigheden.

De D. t/ B.

Overwegende dat het geding betrekking heeft op de aansprakelijkheid ten belope van 3.767.342 frank van de instrumenterende notaris ten opzichte van de verkopers wegens zijn raadgevingsplicht bij het niet-naleven van een akte van verkoop van een onroerend goed waarin een rangafstand ten voordele van een kredietverlenende bankinstelling werd bedongen ten belope van 10.500.000 frank in hoofdsom en 405.000 frank in aankleven, terwijl de verkopers in de mening verkeerden dat de rangafstand beperkt was tot een bedrag van slechts 5.000.000 frank plus kosten;...

Overwegende dat de volgende feiten in aanmerking te nemen zijn:

1. C.S., een 77-jarige weduwe en haar enige dochter N.B., zijn de onverdeelde mede-eigenaars van twee aanpalende onroerende goederen, gelegen te Kapellen: een woonhuis bewoond door C.S. en een handelshuis verhuurd aan de B.V.B.A. «A. D.», waarvan A. D. de zaakvoerder is; C.S. en N.B. zijn gewone huisvrouwen zonder enige scholing of beroepservaring en zijn ongetwijfeld niet op de hoogte van de draagwijdte van bepaalde juridische begrippen en technieken; tussen C.S. en A.D. is er een vertrouwensrelatie tot stand gekomen;

2. A. D. is een zakenman met een groothandel in alle soorten elektronische en elektrische toestellen en richt in 1975 een B.V.B.A. op bij akte verleden voor notaris De D.;

Op 15 oktober 1987 wordt door de bank een hypothecair krediet toegestaan ten belope van 4.500.000 frank aan de B.V.B.A. «D.» en de akte wordt verleden door notaris De D.; A.D. voert nu afzonderlijk onderhandelingen en besprekingen met drie verschillende personen:

- met C.S.: betreffende de aankoop van de twee onroerende goederen voor de prijs van 8.000.000 frank; deze onderhandelingen zijn uitsluitend mondeling en er wordt geen onderhandse overeenkomst opgesteld;

- met de vertegenwoordiger van de bank: om een bijkomend hypothecair krediet van 10.500.000 frank toe te staan dat samen met het reeds toegekend krediet één krediet van 15.000.000 frank zou uitmaken; de onroerende goederen worden door de bank geschat op een executiewaarde van 11.000.000 frank;

- met notaris De D.: om de beide authentieke akten van aankoop en kredietverlening op te stellen en te verlijden;

3. Op 26 oktober 1989 worden de beide akten verleden voor notaris De D. in de volgende omstandigheden:

- notaris De D. is de huisnotaris van A.D. en kent C.S. en N.B. niet;

- voortgaand op de identificatiegegevens kan de notaris weliswaar vaststellen dat de verkopers niet juridisch geschoold zijn en geen beroepservaring hebben, terwijl hij tevens verneemt dat er een vertrouwensrelatie is ontstaan tussen A.D. en C.S.;

- niettemin vindt de notaris het niet raadzaam om enig voorafgaand contact op te nemen met de verkopers, noch om hen enige voorafgaande informatie te vragen of te verstrekken;

- de notaris stelt de beide akten op uitsluitend op basis van de gegevens verstrekt door A. D. en de bank, die beide een voor hen uiterst gunstige transactie uitgewerkt hebben;

- C.S. en N.B. worden uitgenodigd om op 26 oktober 1989 de aankoopakte te komen ondertekenen en ook dan wordt er geen voorontwerp, noch enige uitleg medegedeeld;

- in het kantoor van de notaris wordt evenmin nog enige voorbespreking gevoerd, maar wordt er onmiddellijk overgegaan tot de voorlezing van de akte en tijdens deze voorlezing verstrekt de notaris een mondelinge uitleg, waarover evenwel betwisting bestaat tussen partijen zoals verder zal worden uiteengezet;

De akte van verkoop bevat de volgende relevante gegevens:

- de kostprijs is 8.000.000 frank, waarvan 5.000.000 frank tegen kwijting onmiddellijk betaald wordt en waarvan het saldo van 3.000.000 frank betaald zal worden «binnen tien maanden vanaf heden, zonder interest tot alsdan»;

- «De hypotheekbewaarder wordt verzocht ambtshalve inschrijving te nemen voor het nog verschuldigd saldo van de koopprijs, groot 3.000.000 frank»;

- «De verkoper verklaart zich ermee eens dat de hierboven vermelde ambtshalve inschrijving in zijn voordeel te nemen, zal mogen voorafgegaan worden door een hypothecaire inschrijving te nemen in het voordeel van de bank tot zekerheid van 10.500.000 frank en 405.000 frank voor aankleven, ingevolge een akte van kredietverhoging, beide verleend voor ondergetekende notaris»;

De ontleding van deze akte levert de volgende gegevens op:

- de koper verwerft een onroerend goed met een geschatte normale verkoopwaarde van 13.000.000 frank en een executiewaarde van 11.000.000 frank voor de prijs van 8.000.000 frank waarvan hij slechts 5.000.000 frank onmiddellijk betaalt, hoewel deze aankoop een kredietverhoging van 10.500.000 frank mogelijk maakte;

- de bank loopt geen enkel risico omdat zij in eerste rang een hypotheek verwerft voor het totaal bedrag van de verhoging met aankleven; tevens wordt er een bijkomende zakelijke zekerheid verworven voor een vorig krediet;

- door de omvang van de rangafstand is het toch meteen duidelijk dat de ambtshalve inschrijving van artikel 35 van de Hypotheekwet voor het saldo van de koopprijs geen enkel nuttig effect meer kon hebben voor de verkopers ingeval het risico zich voordoet omdat heel de waarde van het onroerend goed alsdan opgeslorpt zal worden door de hypotheek van de bank;

- de verkopers stellen dan ook terecht de vraag in termen van pleidooi waarom niettemin in de akte aan de hypotheekbewaarder nog «uitdrukkelijk» gevraagd wordt te doen hetgeen hij reeds «ambtshalve» dient te doen;

Overwegende dat na het verlijden van de akte de volgende feiten zich hebben voorgedaan:

- de B.V.B.A. «A.D.V.» betaalt het saldo van 3.000.000 frank niet binnen 10 maanden en op 21 oktober 1990 wordt zij aangemaand om het saldo te betalen met de wettelijke interest van 10% vanaf 26 augustus 1990; op 16 november 1990 verklaart de koopster zich bereid om de wettelijke in-

terest te betalen vanaf 26 augustus 1990; deze aanmaning wordt herhaald op 12 februari 1991 en de interesten worden betaald tot einde mei 1991; op 4 september 1991 wordt de B.V.B.A. A.D. opnieuw aangemaand om het saldo van de koopprijs en de vervallen interesten te betalen; de interesten worden betaald op 9 september 1991;

- op 18 oktober 1991 wordt de B.V.B.A. A.D. gedagvaard om het saldo van de koopprijs te betalen, verhoogd met interesten, waartegen de B.V.B.A. A.D. als verweer aanvoert dat er een schuldhernieuwing is overeengekomen waardoor een lening van 3.000.000 frank voor onbepaalde tijd werd toegestaan; bij vonnis van 25 november 1991 wordt de vordering gegrond verklaard en in hoger beroep wordt dit vonnis bevestigd bij arrest van 11 maart 1992;

- ondertussen werd er voor notaris De D. op 5 februari 1992 een akte, d.i. twee dagen vóór de behandeling van de zaak in hoger beroep, opgemaakt waarbij de vervroegde ontbinding en invereffeningstelling van de B.V.B.A. A.D.V. werd vastgesteld en waarbij A. D.V. als enige vereffenaar werd aangesteld;

- wanneer de verkopers willen overgaan tot gedwongen uitvoering van het arrest van 11 maart 1992 worden zij geconfronteerd met het faillissement van de B.V.B.A. A.D.; de onroerende goederen werden verkocht en het te verdelen saldo van 7.777.427 frank werd uitsluitend toebedeeld aan de bank die een schuldvordering had van 11.515.434 frank; dat de opbrengst minder was dan de geschatte executiewaarde was te wijten aan het feit dat de koopster veranderingswerkzaamheden had aangevat en hiertoe heel wat zaken had afgebroken, zonder de afwerking door te voeren;

Beoordeling

1. De miskenning van de raadgevingsplicht

Overwegende dat uit de feitenuiteenzetting blijkt dat in de opgezette transactie in feite drie partijen betrokken zijn:

- een handelaar die voor een zeer gunstige prijs een onroerend goed verwerft waardoor hij meteen een bijkomend krediet kan verkrijgen, dat dan maar voor de helft aangewend dient te worden om een deel van de koopprijs te betalen, terwijl voor de betaling van het saldo een uitstel van 10 maanden zonder interest wordt verkregen;

- een bankier die een winstgevende transactie sluit zonder enig risico en met het bijkomend voordeel dat de zakelijke zekerheid verhoogd wordt;

- eenvoudige en goedgelovige burgers die uitsluitend het risico van de eventuele insolventie van de koper – een B.V.B.A. met financiële moeilijkheden – dragen, hoewel hen eerst misleidend meegedeeld wordt dat er «uitdrukkelijk» verzocht werd om een ambtshalve inschrijving te verrichten van hun wettelijk voorrecht voor het nog verschuldigd saldo, dat evenwel vervolgens volstrekt ondoelmatig wordt door de omvang van de rangafstand;

Overwegende dat de raadsman van de geïntimeerden in de overgelegde briefwisseling vooropstelt dat volgens zijn inlichtingen zeer veel notarissen zouden weigeren om een dergelijke akte te verlijden, omdat het voor ingewijden meteen overduidelijk is dat de rechtmatige belangen van de verkopers op een schromelijk overdreven en kennelijk onredelijke wijze in het gedrang werden gebracht;

Overwegende immers dat geïntimeerden op een aanvaardbare wijze beweren dat zij wel tot veel inschikkelijkheid bereid waren gezien de bestaande vertrouwensrelatie, maar dat

zij geenszins bereid waren om hun voorrecht op het onbetaald saldo van 3.000.000 frank te verliezen, reden trouwens waarom in de akte uitdrukkelijk de desbetreffende inschrijving gevorderd werd, hoewel dit in strikte zin overbodig was, omdat zij door de wet reeds ambtshalve diende te geschieden;

Overwegende dat de door de notaris aangevoerde vertrouwensrelatie tussen de verkopers en de zaakvoerder van de koopsters voor hem nog wel een aanvaardbare uitleg kon opleveren voor de volgende gunstige bedingen voor de koopster: de lage koopprijs van 8.000.000 frank wanneer de executiewaarde reeds op 11.000.000 frank wordt geraamd (1), het uitstel van 10 maanden zonder interest voor de betaling van het saldo van 3.000.000 frank (2), een rangafstand ten belope van 5.000.000 frank ten voordele van de bank omdat de kredietverlening ten belope van dit bedrag werd aangewend ter financiering van de gedeeltelijke betaling van 5.000.000 frank van de koopprijs (3);

Overwegende evenwel dat die aangevoerde vertrouwensrelatie voor een normaal omzichtig notaris niet meteen een plausibele uitleg kon opleveren voor het volgende bijkomende gunstige beding voor een derde, namelijk de bankinstelling, aan wie een rangafstand werd toegekend ten belope van 10.905.000 frank zodat, rekening houdend met de executiewaarde van 11.000.000 frank, het voorrecht van de onbetaalde verkopers op het saldo van 3.000.000 frank volstrekt ondoelmatig werd in geval van insolventie;

Overwegende dat een normaal omzichtig notaris – ook al is hij de huisnotaris van een der partijen – zich alsdan minstens de volgende vragen had moeten stellen:

- ofwel werd hij door zijn cliënt, de koper, voor de redactie van de akte verkeerd ingelicht over de juiste draagwijdte van de mondeling bereikte wilsovereenstemming tussen verkopers en de koopster;

- ofwel is zijn cliënt, de koper, erin geslaagd om op een arglistige wijze misbruik te maken van de vertrouwensrelatie en de onwetendheid van de verkopers;

Overwegende dat de notaris zich blijkbaar dergelijke vragen niet eens stelde en de akte zondermeer opstelde zonder verdere enige bijkomende informatie te vragen aan de andere contractpartij, de verkopers, noch hen enige informatie te verstrekken;

Overwegende dat rekening houdend met die specifieke omstandigheden, het bestreden vonnis daarover bevestigd dient te worden om de oordeelkundige redenen van de eerste rechter die in hoger beroep niet weerlegd worden bevestigd en bijgevolg worden overgenomen;

Overwegende immers dat het ambt van notaris geëigend wordt, niet enkel door zijn juridisch-technische kennis maar onder meer en vooral door zijn onpartijdige raadgevingsplicht, die dan op een aangepaste en doelmatige wijze uitgevoerd dient te worden, rekening houdend met de specifieke omstandigheden;

Overwegende dat te dezen de juridische problematiek – zeker voor eenvoudige burgers zoals de verkopers – op zichzelf reeds ingewikkeld is, omdat deze betrekking heeft op een voorrecht, een hypotheek, een inschrijving van een voorrecht en rangafstand;

Overwegende bovendien, dat de akte, opgesteld door de notaris uitsluitend op basis van gegevens verstrekt door zijn cliënten – de koopster en de bankinstelling – een ongewone

wanverhouding tussen de wederzijdse rechten en plichten van partijen inhoudt;

Overwegende dat in dergelijke specifieke omstandigheden de voorlezing van de akte en een vluchtige mondelinge uitleg tijdens deze voorlezing niet voldoende en volstrekt ondoelmatig zijn;

Overwegende dat het immers aanvaardbaar voorkomt dat geïntimeerden na een dergelijke ontoereikende informatie in de mening bleven verkeren dat hun voorrecht op het onbetaald saldo gevrijwaard werd, temeer daar hiervan eerst op een uitdrukkelijke wijze gewag werd gemaakt en zij niet moesten verwachten dat nadien de techniek van de rangafstand tot rechtsgevolg zou hebben dat dit voorrecht feitelijk tenietgedaan wordt;

Overwegende dat in een geval zoals te dezen de adequate uitoefening van de raadgevingsplicht vereist dat er een voorbespreking heeft plaatsgehad met de verkopers zelf en/of dat hen een voorontwerp van de akte met een bijgevoegde duidelijke uitleg is bezorgd zodat zij op de hoogte waren van de werkelijke omvang van het risico verbonden aan een dergelijke rangafstand en zich hierover konden bezinnen;

Overwegende dat anders beslissen hierop zou neerkomen dat een burger die niet onderlegd is op juridisch gebied, ook voor een op het eerste gezicht eenvoudige transactie zoals een verkoop van een onroerend goed, verplicht zou zijn om zich juridisch te laten bijstaan hetzij door een tweede notaris aan te stellen, hetzij door een advocaat te raadplegen;

Overwegende bijgevolg dat de miskenning van de raadgevingsplicht bewezen is zonder dat de bewijslast verlegd is; dat deze fout in oorzakelijk verband staat met de schade ingevolge de omvang van de rangafstand, omdat anders de verkopers de akte met dat beding inzake de omvang van de rangafstand niet ondertekend zouden hebben;...

...

4. De omvang van de schade

Overwegende dat geïntimeerden in hun conclusie uitdrukkelijk het volgende erkennen: «Hen werd door de notaris enkel uitgelegd, en dit zeer vluchtig op het moment van het vrijliden van de akte, dat de rangafstand enkel tot gevolg had dat bij een eventuele openbare verkoop van de verkochte eigendommen, de opbrengst eerst naar de bank zou gaan voor een bedrag van 5.000.000 frank + kosten, zijnde dat deel van de lening dat effectief werd gebruikt om een gedeelte van de koopprijs mee te betalen»;

...

Overwegende dat uit die eigen erkenningen af te leiden valt dat geïntimeerden met kennis van zaken wel akkoord gingen met een rangafstand ten belope van 5.000.000 frank + kosten, omdat zij hierdoor toch geen risico liepen, gezien de executiewaarde van 11.000.000 frank;

Overwegende dat te dezen de niet-naleving van de raadgevingsplicht slechts in oorzakelijk verband staat met de schade in zoverre de omvang van de rangafstand het bedrag van 5.000.000 frank + kosten overschrijdt;

Overwegende dat aan appellant niet verweten kan worden dat de executiewaarde uiteindelijk slechts 7.777.427 frank heeft opgebracht;

Overwegende dat de kosten voor een kredietlening van 5.000.000 frank volgens de door appellant zelf overgelegde stukken in verhouding kunnen bepaald worden op 88.400 frank;

Overwegende derhalve dat de schadevergoeding bepaald dient te worden op 7.777.427 frank – (5.000.000 fr. + 88.400 fr.) = 2.689.027 frank;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

4e KAMER – 5 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Luyten

Advocaten: mrs. Beele en Mattijs

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Medewerking aan poging van schuldenaar om zich bedrieglijk onvermogen te maken

Wie bewust en met opzet zijn medewerking verleent aan de poging van een schuldenaar om een deel van zijn vermogen kwaadwillig aan zijn schuldeisers te onttrekken, waardoor deze schade lijden, begaat een onrechtmatige daad waardoor hij op grond van art. 1382 B.W. gehouden is de erdoor veroorzaakte schade te vergoeden.

N.V. V. t/ B.V.B.A. W.-V. e.a.

1. De vordering strekt tot hoofdelijke veroordeling van verweerders tot betaling aan eiseres van een provisioneel bedrag van 20.000.000 fr., met de interesten sedert 9 juni 1989, de gerechtelijke interesten en de gerechtskosten uit hoofde van schadevergoeding.

2. Eiseres had een intense handelsrelatie met de heer Herman W., echtgenoot van mevrouw Ria V. Eiseres beweert dat zij begin 1985 een schuldvordering had op de heer W. ten bedrage van meer dan 32.000.000 fr.

3. Op 4 maart 1985 werd de heer W. failliet verklaard.

4. Eiseres dagvaardde de heer en mevrouw W.-V. op 15 oktober 1984 voor deze rechtbank tot betaling van een bedrag van 32.463.684 fr. Bij vonnis van 25 september 1985 van de tweede kamer van deze rechtbank werd mevrouw Ria V. veroordeeld tot betaling van een provisioneel bedrag van 1.000.000 fr. en werd het overige van de vordering naar de bijzondere rol verwezen. Bij arrest van 24 maart 1986 van de twaalfde kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen werd het hoger beroep tegen dit vonnis ongegrond verklaard.

5. Bij beschikking van 18 juli 1985 van de beslagrechter in deze rechtbank werd eiseres gemachtigd bewarend beslag te leggen op het aandeel van mevrouw Ria V. in een aantal onroerende goederen te Kessel-Nijlen, o.m. een perceel weiland, hooiland en bouwland van 3 ha 14 a en 48 ca, een hoeve met grond met een totale oppervlakte van 2 ha 45 a en 65 ca, een woning met landgebouwen, magazijn en werkplaats met een totale oppervlakte van 32 a 99 ca, percelen bouwland met een gezamenlijke grootte van 65 a 94 ca, een perceel bouwland van 1 ha 29 a en 81 ca en een woning met grond met een totale oppervlakte van 1 a 55 ca, en in een onroerend goed te Blankenberge.

Mevrouw Ria V. was mede-eigenaar van deze goederen, samen met haar vader, de heer Alphonsus V., haar broer, de heer Paulus V., en haar zusters, de dames Lea, Marie-Josée, Mariëtte en Constance V., allen verweerders in deze proce-

dure, dit ingevolge de onverdeeltheid ontstaan door het overlijden op 24 mei 1977 van haar moeder, wijlen mevrouw Yvonne N.

Bij exploit van 7 augustus 1985 legde eiseres bewarend beslag op het onverdeeld aandeel van mevrouw Ria V. in deze goederen. De beslagen werden overgeschreven in de registers van de hypotheekbewaarder te Mechelen op 14 augustus 1985, boek 157, nr. 55 wat betreft de goederen te Kessel, en te Brugge 2de kantoor op 14 augustus 1985, boek 115, nr. 1 wat betreft de goederen te Blankenberge.

6. Bij exploit van 9 juni 1986 liet eiseres het voormelde arrest van 24 maart 1986 van de twaalfde kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen betekenen aan mevrouw Ria V., met bevel tot betaling, wat, overeenkomstig artikel 1491 van het Gerechtelijk Wetboek, eveneens de omzetting van het bewarend beslag in een uitvoerend tot gevolg had.

Op 5 september 1986 ging eiseres, overeenkomstig artikel 1561 van het Gerechtelijk Wetboek, over tot dagvaarding van mevrouw Ria V. en haar voornoemde mede-eigenaars, voor deze rechtbank tot verdeling van de in beslag genomen goederen. In de hieropvolgende procedure argumenteerden de partijen V. wel dat eiseres niet aantoonde dat de in beslag genomen goederen hen toebehoorden, zonder evenwel in concreto aan te geven of te stellen dat zij deze goederen inmiddels vervreemd hadden. Bij vonnis van de negende kamer van deze rechtbank van 6 september 1988 werd, voortgaande op de haar daarbij door partijen voorgelegde stukken, de vordering gegrond verklaard en de vereffeningverdeling van de in beslag genomen goederen bevolen.

7. Bij exploit van 21 oktober 1988 tekende de naamloze vennootschap I.-B. derdenverzet aan tegen het voormelde vonnis van 6 september 1988 van deze rechtbank, stellend dat niet de partijen V. maar wel zijzelf eigenaar was van de goederen, dit ingevolge inbreng in natura blijkens akte van 10 juni 1985, verleden voor meester Luc Weyts, notaris te Mechelen, akte overgeschreven in de registers van de hypotheekbewaarder te Mechelen op 20 juni 1985. Geen van partijen geeft verdere informatie over het verder verloop van deze procedure van derdenverzet.

8. Partijen zijn het wel eens dat de betrokken onroerende goederen inderdaad werden ingebracht in natura in de naamloze vennootschap I.-B., bij de oprichting van de vennootschap op 10 juni 1985.

Opmerkenswaard is eveneens dat de oprichters van de vennootschap de partijen V. zijn en dat de heer Alphonsus V. bij de oprichting door de algemene vergadering benoemd werd als gedelegeerd bestuurder.

9. Hierop diende eiseres een klacht in ten laste van mevrouw Ria V. wegens organisatie van bedrieglijk onvermogen. Bij niet bestreden vonnis van 16 februari 1994 van de elfde kamer van deze rechtbank werd mevrouw Ria V. veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie maanden en tot betaling van een schadevergoeding van 1 fr. provisioneel.

Bespreking

...

11. Het is overduidelijk dat de N.V. I.-B. uitsluitend werd opgericht met de bedoeling het deel van mevrouw Ria V. in de onverdeeltheid ontstaan door het overlijden van haar moeder, te onttrekken aan het verhaal van haar schuldeisers, meer bepaald eiseres.

De oprichting vond plaats op 10 juni 1985, «*in tempore suspecto*», net op het ogenblik dat de financiële problemen van het gezin W.-V. zeer acuut werden en zich openbaarden.

In dit verband kan eraan herinnerd worden dat de echtgenoten kort voordien, op 15 oktober 1984, werden gedagvaard tot betaling van 32.463.684 fr. (zie supra nr. 4), welke procedure leidde tot het vonnis van 25 september 1985 van deze rechtbank en later tot het arrest van 24 maart 1986 van het Hof van Beroep te Antwerpen. De oprichting en de inbreng van de onroerende goederen vonden dus plaats tijdens de behandeling van de zaak ten gronde.

Verder werd de heer W. op 4 maart 1985, dus amper drie maanden voordien, failliet verklaard.

Bovendien was eiseres in die periode druk bezig met de nodige inlichtingen te verzamelen over de rechten van mevrouw Ria V. in de nalatenschap van haar moeder, o.m. via een procedure bij de Vrederechter te Lier om een afschrift van de aangifte van de nalatenschap te verkrijgen en bij het kadaster en hypotheekbewaarder, en is het helemaal niet denkbeeldig dat verweerders op een of andere wijze hiervan op de hoogte werden gesteld.

1.2. Uit het strafdossier blijkt verder dat mevrouw Ria V. verklaart dat zij haar aandelen in de N.V. I.-B. onmiddellijk na de toekenning verkocht aan haar broer en zusters (zie o.m. proces-verbaal van 30 maart 1993). Deze laatste stellen evenwel: «Hoe kan van de broers en zusters worden verondersteld dat zij zouden voorzien dat Ria V. (...) haar aandelen na de oprichting van de N.V. I. zou verkopen; wat zij ook niet deed...» en «Nu onbekend is aan wie mevrouw Ria V. haar aandelen verkocht, nu er zelfs geen bewijs voorligt dat mevrouw Ria V. haar 982 aandelen effectief verkocht,...» (zie conclusies verweerders p. 17).

13. Het is ondenkbaar dat de partijen V. niet allen op de hoogte zouden geweest zijn van de opzet van deze operatie, namelijk het onttrekken van het aandeel van mevrouw Ria V. in de onroerende goederen aan het verhaal van de schuldeisers. Dit blijkt o.m. uit het tijdstip en uit de omstandigheden van de oprichting. A fortiori is de argumentatie van verweerders m.b.t. de zgn. onvoorzienbaarheid van de door mevrouw Ria V. gepleegde feiten onjuist. De partijen V. hebben integendeel bewust hun medewerking hieraan verleend.

14. Verder is er de toch onmiskenbaar dubbelzinnige houding van de partijen V. in de procedure tot verdeling op grond van artikel 1561 van het Gerechtelijk Wetboek. Niettegenstaande zij allen medeoprichters waren van de N.V. I.-B. en derde verweerder zelfs gedelegeerd bestuurder was van deze vennootschap, hebben zij in deze procedure zelf met geen woord gerept over de oprichting van deze vennootschap en de inbreng in natura erin van de betrokken goederen, zoals eiseres zeer terecht stelt. Volkomen ten onrechte stellen verweerders dat zij eiseres daarbij «als het ware de pap in de mond gaven».

Nadien tekent de N.V. I.-B., waarvan derde verweerder gedelegeerd bestuurder was, dan derdenverzet aan tegen het gewezen vonnis, terwijl het toch veel eenvoudiger was geweest om in de procedure zelf open kaart te spelen. De partijen V. hebben hier toch minstens de indruk gewekt dat zij iets te verbergen hadden.

15. De bewering van verweerders dat de oprichting gebeurde om de goederen veilig te stellen voor de familie, met het oog op het tweede huwelijk van de heer Alphonsus V. en de voorgenomen adoptie van de kinderen van diens aan-

staande echtgenote, is volstrekt ongeloofwaardig. De heer Alphonsus V. is hertrouwd op 2 juli 1987, i.e. meer dan twee volle jaren na de oprichting van de vennootschap.

Men ziet trouwens niet goed in op welke wijze de inbreng van de goederen in een vennootschap enige beveiliging voor de kinderen V. zou inhouden. Integendeel werd aldus de vrij grote zekerheid, die het gevolg is van de formaliteiten noodzakelijk voor de overdracht van onroerende goederen, geruild voor de mogelijkheid tot overdracht van aandelen aan toonder in een N.V. die aan geen enkel vormvereiste verbonden is. Terwijl de kinderen voordien aldus nog enige zekerheid hadden in geval van mogelijke aantasting van hun voorbehouden deel, wordt dit, door de inbreng van de goederen in de vennootschap, uiterst precair. Dit wordt overigens geïllustreerd door wat er gebeurde met de aandelen van mevrouw Ria V. waarvan deze beweert dat zij werden verkocht aan haar broer en zusters, de betaling ervan gebeurde in haar geld, welk bedrag nooit op enige bankrekening geplaatst zou zijn en inmiddels opgeleefd zou zijn (zie proces-verbaal van 30 maart 1993), uitleg waarvan het waarheidsgehalte voor zich spreekt.

Deze uitleg van verweerders voor de oprichting van de vennootschap en de inbreng van de goederen is aldus zowel wat betreft het tijdstip als wat betreft de verantwoording volkomen ongeloofwaardig.

16. Uit wat hiervoor is uiteengezet en uit de voorgebrachte objectieve gegevens blijkt ondubbelzinnig dat derde t.e.m. achtste verweerder en verweerster tot gedwongen tussenkomst bewust en met opzet hun medewerking hebben verleend aan de poging van mevrouw Ria V. om een deel van haar vermogen kwaadwillig aan haar schuldeisers, meer bepaald eiseres, te onttrekken, waardoor deze laatste schade leed. Aldus begingen zij een onrechtmatige daad waardoor zij, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, gehouden zijn de erdoor veroorzaakte schade te vergoeden.

Tevens blijkt dat de fout van ieder van hen tot het ontstaan van de gehele schade heeft bijgedragen, zodat zonder de fout van ieder afzonderlijk de schade niet tot stand gekomen zou zijn. Zij zijn dan ook in solidum gehouden.

17. Terecht betogen verweerders dat eiseres niet aantoonde waarin de fout van eerste en tweede verweerder zou bestaan.

Het is niet aangetoond dat eerste verweerder heeft deelgenomen aan de manipulaties die leidden tot de poging tot onttrekking van de voormelde onroerende goederen aan het verhaal van eiseres. Dit geldt eveneens wat betreft tweede verweerder. Tweede verweerder was een instrument waarvan de partijen V. zich bedienden hebben maar heeft zelf geen onrechtmatige daad gepleegd.

18. Wat betreft de verantwoordelijkheid van eerste verweerder m.b.t. het door eiseres gelegde bewarend beslag onder derde, dient vastgesteld te worden dat eiseres hier reeds de specifieke procedure van artikel 1542 van het Gerechtelijk Wetboek, heeft aangewend, wat leidde tot de veroordeling van eerste verweerder tot betaling van een bedrag van 1.048.165 fr. bij beschikking van 24 juni 1988 van de beslagrechter in deze rechtbank, bevestigd bij arrest van 8 januari 1990 van het Hof van Beroep te Antwerpen. De onderhavige vordering van eiseres in dit verband maakt hiermee dan ook een doublure uit.

19. De vordering ten opzichte van eerste en tweede verweerder is dan ook ongegrond.

20. Enige fout van de overige verweerders m.b.t. inkomsten van mevrouw Ria V. in de B.V.B.A. W.-V. is niet aangehouden.

21. Ontegenzeglijk heeft eiseres door de voormelde kwaadwillige manipulaties van de partijen V. schade geleden, al was het maar door alle nutteloze procedures die erdoor werden veroorzaakt. Eiseres brengt evenwel niet het minste objectief gegeven voor dat het mogelijk maakt deze schade te begroten.

Er kan niet ingegaan worden op de vraag tot een provisionele veroordeling van 20.000.000 fr. Het is niet in het minst aangetoond dat de waarde van de aan haar verhaal onttrokken goederen dit bedrag zelfs maar benaderen. Bovendien wordt geen enkel concreet gegeven voorgebracht m.b.t. het verloop van de procedure van derdenverzet tegen het vonnis van 6 september 1988, ingeleid bij exploit van 21 oktober 1988.

In afwachting van concrete gegevens over de schadebegroting kan aan eiseres dan ook slechts een provisioneel bedrag van 1 fr. toegekend worden.

NOOT – *Inbreng in natura in een vennootschap en (deelneming aan) bedrieglijk onvermogen*

1. Vennootschap X (hierna: eiseres) heeft een vordering ten belope van 32 miljoen frank op mevrouw Y (hierna: verweerster). Eiseres start een procedure ter invordering van de voormelde schuldvordering. Net voor er bewarend beslag gelegd zal worden op het onverdeeld aandeel van verweerster in de nalatenschap van haar moeder, en vóór er een vonnis wordt uitgesproken in verband met de schuldvordering, brengen verweerster, samen met haar broer, haar zussen en haar vader → hierna: de partijen Y ieder hun onverdeeld aandeel in de nalatenschap, bestaande uit diverse onroerende goederen, *in natura* in in een nieuw opgerichte vennootschap (hierna: de vennootschap), waarvan de aandelen «aan toonder» zijn. Eiseres zet inmiddels niets vermoedend haar procedure tegen verweerster voort. Na een voor haar gunstig arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen met bevel tot betaling – dit impliceert een omzetting van het bewarend beslag in een uitvoerend beslag (art. 1491 Ger.W.) – vordert eiseres, op basis van art. 1561 Ger.W., de vereffeningverdeling van de voormelde onroerende goederen uit de nalatenschap van de moeder van verweerster. Tijdens deze procedure argumenteren de verweerster en de partijen Y dat eiseres niet aantoonde dat de in beslag genomen goederen hen toebehooren, zonder evenwel te stellen dat zij deze goederen inmiddels vervreemd hebben. Opnieuw verkrijgt eiseres, nog steeds niets vermoedend, een vonnis in haar voordeel, waarbij de rechtbank de vereffeningverdeling van de in beslag genomen goederen beveelt. Na dit vonnis tekent de vennootschap echter derdenverzet aan, stellende dat niet de verweerster en de partijen Y, maar zijzelf eigenaar is van de onroerende goederen in kwestie en dit ingevolge een inbreng *in natura* van deze goederen bij haar oprichting. Hierop dient eiseres een klacht in tegen verweerster op grond van bedrieglijk onvermogen (art. 490bis Sw.). Verweerster wordt schuldig bevonden en veroordeeld. Het besproken vonnis behandelt de daaropvolgende schadevergoedingsvordering van eiseres tegen verweerster en de partijen Y.

2. Wegens het misdrijf van bedrieglijk onvermogen wordt gestraft hij die zijn onvermogen heeft bewerkt en aan de op

hem rustende vermogensrechtelijke verplichtingen niet heeft voldaan. Het veronderstelt dus de aanwezigheid van drie constitutieve bestanddelen: het bewerken van het onvermogen, de schuldenaar die niet aan zijn verplichtingen voldoet en het bedrieglijk opzet van die schuldenaar (zie hierover De Nauw, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 177-178; Huybrechts, L., *Vermogensdelicten*, Antwerpen, CBR, 1995, 61-69). Dat de schuldenaar zijn onvermogen heeft bewerkt, kan worden afgeleid uit enige omstandigheid waaruit blijkt dat hij zich onvermogen heeft willen maken (art. 490bis, §1, tweede lid Sw.), en inzonderheid uit een aantal omstandigheden die de wet *nominatim* vermeldt (art. 490bis, §1, tweede lid, 1°-6° Sw.). Deze omstandigheden worden echter louter enuntiatief vermeld (Bauwens, N., «Bedrieglijk onvermogen», *R.W.*, 1989-90, 279-280). Dit verklaart waarom de rechtspraak zoveel omstandigheden in aanmerking heeft genomen (zie voor talrijke verwijzingen hieromtrent: Bauwens, N., *l.c.*, 279-285; De Nauw, A., *o.c.*, 177; Huybrechts, L., *o.c.*, 64-66; Masson, J.-P., «Le délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité» in *Liber amicorum Herman Bekaert*, Gent, Snoeck-Decaju & Zoon, 1977, 247-249; Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, I, Brussel, Bruylant, 1993, 440L-440M en Schrevers, R. en Bernard-Tulkens, F., «Chronique», *Rev. Dr. Pén.* 1975-76, 1109-1110).

3. *In casu* heeft verweerster haar onvermogen bedrieglijk bewerkt door de inbreng *in natura* van onroerende goederen in een vennootschap, waarvan de aandelen aan toonder zijn. De drie constitutieve vereisten van het misdrijf van bedrieglijk onvermogen blijken in de persoon van de verweerster verenigd.

Allereerst heeft de verweerster niet aan haar verplichtingen voldaan, daar ze haar verbintenis tot betaling van 32 miljoen frank aan eiseres niet is nagekomen (vereiste van een opeisbare schuld: zie bv. Brussel, 13 februari 1992, *J.T.*, 1993, 426). Verder heeft verweerster haar onvermogen bewerkt. Ze heeft namelijk haar aandeel in de nalatenschap, bestaande uit onroerende goederen, vervreemd en aldus die goederen onttrokken aan haar vermogen, onderpand van de schuldeisers (art. 7 Hyp. W.). Men zou toch kunnen stellen dat de inbreng *in natura* van de onroerende goederen in kwestie geenszins een verarming van het vermogen van de schuldenaar meebrengt. Immers, verweerster krijgt als inbrenger in ruil (toonder-)aandelen. Deze vallen in haar vermogen en zijn vatbaar voor beslag. Maar toonderaandelen zijn wel eenvoudig te verbergen of over te dragen (zie hierover: Laga, H., «Rechtsvordering van persoonlijke schuldeisers bij frauduleuze inbreng van hun schuldenaar in een vennootschap», *Jura Falc.*, 1978-79, 237-256; soms zijn aandelen net moeilijker te verhandelen wegens wettelijke of statutaire bepalingen, zie voor een toepassing: Cass.fr., 27 februari 1973, *Rep. Not. B.*, 1974, 157, noot). Dit is voldoende om tot onvermogen in de zin van art. 490bis Sw. te besluiten. Een reële verarming van de schuldenaar is immers niet vereist (zie: Antwerpen, 27 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 2677; *T. Not.*, 1983, 267-270; Corr. Turnhout, 20 november 1984, *Turnhouts Rechtsleven*, 1987, 41; zie ook Bauwens, N., *l.c.*, 279). Het onvermogen moet getoetst worden aan de (concrete) mogelijkheid tot inning van de schuldvordering (Huybrechts, L., *o.c.*, 63, en Antwerpen, 17 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 235, noot). Ten slotte is ook het bedrieglijk oogmerk bij het bewerken van het onvermogen in deze casus duidelijk aanwezig. De

rechter beschikt in dit opzicht over een appreciatierecht. Hij moet nagaan of er elementen zijn waaruit kan worden afgeleid dat de schuldenaar heeft gehandeld met het oogmerk zich onvermogen te maken (Huybrechts, L., *o.c.*, 68; Bauwens, N., *l.c.*, 287-288). In dit verband wordt hier o.m. gewezen op het feit dat, wat het tijdstip betreft, de inbreng *in tempore suspecto* plaatsvond, namelijk net op het ogenblik dat verweerster acute financiële problemen had, o.m. door de door eiseres ingeleide invorderingsprocedure. Voorts zijn de samenstelling van de aandeelhouders van de vennootschap – allen zijn familieleden-erfgenamen van de verweerster – enerzijds en de benoeming van de gedelegeerd bestuurder – ook een familielid-erfgenaam – anderzijds, alsook het feit dat enkel aandelen aan toonder werden gecreëerd, elementen waaruit de rechter het bedrieglijk oogmerk en het bewerken (organiseren) van het onvermogen kan afleiden.

4. In bovenstaand vonnis werden niet alleen de verweerster, maar tevens de partijen Y (de mede-erfgenamen van verweerster en de mede-oprichters van de vennootschap) gedagvaard door eiseres, alsook de opgerichte vennootschap zelf.

Deelneming (in de zin van de artt. 66 en 67 Sw.) aan het organiseren van het bedrieglijk onvermogen is immers eveneens strafbaar (art. 490bis, §2, Sw.). In de persoon van de deelnemer dient niet hetzelfde bedrieglijk oogmerk als in de persoon van de schuldenaar te worden bewezen (*cf. supra*, nr. 3). Het is voldoende dat de deelnemer (mededader of medeplichtige) willens en wetens heeft meegewerkt aan de uitvoering van het misdrijf (Huybrechts, L., *o.c.*, 70; Bauwens, N., *l.c.*, 289-290). Wanneer de deelnemer de hem overhandigde voorwerpen, waarden of geldsommen teruggeeft, vervalt de strafvordering jegens hem (art. 490bis, §2, Sw.) (zie hierover uitgebreider: Bauwens, N., *l.c.*, 290-291; Masson, J.-P., «Le délit d'organisation frauduleux de l'insolvabilité» in *o.c.*, 253, nr. 10).

Toch blijkt uit het vonnis dat een strafprocedure enkel tegen verweerster werd gevoerd en niet tegen de partijen Y. Niettemin kan de burgerlijke rechter *in casu* bepaalde belangrijke gegevens in verband met de rol van de partijen Y bij de organisatie van het bedrieglijk onvermogen afleiden uit het strafdossier. Zo heeft verweerster o.m. verklaard haar aandelen onmiddellijk aan de partijen Y te hebben verkocht. Bovendien is er de houding van de partijen Y tijdens de procedure tot vereffening-verdeling (art. 1561 Ger.W.) (*cf. supra*, nr. 1), waarbij dezen met geen woord reppen over de opgerichte vennootschap, maar het vonnis afwachten en dan, via de gedelegeerd bestuurder, erfgenaam en aandeelhouder, derdenverzet tegen het gewezen vonnis aantekenden. Uit die omstandigheden en uit het tijdstip van de oprichting van de vennootschap, leidt de rechter m.i. terecht af dat het ondenkbaar is dat niet alle partijen op de hoogte zouden zijn geweest van het doel van de oprichting van de vennootschap, nl. het onttrekken van het door verweerster geërfde aandeel in onroerende goederen aan het verhaal van de schuldeiseres. De vennootschap zelf was hiertoe slechts een instrument en dus niet als zodanig betrokken bij het misdrijf.

Een dergelijk handelen maakt burgerrechtelijk een onrechtmatige daad (art. 1382 B.W.) uit van de partijen Y (en dus niet van de vennootschap). De rechter verklaart de partijen Y *in solidum* gehouden tot vergoeding van de schade aan eiseres, aangezien ieder van hen tot het ontstaan van de

gehele schade heeft bijgedragen.

De schade die eiseres heeft geleden door het misdrijf, komt in aanmerking voor vergoeding, maar de schade ten gevolge van de niet-uitvoering van de verbintenis (zoals de inningskosten, de kosten van het bewarend beslag,...) niet. De verplichting om zich burgerlijke partij te stellen teneinde het misdrijf te bewijzen, veroorzaakt op zichzelf schade en komt dus wel voor vergoeding in aanmerking (zie Gent, 3 april 1979, *R.W.*, 1979-80, noot Vandeplass, A.; Verstraeten, R., *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1990, nrs. 210-212). *In casu* heeft de eiseres de omvang van haar schade (de door de handelingen van verweerster en de partijen ontstane extra proceskosten en de waarde van het aandeel van verweerster in de weggemaakte onroerende goederen) evenwel niet aangetoond, waardoor de rechter voorlopig slechts één frank provisioneel kan toekennen.

5. De vraag rijst waarom de schuldeiseres geen beroep heeft gedaan op de *actio pauliana* (art. 1167 B.W.) (zie over deze mogelijkheid: Geens, K., «De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap», *T.P.R.*, 1990, 1642, nr. 14, in het bijzonder voetnoot nr. 29 en Laga, H., *l.c.*, 243 e.v.). De met succes ingestelde *actio pauliana* leidt immers tot de niet-tengevoerbare van de litigieuze rechtshandeling (hier: de inbreng *in natura*) ten opzichte van de schuldeiser (zie De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 252-253, nrs. 243-244). De *actio pauliana* dient evenwel te worden ingeleid tegen de derde-medeplichtige(n) (zie De Page, H., *o.c.*, 249-250, nr. 240), niet tegen de schuldenaar, waarbij het wel aanbeveling verdient om deze toch tot tussenkomst te dagvaarden (zie De Page, H., *o.c.*, 250, nr. 241). Het bewijs van de medeplichtigheid van de derde(n) (*in casu* de medeoprichters van de vennootschap) is echter niet eenvoudig te leveren (zie Bauwens, N., *l.c.*, 275; Van Reepghingen, C., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Leuven, *Belgisch Staatsblad*, 1964, 681 e.v.; Rb. Dinant, 9 januari 1964, *R.P.S.*, 1964, nr. 5214, noot Coppens, P., gewijzigd door Luik, 17 juni 1965, *R.P.S.*, 1965, nr. 5301, concl. Charlier, P. en noot; voor medeplichtigheid in de zin van art. 1167 B.W. lijkt het voldoende indien de derde-medeplichtige hetzij kennis heeft van het bedrog van de schuldenaar, hetzij kennis heeft van de staat van het onvermogen van de debiteur en van het nadeel dat de litigieuze rechtshandeling aan diens schuldeiser(s) zal toebrengen; de zgn. «objectieve opvatting»: zie De Luyck, E., «Het bedrog vanwege de schuldenaar en de derde-medeplichtigheid in de *actio pauliana*», *Jura Falc.*, 1978-79, 642-643). Bovendien rijst een probleem wanneer niet alle oprichters medeplichtig zijn en op de hoogte waren van de fraude (zie Laga, H., *l.c.*, 246-247). *In casu* was eiseres hier wellicht nog in geslaagd, aangezien het bewijs van de medeplichtigheid door alle middelen rechtens mag worden geleverd. Voor de feitenrechter, die op onaantastbare wijze in feite apprecieert, zou het feit dat de medeoprichters van de vennootschap allen naaste familieleden van de schuldenares zijn, samen met het verdachte tijdstip van de oprichting, wellicht al voldoende geweest zijn om de derde-medeplichtigheid van alle medeoprichters als bewezen te beschouwen (zie het door P. Coppens geciteerde vonnis van de Rb. Brussel, 6 juli 1937, in zijn noot onder Rb. Dinant, 9 januari 1964, *R.P.S.*, 1964, nr. 5214; zie hierover verder Laga, H., *l.c.*, 246-247). In elk geval biedt een klacht met burgerlijke partijstelling op grond van art. 490bis

Sw. een niet te miskennen bewijsvoordeel. De gegevens uit het strafdossier kunnen, zoals *in casu*, door de schuldeiser gebruikt worden in een daaropvolgende burgerlijke procedure ex art. 1382 B.W. Het resultaat van een met succes ingestelde *actio pauliana* blijkt evenwel gelijk aan de hier gekozen weg. Dezelfde schade komt voor vergoeding in aanmerking, aangezien art. 1382 B.W. eigenlijk ook de grondslag van de *actio pauliana* is (zie De Page, H., *o.c.*, 227-228, nr. 208, en 254-255, nr. 246).

Koen Van Raemdonck
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

13e KAMER – 24 NOVEMBER 1997

Voorzitter: de h. Lambrecht

Rechters: de hh. D'Hooghe en Vandamme

Openbaar ministerie: de h. Driesens

Advocaat: mr. De Schepper

Wegverkeer – Proces-verbaal – Bewijswaarde

Als de verbalisant persoonlijk betrokken is bij de feiten die hij heeft vastgesteld, mag de rechtbank geen rekening houden met de bijzondere bewijswaarde die art. 62 Wegverkeerswet aan het proces-verbaal van vaststelling hecht en geldt het proces-verbaal overeenkomstig art. 154 Sv. als een loutere inlichting of aanwijzing.

A./O.M.

3. In zijn arrest van 14 juli 1997 heeft het Arbitragehof in zijn overweging B.4.2 gesteld dat in het geval waarin de verbalisant betrokken is bij de feiten die hij beweert vast te stellen, artikel 62 Wegverkeerswet verhindert dat het proces op een eerlijke manier verloopt, omdat het de rechter verplicht de bewijswaarde van het proces-verbaal te aanvaarden. Artikel 62 Wegverkeerswet schendt aldus, zo meent het Arbitragehof, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang met de regels van het eerlijk proces, bevestigt trouwens door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

4. In casu heeft het Arbitragehof derhalve een schending met art. 6 Grondwet vastgesteld van de litigieuze norm, namelijk dat artikel 62 Wegverkeerswet een bijzondere bewijswaarde toekent aan een tijdig opgezonden proces-verbaal, opgesteld door een verbalisant die persoonlijk bij het vastgestelde misdrijf betrokken was.

De Rechtbank mag derhalve deze strijdige norm niet toepassen in het onderhavige geschil.

Dit verplicht de Rechtbank tot twee bewegingen.

In de eerste plaats is de verbalisant te beschouwen als persoonlijk betrokken persoon. Hieromtrent bestaat er weinig discussie.

Het aanvankelijk proces-verbaal vangt immers heel illustratief aan als volgt: «Verbalisant bestuurt zijn fiets te...» Gekomen aan het kruispunt Kerkakker met de Nieuwe Weg rijdt verbalisant het kruispunt op en wordt gehinderd door het links van hem komende voertuig (...) Verbalisant dient

zelfs nog af te remmen om een aanrijding met dit voertuig te vermijden».

Zo het al onduidelijk zou zijn of de verbalisant materiële schade opliep, dan is in elk geval zeker dat hij minstens moreel betrokken partij was als opgeschrikt voorranghebbende, als fietser die dient af te remmen, als verkeersparticipante die door een eigen ingrijpen een aanrijding weet te vermijden, zodat hij in elk geval als een bij het vastgestelde misdrijf betrokken persoon dient te worden beschouwd.

6. Vervolgens dient de rechtbank de haar voorgelegde zaak op te lossen zonder rekening te houden met de bijzondere bewijswaarde die anders aan een tijdig opgezonden proces-verbaal wordt voorbehouden.

Aldus dient de rechtbank aan het aanvankelijk proces-verbaal die waarde toe te meten die voorbehouden is voor elk haar voorgelegd proces-verbaal, behoudens die bepaald in art. 62 Wegverkeerswet.

Dit impliceert dat de rechtbank het litigieuze proces-verbaal, overeenkomstig art. 154 Sv. als een loutere inlichting of aanwijzing beschouwt en haar overtuiging dient de vormen op grond van alle haar regelmatig verkregen of voorgelegde gegevens. De feitenrechter beoordeelt derhalve op onaantastbare wijze de bewijswaarde van de processen-verbaal die hem worden voorgelegd.

NOOT – Over de betrokkenheid van de verbalisant

1. Art. 62 van de Wegverkeerswet, zoals in vigueur ten tijde van de onderhavige overtreding, bepaalde dat de processen-verbaal inzake verkeersmisdrijven, van de bevoegde ambtenaren bewijs opleverden zolang het tegendeel niet bewezen was.

Gebeurt er een aanrijding, of is de verbalisant persoonlijk betrokken bij een ongeval of zelfs een voorrangregeling, dan geniet de bevoegde ambtenaar een gunstige uitgangspositie doordat zijn verklaring een grotere bewijswaarde heeft dan die van de tegenpartij.

2. Bij tussenvonnis van 3 juni 1996 heeft de Politierechtbank te Brugge dan ook een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof overgelegd teneinde uit te maken of de wapengelijkheid die door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet wordt gewaarborgd, niet wordt geschonden wanneer een verbalisant zelf betrokken is bij een overtreding van de wegverkeerswet.

Het arrest van het Arbitragehof van 14 juli 1997 wordt elders in dit nummer gepubliceerd.

3. Een verbalisant is uiteraard betrokken bij de feiten die hij *de visu* of *de auditu* waarneemt, maar de strafrechter viseert hier natuurlijk de opsteller van een proces-verbaal die niet louter als neutrale waarnemer optreedt, maar zelf gemoeid is in de overtreding die hij optekent, m.a.w. de verbalisant die zelf een actieve rol speelt in de vastgestelde feiten.

4. Er bestaat ongetwijfeld een gevaar dat de persoonlijke betrokkenheid van de verbalisant in de feiten die hij vaststelt, de gegevens van de zaak kleurt en de objectiviteit schaadt. Aan zulk een relaas van de feiten wordt dan ook terecht geen bijzondere bewijswaarde toegekend: het geldt als eenvoudige inlichting waarover de strafrechter vrijelijk zal oordelen.

5. Eertijds, toen er nog vuistregels bestonden, was het de verbalisant verboden proces-verbaal op te stellen in aange-

legenheden waarin hij zelf gemoeid was. Meer nog, als een lid van de gemeentelijke politie betrokken was in een verkeersongeval, werd het opsporingsonderzoek altijd toevertrouwd aan de rijkswacht of aan de gerechtelijke politie...

Het gerecht is geen zandbak voor gelijkhebbertjes.

A. Vandeplas

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

KORT GEDING – 13 NOVEMBER 1997

Voorzitter: J. Boon

Advocaten: mrs. Wolters en Geuens

Vereniging – Feitelijke vereniging – Vertegenwoordiging in rechte – Lastgeving – Bewijs – Gebrek aan hoedanigheid – Gevolg

Het optreden van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is gebaseerd op mandaatverhoudingen. Indien de vertegenwoordigers in rechte geen bewijs van hun mandaat door de leden kunnen voorleggen, is hun eis onontvankelijk wegens gebrek aan hoedanigheid.

V. en V. t/ V.Z.W. Koninklijke Belgische Basketballbond

1. Het voorwerp van de vordering

De vordering strekt ertoe:

- te horen zeggen «voor recht» dat verweerster gehouden is de invordering van de bedragen alsook alle mogelijke sancties, naar aanleiding van het dossier B.B.C. B/B.C. O. in verband met de zaak D., op te schorten totdat een definitieve uitspraak ten gronde is gewezen, bij gebreke hieraan te voldoen, verweerster te horen veroordelen tot betaling van een dwangsom van honderdduizend frank per inbreuk;
- verweerster te veroordelen in de kosten.

Bij conclusie van 20 oktober 1997 breiden eisers hun vordering uit:

- verweerster te veroordelen in betaling aan eisers van een provisionele schadevergoeding van 150.000 BEF.

Verweerster vraagt ons ons onbevoegd te verklaren, minstens de vordering onontvankelijk minstens ongegrond te verklaren, en eisers te veroordelen in de kosten; zij stelt een tegenvordering in die ertoe strekt:

- eisers hoofdelijk, minstens *in solidum* te veroordelen tot betaling van 25.000 BEF plus de gerechtelijke interesten.

2. De bevoegdheid

Aangezien volgens de termen van het gedinginleidend exploit de vordering spoedeisend zou zijn, is de voorzitter in kort geding principieel bevoegd om de grond ervan te onderzoeken (Cass., 11 mei 1990, *Pas.*, 1990, I, 1045).

3. De feiten

Eisers zijn respectievelijk voorzitter en secretaris van de feitelijke vereniging Basketball Club De Bokkerijder Overpelt. De club is aangesloten bij verweerster.

In 1995 is de speler M.D. van B. overgegaan naar Basketball Club De Bokkerijder Overpelt. Daarop is binnen de in-

stanties van verweerster een procedure gevoerd over het al dan niet verschuldigd zijn door de Bokkerijder aan B. van een «solidariteitsvergoeding». In eerste aanleg is De Bokkerijder door de «Raad voor het Statuut van de Speler» op 12 februari 1996 veroordeeld tot betaling van 368.873 BEF. In hoger beroep heeft «de Raad voor het Statuut van de Speler in Beroep» op 16 januari 1997 de veroordeling vermindert tot 188.873 BEF.

De Bokkerijder heeft bij verzoekschrift van 16 april 1997 cassatieberoep ingesteld.

Verweerster stelt ondertussen dat de cassatieprocedure niet schorst en vordert betaling. Zij stelt (in brieven van o.m. 23 juli 1997, 5 augustus 1997, 21 augustus 1997 en 28 augustus 1997) sancties tegen De Bokkerijder in het vooruitzicht (namelijk forfaitcijfers of de «verlorenverklaring» voor de seniorenploeg).

Eisers dagvaarden op 3 september 1997.

Op 5 september 1997 wordt een cassatiebeslissing gepubliceerd die de beslissing van 16 januari 1997 vernietigt.

4. De ontvankelijkheid

4.1. Rechtsmacht

Verweerster werpt op dat de rechterlijke macht «onbevoegd» is omdat er een scheidsrechtelijk beding geldt voor de geschillen tussen clubs enerzijds en verweerster anderzijds.

De exceptie betreft niet de bevoegdheid maar de rechtsmacht (vgl. Laenens, J., «Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid», *T.P.R.*, 1993, 1484 e.v.).

Met een overeenkomst tot arbitrage is niet onverenigbaar dat een partij zich tot de rechter wendt in verband met het nemen van bewarende maatregelen of ter verkrijging van een voorlopige voorziening; dit betekent niet dat die partij van arbitrage afziet (artikel 1679.2 Ger.W.).

4.2. Hoedanigheid

Eisers treden op in hun hoedanigheid van voorzitter respectievelijk secretaris van de feitelijke vereniging Basketball Club De Bokkerijder Overpelt. Verweerster werpt op dat zij geen hoedanigheid hebben om te kunnen vorderen voor de feitelijke vereniging.

De rechtsvordering kan niet worden toegelaten indien eiser geen hoedanigheid of geen belang heeft om ze in te dienen (artikel 17 Ger.W.).

Volgens klassieke rechtspraak kan een feitelijke vereniging niet optreden in rechte (vb. Cass., 6 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 1688). Wie geen rechtspersoonlijkheid heeft, kan als dusdanig geen rechten of plichten hebben of uitvoeren.

Bij afwezigheid van rechtspersoonlijkheid moet het optreden in het rechtsverkeer van een feitelijke vereniging worden gebaseerd op mandaatverhoudingen (Antwerpen, 31 mei 1994, *T.R.V.*, 1996, 572, met noot Vananroye, J.).

Eisers beweren te dezen dat zij gemandateerd zijn door de leden van de feitelijke vereniging, maar leggen daarover geen enkel stuk neer.

Zij bewijzen dus niet dat zij de leden van de feitelijke vereniging vertegenwoordigen.

De vordering is derhalve onontvankelijk.

5. De tegenvordering

Verweerster stelt een tegenvordering in tot betaling van 25.000 BEF schadevergoeding.

Eisers hebben gedagvaard op 3 september 1997, en op 5 september 1997 is de cassatiebeslissing gepubliceerd die de beslissing van 16 januari 1997 vernietigt. Vanaf dat ogenblik was volgens verweerster de vordering achterhaald. Zij heeft eisers voorgesteld afstand van geding te doen, wat dezen hebben geweigerd.

Wanneer de rechter in kort geding zich bevoegd acht en hij onderzoekt of er, op grond van de door partijen aangedragen elementen, in werkelijkheid al dan niet urgentie aanwezig is die het nemen van voorlopige maatregelen kan rechtvaardigen, doet hij uitspraak omtrent de gegrondheid van de vordering (Cass., 11 mei 1990, *Pas.*, 1990, I, 1050 en *T.B.H.*, 1992, 774 e.v., met noot Lindemans D.; Marchal P., «Les référés», *Larcier*, 1992, nr. 15; Storme M. en Taelman P., «Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven», in «*Procederen in nieuw België en komend Europa*», Storme M. en Beirlain A. (red.), Kluwer, 1991, blz. 1 e.v., nr. 15).

Er is urgentie in de zin van art. 584, eerste lid, Ger.W. telkens wanneer de vrees voor een schade van een bepaalde omvang of voor ernstige ongemakken het nemen van een onmiddellijke beslissing noodzakelijk maakt (Cass., 21 mei 1987, *Pas.*, 1987, I, 1160; *R.W.*, 1987-88, 1425).

De urgentie wordt beoordeeld op het ogenblik van de uitspraak (Luik, 29 juni 1990, *R.P.S.*, 1990, 281).

In deze zaak waren de eisers sinds begin september op de hoogte van de vernietiging van de beslissing waarvan zij de tenuitvoerlegging wilden laten schorsen. Nu er vanaf toen geen uitvoerbare titel meer bestond, kon er uiteraard ook geen enkele vrees meer bestaan voor een schade van een bepaalde omvang of voor ernstige ongemakken.

In zoverre de eisers hun vordering richten tegen de uitvoering van een nog toekomstige uitspraak van de organen van verweerster in hun geschil voorafgaand aan een definitieve uitspraak ten gronde, en dus het algemeen verbod vragen van een interne afdwingbare geschillenregeling, is evident dat de vordering de grenzen van het voorlopige overschrijdt. Zij moet dan dus ongegrond zijn (Maertens, A.-S., «Uitspraak bij voorraad: voorschrift over de machten van de rechter in kort geding», noot onder Cass., 14 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 260).

De eisers hebben echter vastgehouden aan hun vordering, hebben omstandig geconcludeerd en hun vordering (bij conclusie van 20 oktober 1997) nog uitgebreid met een vordering tot een provisionele schadevergoeding van 150.000 BEF. Het betreft niet een vergoeding voor tergend en roekeloos geding of verweer in de onderhavige procedure, maar een provisionele vergoeding voor de schade die De Bokkerijder zou hebben geleden door het optreden van verweerster in de interne bondsprocedure.

De rechter in kort geding kan, in geval van urgentie, slechts een provisionele vergoeding toekennen wanneer het recht van de eiser niet voor ernstige betwisting vatbaar is. Dit is enkel het geval wanneer zowel de schuldvordering van de eiser als de daaraan beantwoordende verplichting van de beweerde schuldenaar met voldoende zekerheid vaststaan (Marchal, P., «Les référés», *Larcier*, 1992, nrs. 133 en 134; Englebert J., «Inédits de droit judiciaire (VII) – Référé (3)», *J.L.M.B.*, 32/92, blz. 11 e.v., nr VI; de Leval G., «Le référé en droit judiciaire privé», *Act. Dr.*, 1992/3; blz. 855 e.v., nr. 54). Alleen wanneer aan deze voorwaarden voldaan is, heeft

de kortgedingrechter voldoende zekerheid dat de uiteindelijke beslissing van de bodemrechter in dezelfde lijn zal liggen als zijn beoordeling.

Te dezen voeren eisers geen enkele argumentatie aan waaruit zou kunnen blijken dat de vergoeding onbetwistbaar verschuldigd is, of dat een onmiddellijke betaling noodzakelijk is om een te vrezen schade van een bepaalde omvang of ernstige ongemakken te vermijden.

In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat het gedrag van eisers strijdig is met de goede trouw in gerechtsprocedures en met de beginselen van proceseconomie. De actoren in de gerechtelijke wereld behoren immers indachtig te zijn dat wij werken bij schaarste van middelen.

Anderzijds bewijst verweerster niet dat zij een concrete schade heeft geleden buiten de verplichting de procedure te blijven voeren. De kosten van de verplichting daarbij bepaalde materiële akten te verrichten, zal haar worden vergoed door de sommen bepaald in artikel 1022 Ger.W.

NOOT – De vorderingsbevoegdheid van de vertegenwoordigers van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid

1. Een groepering zonder rechtspersoonlijkheid, begrepen als de gezamenlijk optredende leden, kan via een vertegenwoordiger in rechte treden (zie Cass., 13 april 1889, *Pas.*, 1889, I, 179; Cass., 30 mei 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 1197; Cass., 28 september 1984, *Arr.Cass.*, 1984, 165, *R.W.*, 1984-85, 2703; B. Tillemans, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, 1997, 30 e.v. Zie ook over de vormvoorschriften J. Vananroye, «De vereniging zonder rechtspersoonlijkheid heeft een vermogen en kan in rechte treden», noot onder Antwerpen, 31 mei 1994, *T.R.V.*, 1996, 577-578). Hierdoor ontstaat er een onderscheid tussen de formele procespartij, de vertegenwoordiger en de materiële procespartij, de gezamenlijke leden, wier aangevoerde rechten of verplichtingen in het geding zijn (K. Broeckx, «Vertegenwoordiging en naamgeving in het geding», *R.W.*, 1994-95, 248). In de geannoteerde beschikking werden de leden van een basketbalclub vertegenwoordigd door de voorzitter en de secretaris van de vereniging. De uitspraak aanvaardt principieel de mogelijkheid van lastgeving in het geding door de leden.

De bevoegdheid om namens de leden te vorderen is een bijzonder geval van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het ontbreken van vorderingsbevoegdheid bij de formele procespartij heeft procesrechtelijk de onontvankelijkheid wegens gebrek aan hoedanigheid (art. 17 Ger.W.) tot gevolg. De rechter moet de vorderingsbevoegdheid van de formele procespartij niet ambtshalve onderzoeken (Cass., 17 februari 1995, *R.W.*, 1995-96, 237).

Het spoedeisend karakter van een procedure in kort geding is geen reden om af te zien van de eis dat de formele procespartij bevoegd is om op te treden met betrekking tot het voorwerp van het geschil (D. Lindemans, *Kort geding*, Antwerpen, 1985, 12-14). Omdat het hier echter gaat om voorlopige maatregelen die geen afbreuk mogen doen aan de zaak zelf, kan de rechter de vordering eventueel wel ontvankelijk verklaren op grond van een ogenschijnlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid, zolang hij daarbij geen rechtsregels betreft die deze bevoegdheid niet redelijk kunnen schragen (J. Laenens, «Het optreden in rechte van een gemeenschap van mede-eigenaars in een appartementsge-

bouw», *R.W.*, 1991-92, 228, nr. 16; zie *Cass.*, 25 april 1996, *R.W.*, 1996-97, 539; *Cass.*, 23 december 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 1152).

2. De formele procespartij zal haar vorderingsbevoegdheid doorgaans steunen op een lastgeving, hetzij *ad hoc* voor een concreet geding, hetzij in het algemeen in de statuten (zie voor een geval van wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid art. 4, derde lid, C.A.O.-Wet). In het geval van een statutair mandaat is het zeker niet noodzakelijk dat alle leden voor elk geschil opnieuw individueel een volmacht verlenen. Door hun toetreding tot de vennootschapsovereenkomst hebben ze zich immers akkoord verklaard met de statutaire bestuursregeling die eventueel een partijbeslissing door een meerderheid van de leden, een bestuurscollege of de voorzitter mogelijk maakt.

De gemeenrechtelijke regels inzake de omvang van een mandaat zijn hier van toepassing. Aangezien de lastgeving enkel handelingen betreffende de vereniging omvat, is er sprake van een bijzondere lastgeving (art. 1987 B.W.). De meerderheidsstelling in de rechtspraak is terecht van oordeel dat wie in het algemeen belast is met bestuur en vertegenwoordiging van de vereniging ook bevoegd is om namens de leden een geding te voeren (Arbh. Brussel, 6 januari 1986, *T.S.R.*, 1987, 190; Arbh. Brussel, 12 april 1988, *J.T.T.*, 1989, 275; Arbh. Luik, 28 juni 1990, *Soc. Kron.*, 1991, 397; Rb. Tongeren, 12 juni 1989, *Limb. Rechtsl.*, 1989, 158; Arbrb. Doornik, 17 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 893; Pol. Hasselt, 12 april 1991, *Limb. Rechtsl.*, 1991, 109).

3. Ook het bewijs van de vorderingsbevoegdheid van de formele procespartij moet, indien gevorderd door de tegenpartij, volgens het gemene recht worden geleverd (M.E. Storme, «Rechtsopvolging onder bijzondere titel tijdens het burgerlijk geding in België en Nederland», *R.W.*, 1993-94, 177). Een afschrift van de statuten waarin bv. aan het bestuur de bevoegdheid wordt verleend om namens de gezamenlijke leden in rechte te treden, volstaat op zichzelf niet. De formele procespartij moet immers ook kunnen aantonen dat er identiteit bestaat tussen haar en de in de statuten aangewezen vertegenwoordiger(s). Dit kan gebeuren door het voorleggen van haar benoemingsbeslissing, maar andere bewijsmiddelen mogen niet *a priori* worden uitgesloten, zeker niet wanneer de verweerder door zijn eerder handelen met de vereniging de bevoegdheid van haar vertegenwoordigers heeft erkend (Antwerpen, 31 mei 1994, *gecit.*; zie ook conclusies P. Mahaux voor *Cass.*, 19 april 1968, *R.W.*, 1967-68, 2169; de rechter kan zelfs algemeen bekende ervaringsfeiten inroepen). Indien het instellen van de concrete eis in rechte verder wordt gedelegeerd, bv. aan de voorzitter of de secretaris, moet ook van deze beslissing een afschrift worden voorgelegd.

4. De vereniging (lees opnieuw: de gezamenlijke leden) kan ook als verweerder gedagvaard worden op naam van een vertegenwoordiger (*Cass.* 18 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 827). Ook hier is het natuurlijk vereist dat de formele procespartij bevoegd is om namens de gezamenlijke leden op te treden. Als derde ten aanzien van het lastgevingscontract kan de eiser de vertegenwoordigingsbevoegdheid met alle middelen rechtens bewijzen (*Cass.*, 18 september 1964, *R.W.*, 1965-66, 1103; *Cass.*, 29 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 348; *Cass.*, 17 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 1517). Wel mag die bevoegdheid niet lichtvaardig worden aanvaard: de materiële rechtskracht, het gezag van gewijsde en de uitvoerbare

kracht van een vonnis binden immers de materiële rechtspartij (art. 1998 B.W.). Indien een vonnis ten onrechte de vorderingsbevoegdheid van de formele procespartij aanneemt, wordt deze uitspraak de leden toegerekend, net op grond van die veronderstelde vertegenwoordigingsbevoegdheid. De leden kunnen zo'n vonnis dat hen expliciet als partij vermeldt niet zomaar naast zich neerleggen, maar moeten, eventueel via een ditmaal bevoegde vertegenwoordiger, hiertegen een rechtsmiddel instellen (art. 26 Ger.W.; zie ook P. Taelman, *Het gezag van het rechtelijk gewijsde in het gerechtelijk privaatrecht*, proefschrift, Gent, 1994, pp. 247-248, nrs. 331-332 en K. Broeckx, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiel geding*, Antwerpen, 1995, p. 185, nr. 406).

In de geannoteerde uitspraak betwistten de voorzitter en de secretaris van de basketbalvereniging hun vorderingsbevoegdheid als verweerders op tegenvordering niet en werd de tegenvordering wegens tergend en roekeloos geding ontvankelijk verklaard. In de mate dat dit tegen de vertegenwoordigers *qualitate qua* gebeurt, is dit moeilijk verzoenbaar met de eerdere overweging van de beschikking dat de bevoegdheid van de voorzitter en secretaris om de leden te vertegenwoordigen niet bewezen is. Als zij passief de gezamenlijke leden kunnen verbinden, moeten zij immers ook actief in hun naam kunnen optreden wanneer het dezelfde feiten en rechtshandelingen betreft. De beweringen van de vertegenwoordigers terzake zijn onsplitsbaar (vgl. art. 1356, derde lid, B.W.).

De lastgever zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid kan wel persoonlijk aansprakelijk worden gesteld uit onrechtmatige daad. Zo is een onbevoegde vertegenwoordiger in rechte persoonlijk aansprakelijk voor de proceskosten (*Cass.*, 3 februari 1887, *Pas.*, 1887, I, 74; Rb. Brussel, 15 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 470) en eventueel voor de schade wegens tergend en roekeloos geding. Het zou beter zijn geweest als de beschikking duidelijk maakte wie tot de kosten werd veroordeeld: de formele procespartij (de beweerde vertegenwoordigers) dan wel de materiële (de gezamenlijke leden).

5. De regels inzake lastgeving zijn slecht afgestemd op de problemen rond vertegenwoordiging in rechte. Het typeprobleem inzake lastgeving is dat van een derde die met een lasthebber *qualitate qua* heeft gehandeld wiens vertegenwoordigingsbevoegdheid achteraf door de beweerde lasthebber wordt betwist. Bij vertegenwoordiging in rechte liggen de knelpunten fundamenteel anders: hier is het doorgaans de derde-verweerder die de bevoegdheid van de lasthebber betwist (actief optreden in rechte) dan wel de lasthebber zelf die zijn vertegenwoordigingsmacht ontkent tegen de beweringen in van de derde-eiser (passief optreden in rechte). Dit verklaart waarschijnlijk de mogelijke inconsequentie in de geannoteerde beschikking.

Een andere illustratie van de mogelijke problemen vormt de toepassing van het schijnmandaat in het geding. Het uitgangspunt is dat een beweerde opdrachtgever niet hoeft in te staan voor de verbintenissen die een onbevoegde lasthebber in zijn naam aangaat. De figuur van het schijnmandaat verplaatst het risico van het gebrek aan vertegenwoordigingsbevoegdheid van de derde-contractant naar de beweerde opdrachtgever indien aan enkele voorwaarden is voldaan (zie B. Tilleman, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, 233-248). Eén van die voorwaarden is een schijn van vertegenwoordigingsmacht: de lasthebber beweert met betrekking tot de litigieuze han-

deling de opdrachtgever te kunnen verbinden (*o.c.*, 233, nr. 440). Te weinig is opgemerkt hoe in het schoolvoorbeeld van schijnvertegenwoordiging, het «Cuivre-et-Zinc»-arrest, deze voorwaarde niet was vervuld (Cass., 20 juni 1988, *T.R.V.*, 1989, 540, noot S. Stijns en P. Callens, *J.T.*, 1988, 541, noot P.A. Forriers, *R.C.J.B.*, 1991, 45, noot R. Kruithof, *R.W.*, 1989-90, 1245, noot A. Van Oevelen; *Arbh. Luik*, 12 november 1986, *J.L.M.B.*, 1986, 705). Niet toevallig ging het hier om een probleem van vertegenwoordiging in rechte: de eiser dagvaarde de leden van het FGTVB op naam van de gewestelijke secretaris. Deze secretaris ontkende echter zijn eigen vertegenwoordigingsbevoegdheid, zodat er na deze ontkenning geen sprake meer kon zijn van een schijn van lastgeving en toerekening aan de beweerdde opdrachtgever. De feitenrechter had de ontvankelijkheid van de vordering tegen de vakbondsleden op naam van de secretaris waarschijnlijk ook, en beter, kunnen steunen op grond van een werkelijke (eventueel stilzwijgende) lastgeving. Als derde kon de eiser dit mandaat met alle middelen rechtens bewijzen (zie nr. 4).

Joeri Vananroye
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen
Jan Ronse Instituut voor Vennootschapsrecht
K.U.Leuven

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

3e KAMER – 3 MEI 1995

Voorzitter: de h. De Bruyn

Advocaten: mrs. Vansuyt, Tritsmans en Rotti

Koop – Verborgen gebrek – Korte termijn – Te laat ingestelde vordering – Voordien door andere procespartij tijdig ingestelde vordering – Normdoel

De formele niet-naleving van de korte termijn waarbinnen de koper een vordering op grond van een verborgen gebrek tegen de verkoper dient in te stellen, leidt niet tot de ontoelaatbaarheid van die vordering, indien het normdoel van dit voorschrift (art. 1648 B.W.) reeds is bereikt doordat een andere procespartij voordien tijdig een vordering op dezelfde grond tegen de verkoper heeft ingesteld en deze laatste heeft deelgenomen aan een volkomen contradictoir gerechtelijk deskundigenonderzoek.

N.V. B. t/ N.V. A. en V.Z.W. Z.

V.Z.W. Z. heeft haar vordering tegen N.V. A. inderdaad slechts formeel ingesteld en geformuleerd via een conclusie van 28 november 1994;

De N.V. A. was echter reeds in rechte gedagvaard op 11 maart 1987 door haar eigen contractpartij, de N.V. B., met precies dezelfde vordering als voorwerp; deze vordering was wel degelijk binnen de vereiste korte termijn ingesteld; bovendien heeft Z. reeds bij de aanvang de expertisewerkzaamheden van de gerechtsdeskundigen gevolgd.

Het normdoel van art. 1648 B.W. werd dus in ieder geval volledig bereikt. A. werd tijdig in rechte gedagvaard en er werd een volkomen contradictoire gerechtelijke expertise ge-

organiseerd, zodat A. tijdig nadat de eerste klachten tegen haar geformuleerd waren, de gelegenheid kreeg zich in rechte te verdedigen en alle nodige maatregelen te nemen die zij nodig achtte om haar belangen veilig te stellen;

In die omstandigheden heeft de formele instelling van de tussenvordering door Z. op 28 november 1994 niet tot gevolg dat deze vordering onontvankelijk zou zijn, omdat de korte termijn in art. 1648 B.W. hoe dan ook gerespecteerd werd en de rechtsbescherming bedoeld in art. 1648 B.W. haar volle uitwerking heeft gekregen.

VREDEGERECHT TE ZOTTEGEM

13 JULI 1995

Rechter: de h. Souffriau

Advocaten: mrs. Standaert loco Lenssens en De Smet

1. Aanneming van werk – Graafwerk – Ondergrondse kabels – Verplichting tot voorafgaande peiling – 2. Onrechtmatige daad – Oorzakelijk verband – Beschadiging van ondergrondse kabel – Door elektriciteitsonderneming gevorderde bijkomende personeelskosten en winstderving

1. De ligging van een ondergrondse kabel moet door een aannemer van wegenwerken door peiling worden bepaald. Hij mag geen blind vertrouwen stellen in de situatieplannen en moet de kabels lokaliseren alvorens mechanische werktuigen te gebruiken. De lokalisatie heeft immers juist tot doel zich te beveiligen tegen de gevolgen van eventuele vergissingen op plan.

Het louter bestaan van een niveauverschil tussen de ligging van een kabel op het plan en de effectieve ligging ervan, vormt voor een aannemer van werk dan ook geen onoverwinnelijke dwaling, omdat hij, door de nodige voorzorgen te nemen en de geldende wettelijke en reglementaire verplichtingen na te leven, had kunnen of moeten weten dat de kabel zich op een andere diepte bevond dan op het plan was vermeld.

2. De bijkomende personeelskosten en winstderving die als schadevergoeding worden gevorderd door een elektriciteitsonderneming van wie een ondergrondse kabel bij graafwerk is beschadigd, zijn een noodzakelijk gevolg van dit schadeverwekkend feit.

C.V.I. t/ N.V. A.

I. Feiten en procedure

Door de verweerster werd op 26 augustus 1988 een werk uitgevoerd te Zottegem in de Paddestraat (ex-Velzeke). Hierbij werd door een mechanisch werktuig (een graafmachine) een hoogspanningskabel 15 K.V. geperforeerd.

Volgens de eiseres miskende de verweerster artikel 192 van het Algemeen Reglement op de Elektrische Installaties en artikel 260bis van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming.

Artikel 192 van het AREI bepaalt: (van belang voor deze zaak):

«Geen enkel grondwerk... mag in de omgeving van een ondergrondse elektrische kabel worden uitgevoerd zonder voorafgaand... de eigenaar van de kabel te raadplegen.

Afgezien van deze raadpleging mag met de uitvoering van een werk slechts begonnen worden na lokalisatie van de kabels.

Zonder dat de aannemer en de eigenaar van de kabel voorafgaand overeengekomen zijn over de in acht te nemen voorwaarden, mag men geen gebruik maken van machines of mechanisch gereedschap in een zone tussen 2 verticale vlakken op een afstand van 50 cm en van weerszijden van de kabel.»

Art. 260bis van het ARAB bepaalt nagenoeg hetzelfde:

1. Geen enkel grondwerk mag worden uitgevoerd in de nabijheid van een ondergrondse kabel zonder dat... de eigenaar van de kabel vooraf werd geraadpleegd.

Als de raadpleging niet heeft kunnen plaatshebben, mag het werk niet uitgevoerd worden zonder voorafgaande lokalisering van de kabels.

2. Geen mechanische machines of werktuigen mogen worden gebruikt, in een veiligheidsruimte die begrensd is door twee verticale vlakken op 50 cm afstand aan weerskanten van de kabel, zonder dat de aannemer en de eigenaar van de kabel vooraf overeengekomen zijn over de na te leven voorwaarden.»

De eiseres argumenteert dat de verweerster naliet voldoende peilingen uit te voeren alvorens het werk uit te voeren, dat zij pas een aanvang mocht nemen met de uitvoering van het werk zodra zij met zekerheid wist waar de kabel zich precies bevond en dat zij de raadplegingsverplichting negeerde op het ogenblik dat zich problemen voordeden.

De verweerster stelt daarentegen dat zij de door de eiseres ter beschikking gestelde plans consulteerde en peilingen uitvoerde, maar dat zij niet kon voorzien dat de kabel niet op de vereiste diepte zou liggen en dat deze kabel op de bewuste plaats van de beschadiging een afwijking vertoonde (een bovenwaartse verbuiging).

II. In rechte

Op de aannemer rust krachtens het bovenvermelde een dubbele verplichting: 1. de eigenaar van de kabel te raadplegen alvorens het werk uit te voeren; aan deze voorwaarde heeft de verweerster voldaan, aangezien niet wordt betwist dat de liggingsplans der kabels werden aangevraagd en overhandigd; 2. de kabels vooraf te lokaliseren. Het is op het vlak van het voldoen aan deze tweede voorwaarde dat de betwisting tussen de partijen rijst.

De verweerster kan niet betwisten dat uit de plans in kwestie de aanwezigheid van de kabel blijkt; de kabel bevond zich enkel niet op de door de plannen bepaalde diepte van 0,60 meter, maar wel op een diepte van 0,42 meter. De verweerster leidt uit deze feitelijke elementen verkeerdelijk een onoverwinnelijke dwaling voor haar af.

De ligging van de ondergrondse kabel moet door peiling worden bepaald; de aannemer mag geen blind vertrouwen stellen in de situatieplans en moet de kabels lokaliseren alvorens mechanische werktuigen te gebruiken; het doel van de lokalisatie is juist zich te beveiligen tegen de gevolgen van eventuele vergissingen op plan; volgens de stukken van de eiseres werd er trouwens met stempel voorbehoud nopens het liggingsplan gemaakt.

De plans zijn immers noodgedwongen getekend op een schaal die geen betrouwbare nauwkeurigheid mogelijk maakt; zij kunnen ook verouderd zijn en de herkenningpunten die golden als referentie voor het lokaliseren van de kabels kun-

nen intussen geheel of gedeeltelijk veranderd zijn, met name door herstellingen aan de weg of door de uitvoering van andere werken.

De aannemer mag zich niet vergenoegen met een loutere intellectuele lokalisatie van de ondergrondse kabel, verwijzend naar het plan; de exacte ligging moet door peiling worden bepaald. (Hof Luik, 1 oktober 1991, *Iuvis*, jan. 1993, blz. 18 e.v. met noot).

Indien de aannemer effectief had gepeild, dan had hij kunnen en moeten vaststellen dat op de plaats in kwestie er een verschil was van 18 cm tussen de volgens plan te verwachten ligging van de kabel en de effectieve ligging ervan; in deze optiek zou het schadegeval niet gebeurd zijn indien de kabel effectief zou zijn gelokaliseerd.

De verweerster beweert dat zij effectief en op de gebruikelijke manier gepeild heeft. Ondanks dat Wij de verweerster kunnen volgen in haar standpunt dat zij niet om de 5 cm kan peilen, komt het Ons toch onmogelijk voor dat de kabel zich enkel op deze plaats 42 cm onder de grond bevond en bijvoorbeeld 50 meter verder, daar de verweerster beweert dat zij om de 50 meter sondeerde, op 60 cm. Zelfs indien de verweerster verwachtte dat de kabel op een diepte van 60 cm lag, dan diende zij op een diepte van 42 cm niet meer met een graafmachine te werken.

Indien het zo is dat, zoals zij in haar eerste conclusie stelt, maar welk argument schijnt te worden tegengesproken door de vermeldingen op het plan zelve, dat de diepte niet vermeld stond op de liggingsplannen, dan diende zij de eiseres vooraf te consulteren.

Het louter bestaan van een niveauverschil tussen de ligging van de kabel op het plan en de effectieve ligging ervan, maakt voor de verweerster geen onoverkomelijke dwaling uit, omdat, door de nodige voorzorgen te nemen en de wettelijke of reglementaire verplichtingen na te leven, de verweerster had moeten of kunnen weten dat de kabel zich op een diepte van 42 cm bevond. De verweerster is derhalve gehouden tot vergoeding van de door de eiseres geleden schade.

...

Vervolgens betwist de verweerster het bedrag van de door de eiseres geleden schade in zoverre forfaitaire bijstandskosten en winstderving worden gevorderd.

Terwijl de eiseres haar schade begroot volgens de normen zoals bepaald in de BVVO-CIS-overeenkomst, stelt de verweerster dat deze overeenkomst ten opzichte van haar een *res inter alios acta* uitmaakt.

Zelfs wanneer de schadeveroorzaker niet is toegetreden tot de BVVO-CETS-overeenkomst, mag deze overeenkomst per analogie worden toegepast, omdat zij waarborgen biedt van onpartijdigheid en deskundigheid om de omvang van de schade juist te begroten.

De bijstandskosten vertegenwoordigen bijkomende personeels- en andere kosten die precies noodzakelijk worden gemaakt door schadegevallen zoals in casu, zodat deze extra kosten slechts hun oorzaak vinden in de schade die door derden wordt aangericht; de bijstandskosten en de winstderving zijn dus verschuldigd als een noodzakelijk gevolg van het schadeverwekkend feit (cf. Rb. Dendermonde, 3 januari 1992, *Iuvis*, mei 1993, 84; Hof Gent, 30 november 1990, *Iuvis*, mei 1993, 71; Hof Gent, 18 juni 1991, *Iuvis*, mei 1993, 94; Rb. Gent, 10 januari 1990, *Iuvis*, mei 1993, 75; Rb. Dendermonde, 20 april 1990, *Iuvis*, mei 1993, 77).

VREDEGERECHT TE WESTERLO

25 AUGUSTUS 1995

Rechter: de h. Carens

Advocaten: mrs. Binnemans en Coninx

Aanneming van werk – 1. Tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer – Voorwaarden – Aantasting van de stabiliteit van het gebouw of van een deel ervan – 2. Aansprakelijkheid van de aannemer voor lichte verborgen gebreken – Korte termijn voor het instellen van de aansprakelijkheidsvordering – Aanvangspunt van de termijn

1. Als de aan een dakbedekking vastgestelde gebreken op geen enkele wijze de stabiliteit van het gebouw of een onderdeel ervan aantasten of in gevaar brengen, kan de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer op grond van artt. 1792 en 2270 B.W. niet toegepast worden.

2. De aansprakelijkheidsvordering op grond van lichte verborgen gebreken dient tegen de aannemer te worden ingesteld binnen een korte termijn, die een aanvang neemt op het tijdstip waarop de opdrachtgever kennis kreeg of kon krijgen van het betreffende gebrek.

L. t/ B.

Aangezien de vordering ertoe strekt verwerende partij te horen veroordelen tot betaling aan eisende partij van de som van 19.500 fr. wegens herstellingskosten dakwerken geraamd door de h. Tibax Hendrik, in kort geding aangesteld als deskundige, te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf 6 oktober 1992, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten en de kosten, de kosten van het kort geding en de rechtsplegingsvergoeding inbegrepen en het te wijzen vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad;

...

Feiten

Op 10 juni 1985 doet verweerder een prijs offerte voor het uitvoeren van bepaalde dakvernieuingswerken aan de private woning van eiser. De werken werden uitgevoerd, gefactureerd op 23 juni 1986 en door eiser betaald. Korte tijd na dien dienen nog bepaalde herstelwerken te worden uitgevoerd. Deze worden gefactureerd op 30 oktober 1986 en eveneens door eiser betaald. Er gebeurt dan verder niets meer, tot eiser bij gelegenheid van de plaatsing van een koepel op het dak in de zomer van 1990 vaststelde dat er zich op bepaalde plaatsen op het dak blaasvorming voordoet (cf. procesverbaal van vaststelling van gerechtsdeurwaarder Leo Daenen van 12 september 1990). Op 4 december 1991 zendt eiser daaromtrent een ingebrekestelling. Dagvaarding in kort geding volgt op 6 oktober 1992: de heer Hendrik Tibax wordt als deskundige benoemd. Deze laatste legt op 16 november 1993 zijn eindverslag ter griffie neer: zijn conclusie luidt dat de herstellingskosten die ten laste van verweerder zijn 19.500 fr. (exclusief B.T.W.) bedragen en dat de overige kosten voor het waterdicht afsluiten van de detailleringen aan schouw en lichtkoepels 10.600 fr. (exclusief B.T.W.) bedragen en ten laste blijven van eiser. Met de onderhavige procedure vordert eiser thans van verweerder het voormelde bedrag van 19.500 fr., met vergoedende interesten en kosten.

In rechte

Overwegende dat blijkens de conclusies van eiser, deze zich primair beroept op de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer. Deze is geregeld door de artikelen 1792 en 2270 B.W. (die beide een zelfde lading dekken; art. 2270 is in feite een loutere herhaling van art. 1792; cf. W. Nackaerts, «Invloed van de aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken op de tienjarige aansprakelijkheid» *R.W.*, 1992-93, 171);

Overwegende dat rechtspraak en rechtsleer er sedert lang over eens zijn dat art. 1792 B.W. inhoudt dat voor de toepassing der tienjarige aansprakelijkheid is vereist dat de stabiliteit van het gebouw of een onderdeel ervan in gevaar wordt gebracht. *In casu* heeft de deskundige (verslag blz. 6) vastgesteld dat er zich op het dak tijdens de zomer op een vijftal plaatsen, alle liggend in de omgeving van de schouw aan de voorgevel, ernstige blaasvorming voordoet die echter na de zomer weer verdwijnt. Eiser bevestigde t.a.v. de deskundige formeel dat er zich geen lekkages of vochtinfiltraties voordoen (Verslag, blz. 12). Het staat derhalve vast dat de aan de dakbedekking vastgestelde gebreken op geen enkele wijze de stabiliteit van het gebouw of een onderdeel ervan aantasten of in gevaar brengen;

Overwegende dat derhalve geen toepassing kan worden gemaakt van de artikelen 1792-2270 B.W.;

Overwegende dat evenwel sedert het mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie van 25 oktober 1985 (*R.W.*, 1988-89, 670, met noot) onomstotelijk vaststaat dat de goedkeuring van het werk door de opdrachtgever de aannemer niet vrijstelt van zijn aansprakelijkheid voor de verborgen gebreken, ook al tasten deze de stevigheid van het gebouw of een essentieel bestanddeel ervan niet aan. Met andere woorden: ook voor de lichte verborgen gebreken blijft de aannemer aansprakelijk;

Overwegende dat het door de deskundige *in casu* vastgestelde gebrek als een «licht verborgen gebrek» kan worden gekwalificeerd.

Overwegende dat allereerst dan de vraag rijst binnen welke termijn de aansprakelijkheidsvordering uit hoofde van lichte verborgen gebreken tegen de aannemer ingesteld dient te worden. Meer algemeen betreft het hier in feite de vraag naar de wettelijke grondslag van zulk een vordering tegen de aannemer.

1. De vordering tot aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken kan niet steunen op de artikelen 1792 en 2270 B.W. (cf. Cass., 18 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1006; W. Nackaerts, *o.c.*, *R.W.*, 1992-93, 169; C. Van Schoubroeck, noot onder Cass. 25 oktober 1985, *R.W.*, 1988-89, 673).

2. Evenmin kan deze steunen op de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid: het zou immers totaal onlogisch zijn dat de vordering tot aansprakelijkheid wegens lichte verborgen gebreken verjaart na dertig jaar, terwijl deze wegens ernstige verborgen gebreken reeds verjaart na tien jaar, (aldus ook C. Van Schoubroeck, *o.c.*, *R.W.*, 1988-89, 673).

3. Zoals C. Van Schoubroeck in haar reeds geciteerde noot zeer terecht stelt, moet worden aangenomen dat de vordering tot aansprakelijkheid voor lichte verborgen gebreken berust op het algemeen beginsel dat men alleen zichtbare gebreken kan aanvaarden en men nooit geacht kan worden niet-zichtbare (dus verborgen) gebreken aanvaard te hebben (juist omdat ze verborgen waren). Zulks is de logica

zelve. Tevens volgt uit het voorgaande dat, als een voorheen verborgen gebrek eenmaal ontdekt is – dus zichtbaar is geworden – de aansprakelijkheidsvordering «binnen een korte termijn» moet volgen, anders wordt de benadeelde wél geacht het inmiddels zichtbaar geworden gebrek alsnog te hebben aanvaard.

Overwegende dat, nu enerzijds is vastgesteld dat de aansprakelijkheidsvordering moet worden ingesteld «binnen een korte termijn», anderzijds eveneens moet worden vastgesteld dat nergens is bepaald wat de precieze inhoud is van het begrip «korte termijn» m.a.w. nergens is gedefinieerd hoelang precies deze «korte termijn» duurt;

Overwegende dat deze vraag in ieder concreet geval door de rechter, naargelang van de omstandigheden, beoordeeld dient te worden (cf. W. Nackaerts, *oc.*, *R.W.*, 1992-93, 171). Nog in het arrest van 8 april 1988 (*Arr. Cass.*, 1987-1988, 1000, en *Pas.*, 1988, I, 921) besliste het Hof van Cassatie dat in de aannemingsovereenkomsten de rechter in feite en derhalve op onaantastbare wijze vaststelt of de rechtsvordering wegens verborgen gebreken tijdig is ingesteld;

Overwegende dat rechtspraak en rechtsleer het erover eens zijn dat het aanvangsmoment van de «korte termijn» het tijdstip is waarop eiser kennis kreeg van het betreffende gebrek. Zoekende naar «inspiratie» om *de lege ferenda* toch te komen tot een effectieve duurtijdbepaling van de «korte termijn» kan worden verwezen naar de suggestie van C. Van Schoubroeck in haar reeds geciteerde noot (blz. 675), welke op gemotiveerde wijze stelt dat de vordering uit hoofde van lichte verborgen gebreken dient te worden ingesteld binnen een termijn van *drie jaar* vanaf het tijdstip dat de eiser kennis had of kon hebben van het gebrek;

Overwegende dat ook belangrijk is erop te wijzen dat bij de hierboven vermelde «appreciatie» door de feitenrechter geen rekening mag worden gehouden met een inmiddels (zoals *in casu*) uitgebrachte dagvaarding in kort geding, welke «op zich» niet gelijkstaat met een vordering ten gronde (cf. *Cass.* 17 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1267). Zie ook de kritiek van Geert Baert in een noot onder voormeld arrest (blz. 1268), op een vonnis van de rechtbank Hasselt van 23 december 1977 (*R.W.*, 1977-78, 1647 met noot), dat bij de berekening van de termijn wél op decisieve wijze rekening had gehouden met de dagvaarding in kort geding. Overigens vindt de dagvaarding in kort geding krachtens de wet steeds plaats zonder nadeel m.b.t. «de bodemrechten» van de verweerder (art. 1039 Gerechtelijk Wetboek), die dus vóór de rechter ten gronde nog altijd een beroep kan doen op het eventuele te laat instellen van de vordering;

Overwegende dat, gelet op al het voorafgaande en gelet op het feit dat eiser naar eigen zeggen het gebrek vaststelde in de zomer van 1990, hij een eerste aangetekende ingebrekestelling aan verweerder zond op 4 december 1991 en ten gronde dagvaardde op 6 april 1994, dient te worden geconcludeerd dat de vordering ten gronde niet binnen de rechte vereiste «korte termijn» zoals hierboven omschreven, werd ingesteld en deze vordering derhalve ongegrond dient verklaard te worden.

...

VREDEGERECHT TE ROESELARE

28 MEI 1996

Rechter: de h. Nolf

Advocaat: mr. Gits

Vereffening en verdeling – Boedelbeschrijving – Keuze van de notaris – Aanstelling van een notaris om de niet tegenwoordige partijen te vertegenwoordigen – Deskundige bijstand

Overeenkomstig artikel 1178, eerste lid, Ger.W. komt het recht om vrij de notaris te kiezen toe aan de personen samen die de boedelbeschrijving vorderen. Voormelde bepaling viseert evenwel enkel het geval waarbij de betrokkenen zich rechtstreeks tot eenzelfde notaris wenden, die zich aldus van zijn opdracht kwijt zonder enig rechterlijk bevel of machtiging. Zodra de aanstelling van een boedelnotaris aan de vrederechter wordt gevraagd, wijst deze de notaris vrij aan, ook al formuleren de betrokkenen een unaniem voorstel.

De vrederechter kan tevens een notaris aanstellen om de niet tegenwoordige partijen te vertegenwoordigen, ook al wonen ze minder dan 100 kilometer ver of binnen het Rijk.

De notaris kan zich steeds door een deskundige laten bijstaan, zonder de hem toevertrouwde opdracht aan deze deskundige te mogen overdragen of zich door hem te mogen laten vervangen.

V.

Dat verzoekers beweren dat er tussen de erfgenamen zeer ernstige betwistingen ontstaan zijn betreffende de gelden die behoren tot de ontbonden huwelijksgemeenschap van wijlen hun ouders, zijnde de heer V., overleden ab intestato te R. op 19 maart 1994, en mevrouw D., eveneens overleden ab intestato te R. op 20 november 1988 en dat derhalve het verzoek ertoe strekt overeenkomstig artikel 1175 e.v.: de heer notaris Y. te belasten met het opmaken van een boedelbeschrijving die onder meer conform art. 1183, 5°, 6°, 7° en 8° Ger.W. dient te bevatten: de opgave van de gelden, de staat van de rekeningen bij derden, de korte beschrijving en ontleding van de titels, papieren en stukken betreffende de baten en lasten van het vermogen der onverdeelde en de verklaringen door de belanghebbenden gedaan ten laste of ten bate van de boedel, die aan de partijen gestelde vragen en de daarop gegeven antwoorden, en zal afgesloten worden door de in dit art. sub 11° bepaalde wettelijke eed, en voor recht te zeggen dat de notaris zich zal mogen laten bijstaan door een deskundige naar zijn keuze.

...

Overwegende dat onder de stukken, gehecht aan het verzoekschrift, zich een brief van 15 februari 1996 bevindt, gemeenschappelijk ondertekend door de drie raadslieden van de diverse betrokken familieleden, waarbij deze de litigieuze informatie opvragen aan de G.B., welke laatste de betreffende gegevens verwacht werd te bezorgen aan de notarissen A. en D.;

Dat, gevolg aan het onderhavige verzoek, de raadsman van mevrouw K.V., ons schriftelijk liet weten dat notaris A. «aanvankelijk» optrad voor V.R. en E., terwijl notaris D. optrad voor V.J., zodat gevraagd werd dat notaris T., minstens een andere notaris dan de twee voornoemde notarissen zou worden aangewezen;

Dat het onderhavige inleidend verzoekschrift inderdaad reeds overwoog dat «de erfgenamen mogelijks niet tot overeenstemming zullen komen betreffende de notaris belast met de boedelbeschrijving» – en dit vooruitzicht aldus actueel blijkt;

Dat, gelet op het gemis aan overeenstemming, de aanstelling van een notaris die vooralsnog in het dossier niet is opgetreden, vereist is;

Dat de vrederechter overigens in de relevante hypothese, gesteld door art. 1178 Ger.W. vrij blijft in de keuze van de notaris, nu het *recht om de notaris te kiezen*, bepaald in het eerste lid, en aldaar aan de verzoekers voorbehouden, enkel het geval viseert waarbij de betrokkenen zich rechtstreeks tot eenzelfde notaris wenden, welke zijn aldus verleende opdracht uitvoert zonder enigerlei gerechtelijk bevel of *machtiging*;

Dat zodra de boedelbeschrijving via de vrederechter bereikt wordt, deze *de notaris aanwijst*, en de notariskeuze hem dus vrij blijft, zelfs indien *diegenen die de boedelbeschrijving vorderen* een unaniem voorstel ter benoeming van een notaris zouden hebben geformuleerd;

Dat de vrederechter immers ook bezwaarlijk gebonden zou kunnen zijn door de voordracht van één of meer belanghebbenden, indien uit het enkele feit van hun verzoek tot een gerechtelijk bevel noodzakelijk reeds blijkt dat niet alle betrokkenen het eens zijn (hetzij omtrent het principe, en/of de keuze van de notaris), en zij, bij gebreke samen aan een notaris een opdracht te kunnen verlenen aan de notaris van hun vrije keuze, de boedelbeschrijving door de vrederechter vorderen (vgl. Rens, «De vrije keuze van de notaris», bijdrage in *Liber Amicorum Professor Jean Van Houtte*, p. 819, inz. nr. 6, alwaar opgemerkt wordt dat de besproken wettekst «de aanwijzing van de notaris door de rechter ondergeschikt gemaakt is aan het feit dat de partijen niet tot overeenstemming komen of aan het gebrek door hen één of twee notarissen te kiezen»);

Dat deze laatste bij zijn keuze (die eerder arbitrerend dan arbitrair is), zich laat inspireren door de omstandigheden en het belang van de rechthebbenden (*R.P.D.B.*, «Inventaire», nr. 144 e.v.): de betreffende appreciatie geschiedt «discretionnaire» (*Rev. prat. Not.*, geciteerd in *Rép. Notarial*, 'Inventaire', nr. 41), doch zou mogelijk ook mede overwegend dat de partijen zich gemakkelijker aan de raad van de openbare officier zullen onderwerpen, die hun vertrouwen heeft, zij het eventueel de notaris die het dossier in zijn kantoor hield (Rens, *ibidem*, nrs. 11-12);

Dat in casu, in acht genomen de in het verzoekschrift gesignaleerde incidenten en betwistingen, vooral de noodzaak van een onbevangen uitgevoerde en mede daardoor sereen aanvaarde opdracht bepleit mag worden;

Overwegende dat de aanstelling van een notaris ter vertegenwoordiging van de niet-aanwezigen geen noodzaak betreft in de initiële beschikking, nu de wet de redactie van de boedelbeschrijving (behoudens de overige voorzieningen van art. 1180 Ger.W.) enkel verplicht «in tegenwoordigheid van de notaris aangewezen tot vertegenwoordiger van de belanghebbenden die meer dan 100 kilometer ver of buiten het Rijk wonen, en van de personen die de vrederechter weert krachtens art. 1165 Ger.W.» – quod non;

Dat, indien art. 1183 Ger.W. onder de te vermelden formaliteiten ook opsomt (ten tweede) *de aanwijzing* (fr.: «l'indication») *van de beschikking waarbij een notaris wordt*

benoemd als vertegenwoordiger van niet tegenwoordige personen, deze vermelding weliswaar niét te beperken kan zijn tot de daaropvolgende gevallen «van de belanghebbenden die meer dan 100 kilometer ver of buiten het Rijk wonen, en van de personen die de vrederechter weert krachtens art. 1165 Ger.W.», nu deze laatste zinsnede niét gelezen kan worden als de loutere illustratie van wie bedoeld wordt met de *niet tegenwoordige personen* (wat slechts het geval zou zijn indien de komma als leesteken na «niet tegenwoordige personen» een dubbel punt ware – vgl. advies Oosterwijck in Verslag Comité voor studie en wetgeving Kon. Fed. van Belgische Notarissen, 1972, pp. 30-31);

Dat de vermelding van een dergelijke beschikking in de wettekst echter wel de mogelijkheid openlaat een notaris te benoemen ter aanwijzing van andere «niet tegenwoordigen» dan diegenen bedoeld in art. 1180 Ger.W. (en ook art. 1179 Ger.W.);

Dat een dergelijke aanstelling *hic et nunc* echter voorbarig zou voorkomen (onder meer gelet op het vooruitzicht op tegenspraak *in casu*), terwijl de voormelde proceduriële mogelijkheid evident ook niet belet dat de notaris, aangesteld voor de boedelbeschrijving op voorwaarde van een regelmatige oproeping overeenkomstig art. 1179 Ger.W., na het vaststellen van de niet-tegenwoordigheid van een partij (die dus niet gevisieerd wordt in art. 1180, ten tweede Ger.W.) zijn opdracht toch verder uitvoert zonder zich tot Ons te wenden: de aangestelde notaris zal handelen overeenkomstig hetgeen hem concreet passend voorkomt;

Dat het tot slot, niet raadzaam voorkomt in de machtiging tot bijstand te voorzien, nu deze steeds – ter technische voorlichting, naar noodzaak en besluitvorming door de notaris zelf te appreciëren – mogelijk blijft zonder dat de aangestelde notaris de aan hem toevertrouwde opdracht aan derden overdraagt of zich door dezen laat vervangen (vgl. A. Cloquet, *Deskundigenonderzoek*, A.P.R., nr. 336 e.v.), daar de boedelbeschrijving in principe, en behoudens specifieke uitzonderingen, een notariële akte blijft;

Dat overigens de partijen zelf behoren, na afsluiting van de boedelbeschrijving, hun aanspraken in rechte te formuleren, en bij gebreke van akkoord, door de bevoegde rechtbank te laten beslechten, nu de boedelbeschrijving, als notarieel proces-verbaal, enkel een bewarende maatregel betreft, die de rechten van de betrokken partijen ongeschonden laat: het gaat aldus (enkel) om *un acte simplement descriptif* (*R.P.D.B.*, *Inventaire*, nr. 128) zij het een *basis-document dat zal toelaten degelijk te vereffenen en te verdelen* (J. Rens, 'Bijzondere rechtsplegingen', p. 47);

...

NOOT – De vrije keuze van de boedelnotaris

1. Diegenen die aanspraak maken op een recht in een gemeenschappelijk vermogen, in een nalatenschap of een onverdeeldheid en die doen blijken van een ernstig belang in de bewaring, kunnen overeenkomstig de artikelen 1177, eerste lid, *juncto* 1167 Ger.W. bij verzoekschrift aan de vrederechter machtiging vragen om een boedelbeschrijving te laten opmaken zonder voorafgaande verzegeling (Van Sinay, T. en Verstappen, J., *Boedelbeschrijvingen inzake familiaal vermogensrecht en faillissement*, Gent, Mys & Breesch, 1993, pp. 70-73, nrs. 145-152; Van Oosterwyck, G., «Actuele vraagstukken (capita selecta) met betrekking tot de willige rechts-

macht van de vrederechter», in *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Baeteman, G. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 42, nr. 15.1), een geval waarin de vrederechter overeenkomstig artikel 1178, derde lid, Ger.W. de notaris aanwijst die de boedelbeschrijving zal opmaken. Dit is een van de (uitzonderlijke) (zie Vred. Antwerpen, 24 september 1992, *T. Not.*, 1992, (475), 477; Van Oosterwyck, G., «De vrederechter in de notariële praktijk», in *Taak en bevoegdheid van de vrederechter*, Juridische uitgaven U.I.A. – Departement rechten, Brussel, Ced. Samsom, 1979, pp. 180-182, nrs. 354-358) gevallen waarin de vrederechter een notaris mag aanwijzen om een boedelbeschrijving op te maken. Voormelde machtiging is evenwel niet vereist zo het goederen van een gemeenschappelijk vermogen of een nalatenschap betreft en de boedelbeschrijving wordt nagestreefd door een erfgenaam, een algemene legataris of een legataris onder algemene titel, een echtgenoot of een testamentuitvoerder (art. 1177, tweede lid, Ger.W.; Van Sinay, T. en Verstappen, J., o.c., pp. 73-75, nrs. 153-156; Van Oosterwyck, G., «Actuele vraagstukken (capita selecta) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter», *l.c.*, pp. 42-44, nrs. 15.2-16.1.2.; Van Oosterwyck, G., «De vrederechter in de notariële praktijk», *l.c.*, pp. 181-182, nr. 356.b). Laatstgenoemden kunnen zich, zonder een ernstig belang in de bewaring te hoeven bewijzen, rechtstreeks tot een notaris van hun keuze wenden, die dan de bij de boedelbeschrijving te betrekken personen overeenkomstig artikel 1179 Ger.W. ten minste acht dagen vooraf zal oproepen en die verstek zal uitspreken tegen diegenen die, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet verschenen zijn (Van Oosterwyck, G., «Actuele vraagstukken (capita selecta) met betrekking tot de willige rechtsmacht van de vrederechter», *l.c.*, p. 42, nrs. 15.2-15.2.1; Van Oosterwyck, G., «De vrederechter in de notariële praktijk», *l.c.*, pp. 181-182, nr. 356.b).

Artikel 1178, eerste lid, Ger.W. toont aan dat ook in dezen het principe van de vrije notariskeuze geldt, hetgeen overigens de openbare orde aanbelangt (Rb. Dinant, 10 juli 1961, *Rev. Prat. Not.*, 1962, (38), 40: «(...) le principe d'ordre public suivant lequel le choix du notaire est essentiellement libre, un notaire n'ayant pas de clientèle obligée», Vred. Antwerpen, 24 september 1992, *T. Not.*, 1992, (475), 478: «Artikel 1178, tweede lid, Ger.W. bewijst dat het Gerechtelijk Wetboek de vrije keuze van de notaris, principe van openbare orde, huldigt.»; De Baigne, A., «De vrije keuze van de notaris – Een recht voor partijen – Een gegeven voor de notarissen», *T. Not.*, 1981, 129-135; Rens, J.L., «De vrije keuze van de notaris», in *Liber Amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, Brussel, 1975, p. 819, nr. 1: «Zulks is een principe van openbare orde, gegrond op het feit dat uit de aard van het notariaat zelf voortvloeit dat de notaris het vertrouwen van de partijen moet hebben»; Schicks, A. en Vanisterbeek, A., *Traité-formulaire de la pratique notariale*, I, *Le droit notarial*, Brussel-Leuven, Revue Pratique du Notariat Belge-R.Fonteyn, 1924, p. 37; nr. 58: «Ce principe est d'ordre public et il ne peut y être porté atteinte par des conventions particulières»). Slechts indien de personen die de boedelbeschrijving nastreven, niet tot overeenstemming komen over de keuze van notaris, wijst de vrederechter de notaris aan (art. 1178, tweede lid, Ger.W.: Rens, J.L., «De vrije keuze van de notaris», in *Liber amicorum Prof. Baron J. Van Houtte*, Brussel, 1975, p. 822, nr. 6; zie inzake de gerechtelijke vereffening-verdeling art. 1209, tweede lid, Ger.W., dat bepaalt dat in-

dien de rechtbank de verdeling beveelt, zij de partijen in voorkomend geval op de wijze door haar te bepalen, verwijst naar een of twee notarissen, die ambtshalve worden aangewezen indien de partijen zich niet over de keuze kunnen verstaan; Mosselmans, S., «De aanstelling van de instrumenterende notaris(sen) in het raam van de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogensstelsel» (noot onder Brussel, 20 december 1995), *R.W.*, 1997-98, 16-17, nrs. 2-3, en de verwijzingen aldaar).

2. In het onderhavige geval streven twee van de drie erfgenamen, als enige descendenten geroepen tot de nalatenschap – met inbegrip van de reeds naar aanleiding van het overlijden van de eerststervende ouder ontbonden, maar, zoals gebruikelijk, nog steeds niet vereffende en verdeelde huwelijksgemeenschap – van hun overleden ouders, een boedelbeschrijving na teneinde overeenkomstig artikel 1175 Ger.W. de omvang van deze nalatenschap, met inbegrip van voormelde gemeenschap, vast te stellen. Beide verzoekers stellen de vrederechter voor om eenzelfde notaris A. aan te stellen. Uit de stukken van het dossier blijkt dat notaris A. weliswaar de gebruikelijke notaris van beide verzoekers is, maar ook dat de gebruikelijke notaris van de derde, niet in de procedure aanwezige erfgenaam niet voormelde notaris A., maar notaris D. is. Bovendien brengt de raadsman van laatstgenoemde erfgenaam zulks voor alle duidelijkheid ter kennis van de vrederechter met de vraag niet naar voormelde gebruikelijke notarissen te verwijzen, maar bijvoorbeeld notaris T. Het zij duidelijk dat een overeenstemming in de zin van artikel 1178, tweede lid, Ger.W. *in casu* geenszins aan de orde is, reden waarom de vrederechter een nog niet ter sprake gekomen notaris V. aanwijst.

Opmerkelijk is evenwel de meer algemene overweging dat zodra de aanstelling van een notaris via de vrederechter wordt gevraagd, deze de notaris vrij aanwijst, ook al formuleren betrokken een unaniem voorstel. Door het feit alleen dat een erfgenaam, een algemene legataris of een legataris onder algemene titel, een echtgenoot of een testamentuitvoerder (art. 1177, tweede lid, Ger.W.) de aanwijzing van de boedelnotaris door de vrederechter bevolen wil zien, ook al staat de persoon van de notaris geenszins ter discussie, doet hij afstand van het principe van de vrije notariskeuze. Het in artikel 1178, eerste lid, Ger.W. neergelegde principe van de vrije notariskeuze betreft, aldus het geannoteerde vonnis, slechts de situatie waarbij de betrokkenen zich rechtstreeks tot eenzelfde notaris wenden, die zich dan van zijn opdracht kwijt zonder enig rechterlijk bevel of machtiging. Is de vrederechter geadieerd, dan beschikt hij over een onaantastbare beoordelingsbevoegdheid om een andere notaris aan te wijzen wanneer daartoe gegronde ((ook) andere dan wettelijke) redenen bestaan, bijvoorbeeld wanneer hij zulks met het oog op het vlot verloop van de werkzaamheden raadzaam oordeelt. *In casu* impliceert dit dat, zelfs al stellen de drie voormelde erfgenamen unaniem eenzelfde notaris voor en komen zij aldus tot overeenstemming in de zin van artikel 1178, tweede lid, Ger.W., dan nog de vrederechter voormelde notaris zou kunnen aanwijzen.

3. De vraag rijst in welke mate artikel 1178, derde lid, Ger.W., dat letterlijk bepaalt dat, indien de rechter bevel of machtiging tot boedelbeschrijving geeft, hij de notaris aanwijst die ze zal opmaken, afbreuk doet aan voormeld principe van de vrije notariskeuze, dat toch de openbare orde aanbelangt (zie *supra*, nr. 1). In het geannoteerde vonnis

wordt voormelde bepaling aldus gelezen dat zodra de rechter bevel of machtiging tot boedelbeschrijving geeft, hij op soevereine wijze de notaris aanwijst die ze zal opmaken, hetgeen betekent dat geen akkoordvonnis gevraagd kan worden met betrekking tot de aanwijzing van de toch unaniem voorgestelde boedelnotaris. Dit is hoogst opmerkelijk, te meer daar ook het principe van de vrije boedelnotariskeuze de openbare orde aanbelangt (zie *supra*, nr. 1). Het derde lid van artikel 1178 Ger.W. mag dan ook niet uit zijn context gerukt worden.

De term «machtiging» verwijst naar de situatie waarin de in artikel 1167 Ger.W. bedoelde personen, namelijk (1) zij die aanspraak maken op een recht in een gemeenschappelijk vermogen, in een nalatenschap of in een onverdeeldheid, (2) zij die overeenkomstig artikel 1148 Ger.W. de verzegeling hebben nagestreefd en (3) de schuldeisers die een uitvoerbare titel bezitten of wier titel door de vrederechter wordt erkend, kunnen overeenkomstig artikel 1177, eerste lid, Ger.W. bij verzoekschrift aan de vrederechter machtiging vragen om een boedelbeschrijving te laten opmaken zonder voorafgaande verzegeling. Artikel 1178, derde lid, Ger.W. kan evenwel bezwaarlijk tot deze situatie beperkt worden (*contra*: Rens, J.L., *l.c.*, p. 822, nr. 6, alwaar op grond van het weliswaar beperkt toepasselijke artikel 1178, derde lid, Ger.W. het principe van de vrije boedelnotariskeuze aan voormelde in artikel 1167 Ger.W. bedoelde personen wordt ontnomen). Artikel 1178, derde lid, Ger.W. bevat immers tevens de term «bevel», die wel degelijk de situatie viseert waarbij de in artikel 1177, tweede lid, Ger.W. bedoelde personen, namelijk (1) een erfgenaam, (2) een algemene legataris of een legataris onder algemene titel en (3) een echtgenoot of een testamentuitvoerder, die zich, zonder voormelde machtiging te vragen, rechtstreeks tot een notaris van hun keuze wenden, maar die eveneens de aanwijzing van een notaris (van hun keuze) via de vrederechter kunnen vragen (vergelijk Vred., Antwerpen, 24 september 1992, *T. Not.*, 1992, 477; Van Oosterwyck, G., «De vrederechter in de notariële praktijk», *l.c.*, pp. 181-182, nr. 356.b). Desnoods beperkt de vrederechter zich ertoe de door de verzoekende partijen unaniem voorgestelde notaris te bevelen zich naar behoren van zijn opdracht te kwijten.

Ook indien de vrederechter overeenkomstig artikel 1178, derde lid, Ger.W. een *bevel of machtiging* tot boedelbeschrijving geeft, kan hij, wettelijk bepaalde bezwaren niet te na gesproken, moeilijk een andere dan de door alle (*quod non* in het onderhavig geval) betrokkenen unaniem voorgestelde boedelnotaris aanwijzen. Op grond van artikel 1178, tweede lid, Ger.W. dat bepaalt dat, indien de personen samen, die de boedelbeschrijving vorderen (art. 1178, eerste lid, Ger.W. «niet tot overeenstemming komen, de vrederechter de notaris aanwijst», wordt de onaantastbare beoordelingsbevoegdheid om een andere notaris aan te wijzen immers ondergeschikt gemaakt aan het feit dat betrokkenen geen akkoord bereiken.

Deze onaantastbare beoordelingsbevoegdheid dient dan nog in die zin genuanceerd te worden dat, indien de betrokkenen geen akkoord bereiken, de vrederechter niet zonder meer de notaris, die de grootste belangen behartigt, moet uitsluiten. In dit geval is het veeleer geraden verscheidene notarissen aan te wijzen.

Sven Mosselmans

Instituut voor Familiaal Vermogensrecht K.U.Leuven

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 5 oktober 1995

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Overlijden van het slachtoffer – Morele schade van ouders – Eigen fout van het slachtoffer – Weerslag op het recht op vergoeding van de morele schade van de ouders

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 18 november 1992:

«Overwegende dat de morele schade, door de eisers sub 1 en 2 als ouders van de slachtoffers, de eisers sub 3 en 4, geleden, hoewel zij werkelijk voor hen een persoonlijke schade is, toch een bij terugslag geleden schade is die enkel haar oorsprong vindt in de familie- en genegenheidsbanden tussen hen en de slachtoffers; dat, wegens die banden die aan het recht op vergoeding ten grondslag liggen, dit recht door de persoonlijke verantwoordelijkheid van het slachtoffer is bezwaard in zoverre de dader van het ongeval die verantwoordelijkheid tegen het slachtoffer zelf had kunnen opwerpen;

«Dat de appelrechter, nu uit de redenen van het arrest volgt dat hij van oordeel is dat de eiser sub 3 voor de helft aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het ongeval en de eiser sub 4 geen enkele fout heeft begaan in oorzakelijk verband met het ongeval, zijn beslissing dat de vergoeding wegens morele schade van de eisers sub 1 en 2 slechts «voor de helft ten laste dient gelegd van (verweerster)» naar recht verantwoordt ten aanzien van de morele schade wegens de door de eiser sub 3 opgelopen letsels, maar niet ten aanzien van de morele schade wegens de door de eiser sub 4 opgelopen letsels en zodoende de artikelen 1382 en 1383 B.W. schendt.

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Boes – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Bützler – In de zaak: L. t/ N.V. A.G.)

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

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Arbeidsongeschiktheid – Verhoging van de schadevergoeding met sociale en fiscale lasten – Voorwaarde

Op de volgende grond vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 1 december 1994:

«Overwegende dat het arrest, nu het de vergoeding die eiser aan verweerder verschuldigd is wegens het door eerstgenoemde veroorzaakte ongeval, verhoogt met sociale en fiscale lasten die berekend zijn op het bedrag van de door de arbeidsongevallenverzekeraar verrichte afhoudingen, zonder daarbij vast te stellen dat die bedragen gelijk zijn aan of lager dan de sociale en fiscale lasten die de getroffene moet betalen op de schadevergoeding die hem volgens het gemeen recht nog verschuldigd is, de artikelen 1382 en 1383 B.W. schendt.»

(Voorzitter: de h. Ghislain – Rapporteur: de h. Echement – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Simont – In de zaak: L. t/ M.).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 oktober 1996

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaak – Steunpaal die van een reclamebord is losgekomen

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 23 december 1994:

«Overwegende dat een zaak door een gebrek is aangetast in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. als zij een abnormaal kenmerk vertoont, waardoor zij in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat volgens de verbalisanten de paal waartegen eiser gereden is afkomstig was van een reclamebord dat eraan bevestigd was;

«Overwegende dat het arrest, nu het beslist 'dat die steunpaal geen enkel kenmerk vertoonde waardoor derden schade konden lijden; dat het enkele feit dat de steunpaal met behulp waarvan het bord langs de openbare weg kon worden opgesteld, van dat bord was losgeraakt, die paal nog niet tot een gebrekkige zaak maakte», niet naar recht verantwoord is.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Delahaye en Gérard – In de zaak C. t/ N.V. N.E. en Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds).

Kh. Hasselt, (7e Kamer), 15 april 1996

Borgtocht – Voor «alle sommen» – Geldigheid – Interpretatie

«Eiseres voert aan dat de verweerders sub 1 en 2 zich bij akte van 30 juni 1993 hoofdelijk en ondeelbaar borg hebben gesteld voor welke schuld ook van de B.V.B.A. C. t.o.v. eiseres en dit ten belope van 750.000 fr. met interesten en kosten en dat verweerders sub 3 en 4 in een afzonderlijke akte van dezelfde datum hetzelfde deden ten belope van 250.000 fr. met interesten en kosten. Alle kredieten van eiseres aan de B.V.B.A. C. werden opgezegd per aangetekende brief van 1 september 1995, waarvan verweerders eveneens aangetekend in kennis werden gesteld met verzoek over te gaan tot betaling van 750.000 fr., respectievelijk 250.000 fr.

(...)

«Omtrent de schuld waarvoor verweerders sub 1 en 2 zich borg gesteld hebben is de akte van 30 juni 1993 klaar en duidelijk:

'Ondergetekenden... verklaren hierbij hoofdelijk en ondeelbaar te waarborgen zowel onder elkaar als met B.V.B.A. C., hierna 'de hoofdschuldenaar' genoemd, de betaling van alle bedragen van welke aard ook die deze laatste aan X., hierna «de Bank» genoemd, verschuldigd zal of zou kunnen zijn alleen of samen met derden uit hoofde van alle bankverrichtingen met de Bank gesloten en alle bankdiensten door deze laatste verleend, ongeacht hun aard, onder meer uit hoofde van: (niet aangevuld)»

«Uit geen enkel ander tekstelement van deze akte kan afgeleid worden dat de bedoelde schuld van de hoofdschuldenaar beperkt geweest zou zijn tot die hoofdens de financie-

ring van de aankoop van de wagen Ford Scorpio. De hierboven geciteerde tekst is dermate duidelijk dat ze geen ruimte laat voor de beperkende interpretatie die verweerders sub 1 en 2 eraan willen geven.

«Inmiddels werden aan verweerders sub 1 en 2 alle betalingsdocumenten i.v.m. de schuld van de hoofdschuldenaar voorgelegd, zodat de eis tot overlegging van deze stukken zonder voorwerp is geworden.

«De kredietovereenkomst met eiseres werd namens de hoofdschuldenaar B.V.B.A. C. op 30 juni 1993 ondertekend door mevrouw R. met de vermelding van haar hoedanigheid van zaakvoerster, terwijl reeds bij beslissing van de algemene vergadering van B.V.B.A. C. van 17 juni 1993 aan mevrouw R. ontslag als zaakvoerster verleend was en de heren P. en B. zijnde verweerder sub 1, als nieuwe zaakvoerders werden aangesteld.

«Verweerders sub 1 en 2 roepen echter ten onrechte de nietigheid van deze kredietovereenkomst in, nu zij niet aantonen dat vermelde beslissing van de algemene vergadering vóór 30 juni 1993 gepubliceerd werd in het Belgisch Staatsblad en B.V.B.A. C. daarenboven zonder voorbehoud uitvoering heeft gegeven aan haar terugbetalingsverplichting en dus de overeenkomst heeft gehonoreerd:

«Hierbij dient beklemtoond dat verweerders sub 1 en 2 niet zo onwetend kunnen zijn als zij thans beweren. Verweerder sub 1 was immers op 30 juni 1993 zelf zaakvoerder van B.V.B.A. C. en heeft deze hoedanigheid tot 5 januari 1995 behouden, zonder t.a.v. eiseres ook maar enig voorbehoud omtrent de geldigheid van de overeenkomsten te formuleren. Verweerder sub 1 moet derhalve geacht worden perfect op de hoogte te zijn geweest van de ondertekening door mevrouw R. en de door B.V.B.A. C. aangegane financiële verplichtingen, inclusief de overschrijdingen in het kaskrediet.

«De door verweerders sub 1 en 2 aangevoerde onwetendheid is ongeloofwaardig evenals de door hen beweerde dwaling en bedrog.»

(Voorzitter: de h. Smeets – Advocaten: mrs. Swinnen, Carlier en Vanempen loco Nollet – In de zaak: N.V. G.B. t/ B., S. e.a.

BOEKEN

W.J.M. VAN GENUGTEN, **WTO, ILO en EG: handelen in vrijheid**, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 41 pp.

Binnen de Wereldhandelsorganisatie (WTO) is er een discussie aan de gang of de wereldmarkt moet openstaan voor producten die zijn gemaakt door dwangarbeiders en kinderen of in landen die geen vrije vakbonden kennen. De toegang tot de markt kan d.m.v. de zogenaamde sociale clausules worden gekoppeld aan het respect voor een minimumaantal grondrechten. Deze techniek is het voorwerp van de inaugurele rede die door W.J.M. Van Genugten werd gehouden bij zijn aanvaarding van het ambt van hoogleraar Volkenrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Na een beschrijvende inleiding filosofeert de feestredenaar over de weg die de WTO in dezen volgt, c.q. zou kunnen volgen. Hierbij komt o.a. de wisselwerking tussen de WTO en de Internationale Arbeidsorganisatie aan bod. Tevens wordt nagedacht over de rol die de EG/EU in dit verband kan vervullen.

Het onderwerp van de oratie is origineel. De tekst is vlot geschreven en goed gedocumenteerd. Het betoog blijft echter naar onze smaak iets te veel steken op het niveau van de rechtstechniek. Daarenboven wordt het verhaal gebracht met een oerhollandse nuchterheid die aan het cynisme grenst. Als we de auteur volgen, moeten we de vrije markt maar haar gang laten gaan dan komt alles vanzelf goed (sic). Daarenboven heeft hij weinig boodschap aan de mensenrechten, want je kan de naleving ervan toch niet afdwingen. Het afsluitend statement dat een consumptieboycot waarschijnlijk het meest effectieve instrument is om fundamentele arbeidsnormen te realiseren, verwacht je van iemand die het volkenrecht overbodig vindt, niet van iemand die dit vak zal doceren gedurende zijn verdere leven.

Patrick Humblet

J.H. NIEUWENHUIS, **Confrontatie en compromis, retoriek en burgerlijke moraal**, Denventer, Kluwer, 1997, 192 pp.

J.H. Nieuwenhuis was tot voor kort Raadsheer in de Nederlandse Hoge Raad en daarvoor hoogleraar burgerlijk recht te Leiden, een ambt dat hij vandaag opnieuw bekleedt te Groningen. Hij is tevens een van de redacteurs van het *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, en in die hoedanigheid schrijft hij een aantal keer per jaar een redactioneel commentaar. De meeste van de in deze bundel opgenomen opstellen verschenen eerder als een dergelijk redactioneel commentaar. Toch is dit boek geen bundel verspreide opstellen, want getuige het voorwoord werden ook de redactionele commentaren steeds geschreven als aflevering voor dit boek.

Nieuwenhuis heeft een eigen stijl. Zo wordt onder meer de citatentrommel regelmatig opengetrokken. Plato, Sartre, Livius, Cicero, Hugo de Groot, Von Savigny, Aristoteles en heel veel anderen passeren de revue. In een recent interview stelt hij in navolging van prof. em. M. Storme, dat het wenselijk zou zijn om juristen tijdens hun studie in te leiden in de wereldliteratuur. «Ik ben ervan overtuigd dat het van het grootste gewicht is dat we een gemeenschappelijk fonds hebben van literaire beelden en figuren (...) Iedereen kan alvast beginnen met de Bijbel, de Ilias en Odyssee en 'Karakter' van Borderwijk.» (*Arts Aequi*, 1997, 701). Waarom dit zo is, toont hij in dit boek duidelijk aan.

Nieuwenhuis formuleert meestal kort en krachtig. Hij concentreert zich bovendien niet zozeer op de juridisch-technische argumenten van de situaties die hij bespreekt, maar zoekt eerder naar de maatschappelijke rol van het recht. Rode draad van dit boek is het inzicht dat het bij geschillenbeslechting in de context van het recht altijd om belangenafweging gaat. Antwoorden staan bijgevolg vrijwel nooit op voorhand vast. Alle hoofdstukken ademen op de een of andere wijze dit inzicht. De procesgang behelst daarmee een geïnstitutionaliseerde confrontatie die een compromis tussen tegenstrijdige belangen mogelijk moet maken. Hoe daarbij te werk wordt gegaan, toont Nieuwenhuis in elk van de hoofdstukken. De moeite van het lezen waard!

Maurice Adams

W. WITTEVEEN, **De geordende wereld van het recht. Een inleiding**, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1996, 449 pp.

Willem Witteveen is verantwoordelijk voor het inleidende onderwijs in het recht aan de juridische faculteit van de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg. Dit boek van zijn hand biedt een dergelijke inleiding en komt voort uit dat «inleidingsonderwijs» te Tilburg. Het heeft een geheel eigen vorm gekregen, omdat een andere aanpak werd gevolgd dan gangbaar. Er is namelijk niet gekozen voor een overzicht van de belangrijkste regels en begrippen van de voornaamste rechtsgebieden, maar er werd een eerder thematische aanpak gevolgd. Drie thema's die op alle rechtsgebieden en in vele praktijksituaties relevant zijn, worden uitgediept. Het eerste deel (en thema) heeft betrekking op *de taal van het recht*. Het tweede gaat vervolgens over *interpretaties van de rechtsstaat*. Het derde deel ten slotte is gewijd aan het *recht in activiteiten*. Dit zijn eerder vage omschrijvingen, en de vraag is dan ook wat Witteveen met deze thema's op het oog heeft.

Wat het eerste deel betreft: wie de geschriften van Witteveen volgt weet dat hij het recht in de eerste plaats ziet als een argumentatiecultuur. Het recht krijgt volgens Witteveen met name gestalte in een doorgaand debat (de invloed van Dworkin is hier duidelijk merkbaar). Omdat debat te kunnen voeren dient de (aanstaande) jurist de taal van het recht te kunnen spreken. Om te kunnen argumenteren dient de jurist de begrippen die in het juridische debat worden gehanteerd, te beheersen. Het eerste deel van dit boek gaat uit van dit inzicht. Het betekent dat de inhoud van een aantal centrale begrippen uit de rechtstaal erin centraal staan, dat men het belang van taal voor de jurist leert inzien, en dat men leert denken en debatteren als een jurist. Dit eerste deel vertoont een wat hybride karakter. Hoewel de benadering van Witteveen in concept erg waardevol lijkt, is de uitwerking ervan wat incoherent. In hetzelfde deel staan bijvoorbeeld tevens hoofdstukken opgenomen over het recht als systeem; over het positivisme, natuurrecht en interactionisme («drie sterke posities»); over de bronnen van het recht en over de rol en functie van rechtsbeginselen. In het rechtsdebat spelen vooronderstellingen over deze centrale en fundamentele thema's inderdaad altijd impliciet of expliciet mee. Maar de verhouding tussen de centrale thematiek van dit deel (de taal van het recht) en deze wat meer fundamentele thema's lijkt in zijn uitwerking desondanks wat gezocht. Dit komt het begrip over de behandelde thema's niet helemaal ten goede. In ieder geval heeft ondergetekende zich het hoofd gebroken over de band tussen het een en het ander. Het leidde de aandacht behoorlijk af. Dat Witteveen aan de hand van deze thema's tevens kan laten zien hoe er in het recht gedebatteerd wordt, doet aan deze conclusie niets af. Desondanks staat er veel waardevols te lezen in dit deel, en bovendien kan het gesignaleerde probleem eenvoudig worden opgelost: breng de hoofdstukken over de bronnen van het recht, over de verschillende stromingen in het denken over het recht, over het recht als systeem en over rechtsbeginselen onder in een apart hoofdstuk. De aandacht zal er minder door worden afgeleid.

De «taal van het recht» (het juridisch debat) verwijst volgens Witteveen naar idealen die in regels zijn opgeslagen of daar juist achterliggen of er zelfs bovenuit stijgen. Een van de belangrijkste idealen van het recht is dat van de democratische rechtsstaat, een veel gebruikte maar nauwelijks ooit geëxpliciteerde term. Het tweede deel van dit boek heeft in zijn geheel betrekking op interpretaties van deze rechtsstaat. De relatie tussen recht en macht staat er in centraal, want in een democratische rechtsstaat moet immers verantwoording voor het uitoefenen van macht worden afgelegd. Het begrip en concept rechtsstaat wordt uitvoerig besproken, zowel in zijn historische als zijn actuele dimensie. Het is een indrukwekkend geheel, waarin Witteveen opnieuw het belang van argumentatie daadwerkelijk laat zien: de auteur gaat met de lezer als het ware een gesprek aan. Hij geeft daarbij geen pasklare antwoorden op de vele vragen die rijzen, maar reikt de bouwstenen voor debat aan. Het is van het beste dat ik al over deze thematiek gelezen, bovendien geschreven met een ongewoon vaardige pen. Witteveen wijkt van de platgetreden paden af, wikt en weegt, twijfelt en argumenteert, en koppelt zijn betoog onder meer aan voorbeelden uit de recente (Nederlandse) politiek.

In het derde deel staat het recht in activiteiten centraal. Met name het wetgeven, argumenteren (pleidooi) en oordelen (rechtspreken) komen ter sprake. Behalve dat deze activiteiten als dusdanig worden besproken, stelt de auteur tevens de kwaliteit van de betrokken activiteit aan de orde: wat is de mogelijk nuttige of schadelijke bijdrage van wetgeving, argumentatie of rechtspraak aan onze rechtsorde? Hoe kan men tot een ethische beoordeling van de kwaliteit van het geleverde juridische werk komen? In hoeverre passen de vermelde activiteiten in het decor van de democratische rechtsstaat? Met een dergelijke benadering gaat Witteveen verder dan de meeste andere inleidingen tot het recht die ik ken. Want meestal wordt er halt gehouden na het geven van een aantal kenmerken en definities. Aan meer fundamentele overwegingen met betrekking tot de mogelijkheden en gevaren van de kernactiviteiten van juristen, laat staan een ethische beoordeling ervan, komt men vrijwel nooit toe. Wie heeft er in een inleidend boek al eens een grondig debat over problemen in verband met de kwaliteit van wetgeving gelezen? Dit boek biedt daartoe de kans.

Over de vraag hoe het inleidingsonderwijs het best kan worden ingericht is altijd veel te doen geweest (zie hierover W.J. Witteveen, «Inleiding tot de encyclopedie», *Nederlands Juristenblad*, 1991, 509-

516). Vele verschillende benaderingen zijn mogelijk: soms ligt de nadruk op de introductie tot het positieve recht, soms worden een aantal rechtstheoretische of metajuridische onderwerpen op de voorgrond geschoven. Meestal is er tussen de verschillende inleidingen tot het recht veel gemeenschappelijks. De verschillen hebben meestal slechts betrekking op accenten of op systematiek. Ook wat betreft didactische problemen bestaan er tussen de verschillende boeken die voor het inleidingsonderwijs werden geschreven overeenkomsten: meestal laten de vele deeltjes informatie zich niet smeden tot een coherente visie op het recht. De vraag is nu of dit boek van Witteveen dan wel een bevredigende aanpak biedt. In ieder geval wordt een geheel eigen aanpak geboden. De inhoud kent bovendien vaak een briljante verwoording. In het inleidende hoofdstuk anticipeert Witteveen op een aantal van de bezwaren die tegen zijn aanpak zouden kunnen rijzen. De belangrijkste lijken mij besloten te liggen in de volgende vragen: Is een thematische inleiding wel genoeg? Moet er niet tevens een beknopt overzicht worden gegeven van het systeem van positief recht? De vraag stellen is het antwoord geven, en ook Witteveen lijkt de mening toegedaan dat zijn boek alleen niet voldoende is. Het punt is echter dat van die andere inleidingen die mede een overzicht van het positief recht geven, er al voldoende bestaan.

Veel van wat er in dit boek te lezen valt is herkenbaar materiaal. Witteveen is een productief auteur die met de betreffende thema's al sinds jaar en dag in de weer is. Hij heeft een eigen visie en schroomt niet die visie naar voren te schuiven als valabel alternatief. Maar steeds met een doel, want wanneer hij een standpunt inneemt, is dat om ruimte te scheppen voor het doorgaand debat dat het recht zo essentieel kenmerkt. Precies dat bewerkstelligen was ook de opzet van de auteur en hij lijkt daarin ruimschoots geslaagd. Het enige probleem dat ik zie, heeft betrekking op de vraag of het boek bevattelijk is voor de aankomende jurist of eerstejaars student. Want de informatie is nogal overweldigend, en het aanbrengen van ordening vraagt volgens mij enige ervaring. Maar met enige begeleiding kan dit boek desondanks een schat aan waardevolle inzichten bijbrengen die debat mogelijk maken. Het biedt stof tot nadenken. Lezen dit boek.

Maurice Adams

A.J. AKKERMANS, **Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid**, Deventer, W.E.J. Tjeenk Wilink, 1997, XXII + 524 pp.

Dit boek, de handelseditie van het aan de Katholieke Universiteit Brabant verdedigde proefschrift, is een bekoorlijk werk over problemen van causaliteit die in België tot nu toe geen systematische behandeling gekregen hebben, soms zelfs nagenoeg onbesproken gebleven zijn.

De in dit boek bedoelde onzekerheid omtrent het causaal verband heeft betrekking op diverse situaties waarbij onzeker is of tussen een bepaalde schade en een bepaalde gebeurtenis, waarvoor een persoon aansprakelijk is, een *conditio sine qua non*-verband bestaat. Die onzekerheid kan rijzen in diverse situaties die achtereenvolgens besproken worden onder de noemers *alternatieve veroorzaking*, *verlies van een kans*, *alternatieve benadeelde* en *alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden*. De in dit boek besproken gevallen van *alternatieve veroorzaking* (pp. 17-105) zijn die waarin de schade het gevolg is van een fout A óf van een fout B dan wel zeker van een fout A en mogelijk van een fout B, alsook die gevallen waarin één van de mogelijke oorzaken een omstandigheid is die geen aansprakelijkheid meebrengt (omdat bv. de omstandigheid aan de benadeelde zelf toe te rekenen is of aan toeval te wijten is). De *alternativiteit van de benadeelde* (pp. 255-324) verwijst naar situaties waarin onzekerheid bestaat omtrent de identiteit van de benadeelde. Die situatie bestaat dikwijls in gevallen van massaschade. Een frappant voorbeeld is dat van een fabriek die omwonenden onrechtmatig blootgesteld heeft aan gevaarlijke stoffen waardoor een bepaalde ziekte significant vaker voorkomt dan elders. Ook al staat vast dat die onrechtmatige emissie onder de omwonenden slachtoffers maakt heeft, is het uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk onder de zieke omwonenden de slachtoffers van de onrechtmatige emissie te identificeren; de ziekte komt immers ook zonder emissie – zij het dan minder verspreid – voor. *Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden* (pp. 325-391) is een combinatie van beide hiervoor vermeldde gevallen en doet zich eveneens veelal voor bij massaschade. Het bekende geval van de «DES-dochters» is daarvan een illustratie. Het *verlies van een kans* behoeft voor de Belgische jurist geen verdere toelichting.

Het recht kan die onzekerheid op twee manieren benaderen. Ofwel moet de rechter besluiten tot aan- of afwezigheid van causaal verband (eventueel op grond van een bijzondere regeling (omkering) van de bewijslast, pp. 393-429) en krijgt het slachtoffer aldus een volledige schadevergoeding of helemaal niets («alles of niets»). Ofwel leidt de onzekerheid omtrent het causaal verband tot een tussenoplossing. Het slachtoffer krijgt een gedeeltelijke schadevergoeding. De omvang ervan kan bepaald worden aan de hand van de mate van waarschijnlijkheid waarmee de schade veroorzaakt is geworden door de fout of het feit dat tot aansprakelijkheid aanleiding geeft. Daarmee is meteen de titel van dit boek verklaard.

Het onderzoek van de auteur is gericht op beantwoording van de vraag welke oplossing wenselijk is – zichzelf is voorstander van proportionele aansprakelijkheid – en van de vraag of voor die oplossing in het Nederlandse recht aanknopingspunten aanwezig zijn (conclusies en evaluatie op pp. 431-462). Dit betekent helemaal niet dat dit werk voor de Belgische jurist geen belang heeft. Integendeel. Allereerst draagt dit werk bij tot een bewustmaking voor vele causaliteitsproblemen die in België onderbelicht gebleven zijn. Bovendien bevat dit boek heel wat rechtsvergelijkend materiaal dat de Belgische jurist tot nadenken stemt omtrent bepaalde oplossingen die hier als verworven beschouwd worden. Tevens interessant is dat op de rechtspolitieke overwegingen die aan deze problematiek verbonden zijn, uitvoerig ingegaan wordt. Voorts is de relevantie en actualiteit van de besproken problematiek in deze hoogtechnologische maatschappij, gekenmerkt door massaproductie en -consumptie, evident; men denke aan de recente controverse omtrent de mogelijke gevolgen voor omwonenden van dioxine-uitstoot door verbrandingsovens.

Als bijzondere illustratie van de relevantie van dit boek voor de Belgische jurist kan verwezen worden naar Akkermans' uiteenzetting omtrent het leerstuk van het verlies van een kans (pp. 107-254). Traditioneel wordt dit in België besproken in het kader van het vereiste van de zogenaamde «zekerheid» van schade. Wanneer ten gevolge van een fout van de arts een medische behandeling niet slaagt, terwijl vaststaat – zoals dikwijls het geval is – dat ook zonder fout het welslagen van de behandeling niet gegarandeerd was, wordt aangenomen dat de schade bestaat in het verlies van genezingskansen en dat die schade (voor zover de kans reëel, ernstig was) «zeker» is. Er wordt ten stelligste ontkend dat hiermee getornd wordt aan het oorzakelijkheidsvereiste, want de fout is onmiskenbaar de oorzaak van het verlies van de kans. Akkermans toont overtuigend aan dat de problemen van vaststelling van causaal verband en van omvang van de schade helemaal niet van elkaar losgekoppeld kunnen worden. Indien bij het verlies van een kans de vraag naar causaliteit niet rijst, dan is dat alleen omdat die vraag, door zich voor te doen niet op de definitieve toestand (overlijden of niet-genezing) maar alleen op de kansschade (verlies van de kans op overleving of genezing), uit de weg gegaan wordt. De verschillende standpunten die over dit heikele vraagstuk ingenomen werden, worden door Akkermans heel zorgvuldig en uitvoerig geanalyseerd. De conclusie is m.i. onontkoombaar: het leerstuk van het verlies van een kans is zonder meer een fundamentele relativisering van het *conditio sine qua non*-vereiste. Bij Akkermans' analyse wordt ook veel materiaal aangebracht dat moet leiden tot reflectie omtrent het begrip «zekerheid» van oorzakelijk verband, omtrent het gebruik van statistisch materiaal (ook al een probleem dat in België nagenoeg onbesproken gebleven is) en omtrent zoveel meer.

De rijkdom van dit boek wordt door deze korte bespreking onrecht aangedaan. Er is slechts één conclusie: dit boek verdient aandachtige lectuur.

Bart De Temmerman

ERRATUM

Architect

Het op p.876 van deze jaargang gepubliceerde cassatiearrest dateert van 9 juni 1997 (en niet 1996 zoals verkeerdelijk vermeld).

**LA FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE ENGAGE,
POUR RENFORCER SON CENTRE DE CONSULTATION,**

CONSEILLER JURIDIQUE (M/F) DANS LE DOMAINE DU DROIT IMMOBILIER

PROFIL:

- licencié en droit, et de préférence également licencié en notariat;
- bilingue (français/néerlandais), parlé et écrit;
- intérêt pour le droit immobilier privé et public, et donc notamment pour la législation (nationale et régionale) concernant:
 - * les droits réels, la copropriété des appartements, la loi Breyne, etc ...
 - * l'aménagement du territoire et urbanisme, l'assainissement du sol, etc ...
- de préférence quelques années d'expérience, si possible dans une étude notariale;
- intérêt pour le travail scientifique.

MISSE:

- dans les matières susmentionnées
- donner des consultations écrites ou orales aux notaires;
 - suivre la législation, la doctrine et la jurisprudence;
 - analyser les nouvelles lois et nouveaux décrets.

Ecrire avec c.v. au

directeur général de la FRNB, rue de la Montagne 30-32, 1000 Bruxelles.

*Des renseignements complémentaires concernant cette fonction peuvent être obtenus auprès
de Maître Frans Bouckaert, Directeur du Centre de Consultation FRNB (02/505.08.05).*

**DE KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN ZOEKT,
TER VERSTERKING VAN HAAR CONSULTATIECENTRUM,**

JURIDISCH ADVISEUR (M/V) MET BELANGSTELLING VOOR HET VASTGOEDRECHT

PROFIEL :

- licentiaat in de rechten, en, bij voorkeur ook licentiaat in het notariaat;
- goed tweetalig (Nederlands/Frans), zowel gesproken als geschreven;
- bijzondere belangstelling voor het vastgoedrecht in de ruime betekenis;
 - * zowel het privaatrechtelijke zakenrecht (appartementsrecht, wet-Breyne, enz ...)
 - * als het publiekrecht i.v.m. onroerend goed in de drie gewesten (ruimtelijke ordening en stedenbouw, bodemsanering, enz ...)
- liefst enkele jaren ervaring, zo mogelijk ook in een notariskantoor;
- zin voor wetenschappelijk werk.

OPDRACHT :

- schriftelijk en mondeling advies verstrekken aan notarissen;
- wetgeving, rechtsleer en rechtspraak bijhouden om up to date kennis te houden;
- analyse van nieuwe wetgeving.

Sollicitatiebrief en c.v. sturen aan

de directeur-generaal van de KFBN, Bergstraat 30-32, 1000 Brussel.

*Bijkomende inlichtingen over deze vacature kunnen verkregen worden bij
Mr. Frans Bouckaert, Directeur Consultatiecentrum KFBN (tel. : 02/505.08.05).*

Nieuw !

TWS/CD))

TWEETALIGE WETBOEKEN E. STORY-SCIENTIA

WETBOEK SOCIAAL ZEKERHEIDSRECHT

Samengesteld door R. Dillemans
m.m.v. A.-M. Dancot

nu ook op CD-Rom!

5.100 BLADZIJDEN SOCIALE WETGEVING OP ÉÉN COMPACTE SCHIJF.

Met deze nieuwe digitale uitgave van het Wetboek Sociaal Zekerheidsrecht uit de gereputeerde TWS-reeks krijgt u voortaan vanop uw eigen PC razendsnel toegang tot maar liefst 620 verschillende wetgevende akten, aangevuld met wetshistoriek, belangrijke rechtspraak en talrijke kruisverwijzingen.

- **In een handomdraai bij de juiste wettekst**

Dankzij de nieuwe gebruiksvriendelijke windows-interface vindt u in een mum van tijd de gezochte akte. Met een eenvoudige klik op de muis surft u bliksemsnel naar alle aanverwante wetsartikelen en uitvoeringsbesluiten

- **Volledig en actueel**

Eén van de meest complete wetboeken voor deze rechtstak op één schijfje van amper 12 cm. Elk trimester ontvangt u een nieuwe, geactualiseerde schijf. Voortaan geen tijdrovend invoegwerk meer om te beschikken over een bron van informatie die de actualiteit op de voet volgt.

- **Trefzeker**

Uw digitale bibliothecaris neemt het tijdrovende speurwerk naar het toepasselijke wetsartikel voor zijn rekening: via één of de combinatie van de verschillende zoekingen komt u gegarandeerd op de eindbestemming. U speelt altijd op zeker.

- **Flexibel**

Wetsartikelen afdrukken of fragmenten kopiëren om te verwerken in eigen adviezen en dossiers...De Cd-rom biedt u een waaier van nooit geziene mogelijkheden.

EEN ALOMVATTEND PAKKET

Een abonnement op het Wetboek Sociaal Zekerheidsrecht is meer dan een Cd-rom.

Elk trimester ontvangt u immers een geüpdate Cd-rom, maar verder ook:

- jaarlijk een vastbladig meeneemwetboek met de belangrijkste wetten en uitvoeringsbesluiten, gebundeld in een fraai boek van zo'n 1000 pagina's.
- de tweewekelijkse nieuwsbrief TWS-Actualiteit om helemaal up-to-date te blijven.

*U bent geïnteresseerd?
Vraag vrijblijvend
meer informatie aan
en bel ons gratis op
het nummer 0800/14500
of stuur de antwoordkaart
vandaag nog terug.*

KLUWER
RECHTSWETENSCHAPPEN
BELGIË

Santvoortbeeklaan 21-25
B-2100 Antwerpen

story
scientia

ANTWOORDKAART



Ja, ik wens vrijblijvend meer informatie te ontvangen
over het Wetboek Sociaal Zekerheidsrecht op Cd-rom.

T.a.v. :

Straat :

Nr. :

Gemeente :

Postcode :

Tel. :

B.T.W. :