

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

S. BEERNAERT, Algemene principes van het civiele kort geding 1341

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Belastingen** – Douane en accijnzen – Accijnscompenserende maatregel op dieselovertuigen

Arbitragehof 30 mei 2001 1351

Bewijs – Burgerlijke zaken – Bekenenis – Onsplitsbaarheid Cass. 19 februari 1999 1352

Rechten van de mens – Openbaarheid – Strafzaken – Beslissing dat zaak met gesloten deur zal worden behandeld – Geldigheidsduur – Volgende terechtzittingen

Cass. 15 mei 2001 (*met noot van A. Vandeplas* «Over de openbaarheid van de terechtzittingen») 1353

1. Stedenbouw – Herstelvordering – Motivering – Omvang –

2. Cassatie – Middel – Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens – Geen wet in de zin van art. 608 Ger. W. – **3. Grondwet** – Grondwettigheidsstoetsing van wetten – Bevoegdheid van het Hof van Cassatie

Cass. 4 december 2001 (*met conclusie van advocaat-generaal M. De Swaef*) 1353

Jaarlijkse vakantie – Vakantiegeld – Einde-dienst-vakantiegeld – Berekening – Verdiende brutowedde – Begrip – Premie groepsverzekering

Cass. 4 februari 2002 1356

Raad van State – Beroep tot nietigverklaring – Bestuurlijke handeling – Aanvechtbare rechtshandeling

R.v.St. 8 november 2001 (*met noot van D. Van Heuven* «Nota «De V.R.T. en de democratische samenleving» geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling?») 1357

1. Wetten, decreten en besluiten – Werking in de tijd – Verjaring – Strafzaken – Wet die de verjaringstermijn verlengt – Onmiddellijke werking – **2. Verjaring** – Strafzaken

– Stuiting – Proces-verbaal van opsporingsinspectie van administratie van douane en accijnzen – Verklaringen van en gegevens over beklaagden – Daad van onderzoek – Stuiting

Hof Antwerpen 24 november 1999 (*met noot van F. Goossens en S. Van Dyck* «Over de toepassing van verjaringsregels in de tijd en over de stuitende werking van het proces-verbaal, opgesteld door de opsporingsinspectie van de administratie der douane en accijnzen») 1359

Vennootschap – Oprichting – Aansprakelijkheid van oprichters wegens kennelijk ontoereikend kapitaal – Faillissement – Sluiting – Individueel schuldeiser – Ontvankelijkheid Hof Antwerpen 18 december 2000 1364

Overeenkomst – Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk – Professionele autoverkoper – Verkoop van auto waarop een vervreemdingsverbod rust ingevolge een financieringsovereenkomst – Controle op de beschikkingsmacht van de verkoper over de hem te koop aangeboden auto

Kh. Dendermonde 16 september 1999 1365

Koop – Verborgene gebreken – Korte termijn – Vertrekpunt – Ontdekken van het gebrek – Rechtsvordering ten gronde Vred. Asse 27 oktober 1999 1366

Kanttekeningen

V. Sagaert, De UNIDROIT-Convention betreffende Internationale Zakelijke Rechten op Roerend Uitrustingsmaterieel: een laatste strohalm voor de Belgische luchtvaartindustrie? 1367

Boeken

C. Berx, Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid (*door S. Lust*) 1369

P. De Baets, Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen (*door D. Scheers*) 1371

D. Van Daele, Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland (*door A. De Nauw*) 1371

F. Brison, Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar (*door V. Castille*) 1371

Erratum

Huwelijk – Borgstelling door een van de echtgenoten 1372

Mededelingen

Kort geding – Bevoegdheid 1372

Studieavond: Actualia zekerheden 1372

Doctoraat Rechten – R.U. Gent 1372

Studiedag: Politieverhoor en personalityprofiling 1372

Studienamiddag: Transfers en makelaars in de sport 1372

Studienamiddag: Arbeidsduur 1372

Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht: voorjaarsbijeenkomst 1372

Vormingsdag: Collectieve schuldenregeling 1372

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

Hoofredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

Redactie: A. Van Oevelen (hoofredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

A. Alen, F. Aps, R. Boes, A. Carette, G. Debersaques, A. De Wilde, Gh. Dhaeyer, J. Erauw, M. Gelders, P. Humblet, W. Lambrechts, R. Leysen, J. Meeusen, H. Nys, I. Opdebeek, W. Pintens, P. Popelier, W. Rauws, D. Simoens, G. Suetens-Bourgeois, L. Vandenberghe, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 123 €, Advocaten-stagiair: 115,50 €, Studenten: 73,50 €
Abonnementen worden automatisch verlengd, behoudens schriftelijke opzegging ten minste drie maanden vóór de uitgifte van het eerste nummer van de nieuwe jaargang

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.



intersentia

NIEUW

'Ol' redenen om de volledig vernieuwde site van Intersentia te bezoeken !

www.intersentia.be

- U vindt er uiteraard de **catalogus**, die u gratis kan *downloaden*, maar ook uiterst efficiënt *raadplegen* via gesofisticeerde zoeksystemen. U vindt gegarandeerd wat u zoekt in een mum van tijd.
- U kunt heel wat besparen dank zij de maandelijkse **promotieacties**.
Elke maand worden diverse uitgaven, enkel en alleen via de site, met interessante *kortingen* aangeboden.
- U vindt voor verschillende uitgaven **gratis actualiseringen** op onze site, in afwachting van de nieuwe uitgave van het boek
- Op de homepage vindt u een up-to-date overzicht van **de meest recente uitgaven**, met een korte beschrijving
- Ook interessante **studiedagen, colloquia en evenementen** in uw vakgebied worden op onze site vermeld

Intersentia nv | Churchilllaan 108, 2900 Schoten | tel 03 680 15 50 | fax 03 658 71 21
mail@intersentia.be | <http://www.intersentia.be>

ALGEMENE PRINCIPES VAN HET CIVIELE KORT GEDING¹

Inleiding

1. In het Gerechtelijk Wetboek wordt weinig aandacht besteed aan het kort geding. Volgens art. 584 Ger.W. doet «de voorzitter (...) in gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.» Verder is vooral art. 1039 Ger.W. van belang, waarin onder meer bepaald wordt dat «de beschikking in kort geding geen nadeel toe(brengt) aan de zaak zelf.» Het beknopte karakter van deze regeling staat evenwel in schril contrast met het grote belang van het kort geding in de praktijk.

In deze bijdrage worden enkele belangrijke aspecten van de kortgedingprocedure onder de loep genomen. In de eerste plaats worden de functie en de betekenis van de urgentievereiste onderzocht. Hierbij wordt tevens een vergelijking gemaakt met de voorwaarde van «volstrekke noodzakelijkheid», die geldt voor de procedure op eenzijdig verzoekschrift. Vervolgens komt het voorlopige karakter van de beschikking in kort geding aan bod. Centraal hierbij staat de analyse van de begrippen «uitspraak bij voorraad» en «geen nadeel aan de zaak zelf». Voorts wordt nagegaan wat het lot is van de kortgedingmaatregelen en de hieraan verbonden dwangsom, wanneer een beschikking uit eerste aanleg wordt hervormd in hoger beroep of na verzet. Hierbij gaat de aandacht vooral uit naar de gevallen waarin een dergelijke hervorming plaatsvindt wegens omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de uitspraak in eerste aanleg. Tot slot volgt een beschrijving van de motiveringsplicht van de rechter in kort geding.

I. SPOEDEISEND KARAKTER VAN DE VORDERING IN KORT GEDING

A. Begrip

2. De rechter in kort geding treedt slechts op wanneer een bepaalde conflictsituatie dringend een rechterlijke maatregel vereist. De urgentie vormt de primaire voorwaarde voor het welslagen van een vordering in kort geding. Volgens een vaste formule van het Hof van Cassatie is er sprake van de vereiste urgentie «wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang, dan wel ernstige ongemakken te voorkomen.»² De concrete beoordeling van dit vereiste is een feitenkwestie en behoort tot de in cassatie onaanstastbare appreciatiebevoegdheid van de kortgedingrechter.

B. Dubbele functie van het urgentievereiste

3. Jarenlang heeft een controverse geheerst over de vraag of de urgentie een toelaatbaarheidsvereiste of een bevoegd-

heidsvoorwaarde is, dan wel een element vormt van de grond van de zaak.

Het Hof van Cassatie heeft uiteindelijk beslist dat de urgentie zowel de «bevoegdheid» van de voorzitter als de «gegrondheid» van de vordering bepaalt.³ Enerzijds is de rechter in kort geding slechts «bevoegd» wanneer de eiser in zijn dagvaarding aanvoert dat de zaak dringend is. Zoals meestal het geval is,⁴ wordt de bevoegdheid van de rechter bepaald door de omschrijving van de vordering in de dagvaarding. Anderzijds vormt de beslissing of de aangevoerde urgentie ook daadwerkelijk aanwezig is, een onderdeel van het oordeel «ten gronde». Wanneer de eiser in de dagvaarding aanvoert dat het geschil dringend een rechterlijke maatregel vereist, maar de kortgedingrechter de vordering niet spoedeisend acht, wijst hij de vordering af als «ongegrond».⁵ Deze beslissing is een eindbeslissing en put de rechtsmacht van de rechter uit.

4. Het urgentievereiste raakt de openbare orde. De kortgedingrechter gaat desnoods ambtshalve na of de dagvaarding het urgent karakter van de vordering aanvoert en of deze urgentie aan de werkelijkheid beantwoordt. Het is uitgesloten dat partijen onderling overeenkomen dat de zaak spoedeisend is en bijgevolg in kort geding kan worden opgelost.⁶

C. Urgentie en «bevoegdheid»

5. In de eerste plaats wordt dus vereist dat de eiser in de gedinginleidende akte de urgentie aanvoert. Dit houdt in dat de eiser ofwel expliciet het spoedeisend karakter vermeldt ofwel elementen aanreikt waaruit redelijkerwijze af te leiden valt dat de zaak dringend is.⁷ Wanneer in de dagvaarding de urgentie niet wordt aangevoerd, verklaart de kortgedingrechter zich «onbevoegd».⁸

³ Cass., 11 mei 1990, *Pas.* 1990, I, 1045, *Arr.Cass.* 1989-90, 1169; Cass., 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050; Kort Ged. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; P. TAELEMAN, «Het kort geding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in jaren '90 alsook enkele procedureaspecten», *P&B* 1997, p. 207, nrs. 9-10; G. DE LEVAL, «Le référé», in *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 130; P. MARCHAL, *Les référés*, Brussel, Larcier, 1992, p. 49-50, nr. 15.

⁴ Art. 9 en art. 557 e.v. Ger.W.

⁵ Zie randnr. 7.

⁶ Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, met noot G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 132; P. MARCHAL, o.c., p. 51, nr. 18.

⁷ Over de regel dat het voldoende is dat de spoedeisendheid impliciet wordt aangevoerd, zie Brussel 8 juli 1998, *T.R.V.* 1998, 340; *D.A.O.R.* 1998, afl. 46, 72; *A.J.T.* 1998-99, 195; *T.B.H.* 1998, 667; *Bank Fin.* 1998, 394; zie eveneens E.M. MEIJERS, *Het kort geding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, 70.

⁸ Zie de verwijzingen in voetnoot nr. 3.

¹ Tekst van een lezing gehouden in het raam van de Themis-school voor permanente juridische vorming.

² Cass. 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050.

6. Het begrip «bevoegdheid», dat in dit verband door het Hof van Cassatie wordt gebruikt, beantwoordt evenwel niet aan de gebruikelijke betekenis van dit begrip in het Gerechtelijk Wetboek.⁹ Dat hoeft niet te verwonderen, aangezien dit begrip ook in het Gerechtelijk Wetboek niet eenduidig wordt gehanteerd. De «onbevoegdheid» van de rechter bij het niet aanvoeren van de urgentie is geen «onbevoegdheid» in de strikte betekenis. Het gaat met name niet over een bevoegdheidsconflict in de zin van titel IV van het Gerechtelijk Wetboek (art. 639 e.v. Ger.W.), dat handelt over de regeling van geschillen van bevoegdheid.

Zowel vanuit praktisch als vanuit theoretisch oogpunt is de regeling van art. 639 e.v. Ger.W. hier niet van toepassing. Deze regeling is enkel bedoeld voor bevoegdheidsconflicten tussen verschillende rechtbanken (rechtbank van eerste aanleg, rechtbank van koophandel, arbeidsrechtbank, vrederecht of politierechtbank); dit zijn de conflicten van bevoegdheid in de strikte zin, die kunnen worden beslecht door de arrondissementsrechtbank. Wanneer nu de eiser in de dagvaarding voor de burgerlijke rechtbank in kort geding de urgentie niet heeft aangevoerd of wanneer hierover twijfels rijzen, is er weliswaar sprake van een probleem van taakverdeling tussen rechters, zij het een taakverdelingsprobleem binnen dezelfde rechtbank (bevoegdheid louter in de ruime zin). Bij het niet-aanvoeren van de urgentie is het namelijk niet de voorzitter van de rechtbank die de zaak moet beslechten, maar een gewone kamer.

De mogelijke verwijzing naar de arrondissementsrechtbank overeenkomstig art. 639 e.v. Ger.W. is overigens onverzoenbaar met de vereiste spoed van de kortgedingprocedure.

Bij het niet-aanvoeren van de urgentie voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in kort geding, is eigenlijk sprake van een verdelingsincident in de zin van art. 88, § 2 Ger.W. De behandeling als een verdelingsincident is bij nader inzien echter niet werkbaar in de praktijk. De procedure van art. 88, § 2 Ger.W. voorziet namelijk in twee termijnen van acht dagen voor de partijen en voor de procureur des Konings om een memorie of advies in te dienen. Deze relatief omslachtige procedure valt, evenmin als een verwijzing naar de arrondissementsrechtbank, te verzoenen met de snelheid die is vereist in de kortgedingprocedure. Zij zou de verweerder immers de mogelijkheid bieden de procedure te vertragen door simpelweg op te werpen dat de eiser niet heeft aangevoerd dat de procedure spoedeisend is. Bovendien is de verdelingsprocedure van art. 88, § 2 Ger.W. uitdrukkelijk beperkt tot de rechtbank van eerste aanleg. Voor een kort geding bij de rechtbank van koophandel of de arbeidsrechtbank biedt deze bepaling dus geen oplossing.

In de praktijk wordt aanvaard dat de geadieerde rechter zelf meteen een uitspraak doet over zijn bevoegdheid en, in geval van een negatieve beoordeling, de zaak simpelweg «uit handen geeft». De eiser kan dan zijn fout herstellen door nogmaals te dagvaarden in kort geding, waarbij hij de spoedeisendheid aanvoert. Hij kan er ook voor opteren de vordering ingekleed als een bodemgeschil voor de gewone rechter te brengen. *De lege ferenda* kan worden gepleit voor een uitdrukkelijke tekst die aansluit bij deze oplossing uit de

praktijk en die het probleem van de taakverdeling tussen kortgedingrechter en bodemrechter toevertrouwt aan de kortgedingrechter zelf.

D. Urgentie en de «grond» van de zaak

7. Volgens het Hof van Cassatie is er sprake van «ongegrondeid» van de vordering wanneer de voorzitter van oordeel is dat de aangevoerde urgentie niet aanwezig is.¹⁰ Het Hof wil hiermee uitdrukken dat dit geen kwestie is van toelaatbaarheid in de zin van art. 17 Ger.W., noch van taakverdeling in de zin van art. 88, § 2 Ger.W. of van bevoegdheid in de zin van art. 639 Ger.W. Vanuit deze optiek is het aanvaardbaar dat een beslissing waarbij de rechter oordeelt dat de vordering niet dringend is, een eindbeslissing is die de rechtsmacht van de rechter uitput en dat na dit oordeel geen verwijzing naar een andere rechter kan volgen. Maar het schept verwarring om de vordering in een dergelijk geval «ongegrondeid» te noemen. De grond van de zaak – «de zaak zelf» – duidt immers op de aanspraken of de beweerdde rechten van partijen, die voor de bodemrechter kunnen worden afgedwongen. Het is verkieslijk dat, wanneer de voorzitter vaststelt dat de vereiste urgentie niet aanwezig is, hij de vordering «afwijst bij gebrek aan rechtsmacht». In een dergelijk geval is immers niet voldaan aan de voorwaarden voor de rechtsmacht van de kortgedingrechter, omschreven in art. 584 Ger.W., namelijk een voorlopige maatregel treffen in urgente gevallen.¹¹

8. Schematisch komt de beslissing in kort geding neer op de volgende drietrapsraket. Eerst gaat de rechter na of spoedeisende omstandigheden werden aangevoerd. Zo niet, dan verklaart de rechter zich onbevoegd¹² en wijst hij de vordering af. Werd de urgentie wel aangevoerd, dan onderzoekt de rechter of de zaak inderdaad urgent is (en of de gevraagde maatregelen voorlopig zijn).¹³ Bij een negatieve beoordeling wijst hij de vordering af wegens gebrek aan rechtsmacht. In het andere geval onderzoekt hij de aanspraken van partijen op de manier eigen aan het kort geding¹⁴ en doet hij een uitspraak over de grond van de zaak. Dit laatste is evenwel iets anders dan het oordeel over de «zaak zelf», dat enkel in een bodemgeding kan worden verkregen.

9. Voor de «gegrondeid» van de vordering, of beter, de rechtsmacht van de rechter, is vereist dat de spoedeisendheid zowel bij het instellen van de vordering als op het moment van de uitspraak voorhanden is.¹⁵ Dit geldt zowel in eerste

¹⁰ Cass. 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050; Cass. 6 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 899; *Pas.* 1991, I, 788. Zie eveneens de overige verwijzingen in voetnoot 2.

¹¹ P. MARCHAL, *o.c.*, p. 49-50, nr. 15.

¹² Het gaat hier dus om een probleem van bevoegdheid louter in de ruime zin; zie *supra*, randnr. 6.

¹³ Zie randnrs. 20 e.v.

¹⁴ Zie randnr. 29.

¹⁵ Cass., 11 mei 1998, *onuitgegeven*, A.R. nr. C.95.68.N; Kort Ged. Rb. Luik 7 mei 1998, *J.T.* 1998, 552; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, met noot G. DEMEZ, «Aspects actuels du référé social», in Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 82; G. DE LEVAL, *o.c.*, *Bancair*

⁹ Hetzelfde geldt trouwens voor het begrip «gegrondeid». Zie verder, randnr. 7.

aanleg als, in voorkomend geval, in hoger beroep. Wanneer de rechter oordeelt dat de vordering onvoldoende dringend is, wijst hij de vordering af en wordt de eiser overeenkomstig art. 1017, eerste lid Ger.W. verwezen in de kosten.

Deze regel behoeft evenwel enige verfijning. Het is namelijk niet wenselijk dat de eiser alle kosten van het geding draagt, indien zijn vordering die urgent was bij de inleiding ervan, in de loop van het geding haar urgent karakter verliest, *a fortiori* wanneer dit gebeurt door toedoen van de verweerder die een voldoende feit heeft gecreëerd. Er moet dan ook worden aanvaard dat de vordering die haar urgent karakter verliest tijdens de procedure, «zonder voorwerp» is geworden.¹⁶ De eiser wordt op die manier niet volledig in het ongelijk gesteld, zodat de rechter de kosten kan omslaan tussen beide partijen of zelfs volledig ten laste van de verweerder kan leggen overeenkomstig art. 1017 derde lid Ger.W.

10. De afwijzing wegens gebrek aan urgentie, hetzij omdat deze nooit aanwezig is geweest, hetzij omdat de aanvaankelijke spoedeisendheid is verdwenen op het moment van de uitspraak, put de rechtsmacht van de kortgedingrechter uit. De zaak kan dan ook niet meer worden verwezen naar een andere rechter.

E. Elementen ter beoordeling van de aanwezigheid van urgentie

11. Een zaak vertoont het vereiste urgent karakter, «wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen».¹⁷ Hoewel de beoordeling hiervan

derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998, 130; G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 19-29; M. STORME en P. TAELEMAN, «Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIe postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1990-91, Antwerpen, Kluwer, 1991, 17. Zie eveneens H. SOLUS en R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, III, *Procédure de première instance*, Parijs, Sirey, 1991, 1072.

¹⁶ Luik 15 november 2000, *onuitgegeven*; Gent 19 november 1971, *R.W.* 1972-73, 329, impliciet bevestigd in Cass. 6 mei 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 899; *Pas.* 1991, I, 788.

¹⁷ Cass. 11 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 987, met noot J. LAENENS, *J.T.*, 1990, 725, (verkort); *Arr.Cass.* 1989-90, 1175; *T.B.H.* 1990, 774, met noot D. LINDEMANS, *Pas.* 1990, I, 1050; Voorz. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; P. TAELEMAN, «Het kort geding. Ontwikkeling van de urgentievoorwaarde en het vereiste bij voorraad uitspraak te doen in jaren '90 alsook enkele procedureaspecten», *P&B* 1997, p. 203, nr. 2 en p. 205, nr. 5; E. LEBOUcq en W. VAN ECKHOUTTE, «Het sociaalrechtelijk kortgeding», *R.W.* 1982-83, 1091-1093; C. COOMANS, «De voorzitter in kortgeding: sportrechter bij uitstek?», *R.W.* 1990-91, 1426; I. VEROUgSTRAETE, «Het kort geding. Recente trends», *T.P.R.* 1980, 258-261, nrs. 7 e.v.; G. DE LEVAL, «Le référé en droit judiciaire privé», *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, Luik, Université de Liège, 1992, nr. 14, nr. 28; D. LINDEMANS, «Het kort geding tegen de overheid», *R.W.* 1983-84, 209-224 (zie kort geding); X. DIEUX, «La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés», (noot onder Kort Ged. Rb. Luik 2 februari 1984), *R.C.J.B.* 1987, 250-270.

een feitenkwestie is, zijn in de rechtspraak en de rechtsleer enkele algemene richtlijnen terug te vinden.¹⁸

12. Zo is de urgentie in de eerste plaats afhankelijk van een vergelijking met de duur van de gewone rechtspleging.¹⁹ De hele opzet van het kort geding bestaat er immers in een oplossing te bieden voor situaties waarin «de gewone rechtspleging niet bij machte is het geschil tijdig op te lossen». De voorzitter kan dus enkel optreden wanneer het geschil uit zijn aard volgens de gewone procedure niet binnen een nuttig tijdsbestek kan worden beslecht. De loutere achterstand bij de bevoegde bodemrechter volstaat evenwel niet.²⁰ Steeds moet worden nagegaan of in het specifieke geval niet een even doeltreffende maatregel kan worden verkregen via de gewone procedure, rekening houdende met de eigen aard van het geschil. Dit betekent dat behalve het feit dat de bodemrechter niet in staat is het geschil tijdig op te lossen, ook andere feitelijke elementen moeten worden aangebracht die op urgentie wijzen.

Vooraf de mogelijkheid om in een bodemgeding, desnoods op de inleidingszitting, voorlopige maatregelen te verkrijgen, eventueel met een verkorte dagvaardingstermijn, zou tot de afwijzing van de vordering in kort geding moeten leiden. In de praktijk gebeurt dat zelden.²¹ Dit is terecht, aangezien de meeste rechters terughoudend zijn om art. 19, tweede lid Ger.W. toe te passen en maatregelen alvorens recht te doen op te leggen. Bovendien moet de voorzitter hier anticiperen op het oordeel van de bodemrechter over de toelaatbaarheid van korte debatten. Zodra de vordering enige complexiteit vertoont, bieden de mogelijkheden geboden door de combinatie van art. 19, tweede lid en art. 735 Ger.W. dan ook geen evenwaardig alternatief.

Voorts zal de kortgedingrechter de vordering in principe ook afwijzen bij gebreke aan urgentie, wanneer een bijzondere procedure voorhanden is die binnen een verge-

¹⁸ Voor enkele toepassingen, zie: Kort Ged. Rb. Luik 2 februari 1984, *R.C.J.B.* 1987, 245; Kort Ged. Arbrb. Brussel 20 april 2000, *A.J.T.* 1999-2000, 893; Kort Ged. Rb. Brussel 29 maart 1996, *A.M.* 1996, 436, met noot D. VOORHOOF. (zuiver economisch); Kort Ged. Kh. Kortrijk 29 april 1996, *T.B.H.* 1996, 1010, met noot H. VAN GOMPEL; Brussel 4 maart 1992, *T.Aann.* 1996, 403, met noot O. COLLON; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, noot; Brussel 14 februari 1996, *T.Not.* 1997, 79.

¹⁹ Luik 19 mei 1994, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12 673, met noot J. VAN DROOGHENBROECK; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, noot; Kort Ged. Kh. Hasselt 19 april 1996, *Limb.Rechtsl.* 1996, 211, met noot P. MARTENS; Kort Ged. Rb. Gent 24 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 57; Kort Ged. Rb. Hoei 10 december 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1575; Kort Ged. Rb. Namen 22 december 1995, *J.T.* 1996, 373; *J.L.M.B.* 1996, 1539; Kort Ged. Kh. Kortrijk 29 april 1996, *T.B.H.* 1996, 1010, met noot H. VAN GOMPEL; I. VEROUgSTRAETE, *o.c.*, *T.P.R.* 1980, 261-262, nr. 8; G. DE LEVAL, *o.c.*, *Act.Dr.* 1992, 855, in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, Luik, Université de Liège, 1992, nr. 18; G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 23-24; M. STORME en P. TAELEMAN, *o.c.*, *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIe postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1990-91, 11.

²⁰ J.F. VAN DROOGHENBROECK, «Aspects actuels du référé-provision», in Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 25-27.

²¹ Voor een toepassing, zie Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225.

lijkbare tijdspanne tot een evenwaardig resultaat kan leiden.²² Zo kent een eis geen voldoende urgent karakter, wanneer de wetgever heeft voorzien in een vordering *zoals* in kort geding. In dat geval kan de eiser immers een uitspraak ten gronde verkrijgen, met inbegrip van het tijdsvoordeel en de andere bijzonderheden van de kortgedingprocedure.

13. Een tweede belangrijk element voor de beoordeling van de urgentie, is het gedrag van de eiser.²³ In de woorden van het Hof van Cassatie luidt het dat de kortgedingrechtster «vermag te oordelen dat een geval niet spoedeisend is, indien de al dan niet rechtmatige daden van de eiser zelf de schade of de ongemakken veroorzaken.»²⁴ De vordering is met andere woorden ongegrond wanneer de ingeroepen urgentie te wijten is aan de eiser zelf. Hierbij heeft het geen belang of de gedraging van de eiser al dan niet onrechtmatig was. Zo komt het vaak voor dat de rechter de vordering afwijst, omdat de eiser onnodig lang heeft gedraaid om de tegenpartij te dagvaarden. Nochtans sluit niet elke vertraging bij het inleiden van de vordering in kort geding de urgentie uit. De vordering zal met name niet worden afgewezen, wanneer de eiser een gegronde reden heeft voor deze vertraging, bijvoorbeeld omdat hij vooraf pogingen heeft ondernomen om tot een minnelijke oplossing te komen of omdat zich na enige tijd nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor de situatie is verslechterd.²⁵

Ook kan de eiser in principe niet worden verweten dat hij na het inleiden van de procedure in kort geding niet tevens een vordering bij de bodemrechter heeft ingesteld. Vandaag wordt immers algemeen aanvaard dat de kortgedingprocedure een autonoom karakter heeft.²⁶ Het instellen van een bodemgeding is dan ook geen voorwaarde voor het welslagen van de eis in kort geding.

²² J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985-1998). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.* 1999, (59) 150-158; *contra*: Kort Ged. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS.

²³ Kort Ged. Rb. Brussel 15 september 2000, *A.J.T.* 2000-01, 190; *J.T.* 2001, 30; *J.L.M.B.* 2001, 340, met noot J. DEBRY; Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225; Kort Ged. Luik 7 mei 1998, *J.T.* 1998, 552; Brussel 14 september 1998, *A.J.T.* 1998-99, 619; Brussel 14 mei 1997, *C.D.P.K.* 1998, 225, met noot L. DE GEYTER; Kort Ged. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS; Kort Ged. Rb. Gent 24 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 57; Arbh. Luik 1 april 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1336; Arbh. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 357; Kort Ged. Rb. Namen 22 december 1995, *J.T.* 1996, 373; *J.L.M.B.* 1996, 1539; Kort Ged. Rb. Luik 9 december 1993, *J.L.M.B.* 1994, 669, met noot G. DE LEVAL; Brussel 4 maart 1992, *T.Aann.* 1996, 403, met noot O. COLLON; Luik 19 mei 1994, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12 673, met noot J. VAN DROOGHENBROECK; Kort Ged. Rb. Charleroi 30 mei 1988, *J.dr.jeun.* 1988, afl. 8, 48; G. CLOSSET-MARCHAL, «L'urgence», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 24-25.

²⁴ Cass. 17 maart 1995, *Arr.Cass.* 1995, 320; *R.W.* 1996-97 (verkort), 99; *Pas.* 1995, I, 330.

²⁵ Zie bijvoorbeeld Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225 (de rechter oordeelde dat het de eisers niet kon worden verweten dat zij twee jaar hadden gewacht om hun vordering in kort geding in te leiden, aangezien zij er redelijkerwijze op konden vertrouwen dat door de verweerders aan hun grieven zou worden geredigeerd, en dat zij de vordering in kort geding hebben ingesteld zodra bleek dat dit toch niet het geval zou zijn).

14. Ook het voorwerp van de vordering en meer bepaald de aard van de gevorderde maatregel, kan een rol spelen bij het oordeel over de urgentie.²⁷ Het is immers de gevraagde maatregel die urgent moet zijn. Zo zal de urgentie bijvoorbeeld anders worden beoordeeld wanneer een provisie wordt gevraagd dan wanneer de vordering strekt tot het heropbouwen van een scheidingsmuur. Bovendien zal de urgentie strenger worden beoordeeld naarmate de vordering meer vooruitloopt op een te verwachten bodembeslissing dan wanneer de gevraagde maatregel een louter voorbereidend of bewarend karakter heeft.²⁸

15. Bij de beoordeling van de urgentie gaat de rechter ten slotte vaak over tot een afweging van de belangen van de partijen.²⁹ Doordat hij geen beslissing neemt waardoor de rechten van de partijen komen vast te staan, probeert de rechter in kort geding zich immers rekenschap te geven van de concrete gevolgen van zijn beslissing. Het nadeel van de eiser bij het afwijzen van de vordering wordt afgewogen tegen het nadeel dat de verweerder lijdt bij de toekenning van de eis. Aangezien een nauwe verwevenheid bestaat tussen de rechtspositie en de feitelijke positie van partijen, spelen bij die afweging niet alleen feitelijke elementen een rol, maar kan ook de (ogenschijnlijke) rechtssituatie in ogenschouw worden genomen.

Theoretisch gaat de beoordeling van de urgentie vooraf aan de toetsing van de «grond van de zaak», met name de belangen van partijen en hun respectieve (schijnbare) rechten. Maar in de praktijk valt tussen beide veelal geen strikte scheidingslijn te trekken.³⁰ Zo wordt de urgentie bijvoorbeeld gemakkelijk aangenomen wanneer de verweerder duidelijk een grove onregelmatigheid heeft begaan³¹ of wanneer de rechten van de eiser onbetwistbaar lijken vast te staan. Daarnaast spelen de ernst en de (toenemende) om-

²⁶ Kort Ged. Rb. Namen 31 juli 2000, *Journ.Proc.* 2000, afl. 397, 25, met noot J. SAMBON; *J.L.M.B.* 2000, 1225; Kort Ged. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS; Kort Ged. Rb. Gent 24 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 57; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.* 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, p. 58, nrs. 2-3.

²⁷ Brussel 14 september 1998, *A.J.T.* 1998-99, 619; Kort Ged. Rb. Namen 22 december 1995, *J.T.* 1996, 373; *J.L.M.B.* 1996, 1539; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 130.

²⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, o.c., J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 27. Voor het onderscheid, zie verder randnr. 32.

²⁹ Brussel 14 mei 1997, *C.D.P.K.* 1998, 225, met noot L. DE GEYTER (schorsing door de Raad van State als element ter appreciatie van de spoedeisendheid); Kort Ged. Rb. Brussel 12 januari 1995, *Ing.Cons.* 1996, 292, met noot P. PEETERS; Arbh. Luik 18 juni 1998, *J.T.T.* 1998, 357; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, noot (zowel waarschijnlijkheid van de rechtssituatie als de belangen van partijen worden onderzocht); P. MARCHAL, o.c., p. 47, nr. 14; G. DEMEZ, o.c., *Formation Permanente CUP, Les procédures en référé*, 1998, 81; L. DU CASTILLON, «Aspects actuels du référé en matière contractuelle», in Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 44; I. VEROGSTRAETE, o.c., *T.P.R.* 1980, p. 258-262, nr. 9-10; X. DIEUX, o.c., *R.C.J.B.* 1987, 258-259.

³⁰ G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.* 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, nr. 16.

vang van de (dreigende) schade van de eiser veelal een beslissende rol bij de beoordeling van de urgentie.

In werkelijkheid is de uiteindelijke beslissing over de gegrondheid van de vordering in kort geding een beleidsbeslissing. Formeel steunt deze beslissing op de verschillende bovengenoemde criteria van urgentie, (schijnbare) rechten en verplichtingen, belangenafweging en aard van de maatregelen, maar inhoudelijk vormen deze criteria een onontwarbaar kluwen. Bij hun concrete toepassing blijken zij namelijk vaak de keerzijde van dezelfde medaille te zijn. Het lijkt dan ook niet haalbaar om, in navolging van bepaalde auteurs en bepaalde rechterlijke uitspraken, in alle gevallen de urgentie te beoordelen voorafgaand aan, en dus onafhankelijk van, de afweging van de belangen en rechten van partijen.

16. Volledigheidshalve kan nog worden gewezen op enkele wettelijke bepalingen die voor bepaalde geschillen een onweerlegbaar vermoeden inlassen dat er spoed vereist is in de behandeling van de zaak. Zo kunnen volgens art. 1280 Ger.W. tijdens de echtscheidingsprocedure voorlopige maatregelen worden gevraagd aan de voorzitter, zitting houdende in kort geding.

E. «Volstreekte noodzakelijkheid» (art. 584, derde lid Ger.W.)

17. Volgens art. 584, derde lid Ger.W. kan de zaak, in geval van volstreekte noodzakelijkheid, bij eenzijdig verzoekschrift voor de voorzitter aanhangig worden gemaakt. De voorwaarde van volstreekte noodzakelijkheid moet worden onderscheiden van het hierboven beschreven urgentievereiste. Slechts in heel uitzonderlijke omstandigheden kan een rechterlijke uitspraak worden verkregen op eenzijdig verzoekschrift en dus zonder dat hieraan een contradictoair debat voorafgaat.³²

In de eerste plaats kan een procedure op eenzijdig verzoekschrift worden ingesteld wanneer er sprake is van extreme urgentie. De toestand moet zo dringend om een rechterlijke maatregel vragen, dat zelfs een dagvaarding in kort geding met een verkorte termijn niet tijdig een oplossing

kan bieden. Door de moderne communicatiemiddelen zal een dergelijke urgentie zelden voorkomen.

18. De procedure op eenzijdig verzoekschrift wordt daarnaast nog aanvaard in twee andere situaties, die evenwel geen gevallen van urgentie zijn. Zo is er sprake van «volstreekte noodzakelijkheid», wanneer een verrassings-effect vereist is.³³ Bepaalde maatregelen zijn namelijk slechts zinvol wanneer de tegenpartij hiervan vooraf niet op de hoogte is. Zo gebeurt het vaak dat een onderzoeksmaatregel wordt gevorderd op eenzijdig verzoekschrift, wanneer de vrees bestaat dat de tegenpartij bewijsstukken zou laten verdwijnen wanneer zij door de dagvaarding weet heeft van de procedure.

Ten slotte kan een vordering op eenzijdig verzoekschrift worden ingesteld, wanneer het onmogelijk is om een tegenpartij te dagvaarden, ofwel omdat er geen tegenpartij is, ofwel omdat de personen tegen wie een maatregel wordt gevorderd, niet te identificeren vallen.³⁴

II. VOORLOPIG KARAKTER VAN DE VOORZIENING IN KORT GEDING

A. Evolutie van het voorlopige karakter

19. Omtrent de voorlopige aard van de beslissing in kort geding hebben zich verschillende controverses voorgedaan. Doorheen de jaren is de betekenis van de begrippen «uitspraak bij voorraad» en «geen nadeel aan de zaak zelf» langzamerhand geëvolueerd. Zo las men in deze begrippen aanvankelijk een verbod voor de kortgedingrechter om zich met de grond van de zaak in te laten. Het was de voorzitter niet toegestaan om de rechten van partijen te onderzoeken; hij mocht enkel rekening houden met hun (feitelijke) belangen. Later werd aanvaard dat de maatregelen in kort geding kunnen steunen op evidente of onbetwiste rechten.³⁵

De begrippen «uitspraak bij voorraad» en «geen nadeel aan de zaak zelf» wijzen op het voorlopige karakter van de voorziening in kort geding. Maar in hun huidige betekenis drukken zij twee verschillende aspecten uit van dit voorlopig karakter. Beide begrippen hebben vandaag een duidelijk te onderscheiden betekenis.

B. «Uitspraak bij voorraad» (art. 584 Ger.W.)

20. «Bij voorraad» (*par provision*) betekent historisch gezien «bij wijze van voorschot». Het «voorlopig» karakter van de uitspraak in kort geding duidt aan dat deze gevolgd kan worden door een andere uitspraak die een «definitieve» beslechting van het bodemgeschil inhoudt.³⁶ De rechter in kort geding moet er bij het opleggen van een maatregel dus rekening mee houden dat de bodemrechter later anders kan oordelen over de rechten van partijen. Daarom wordt vereist

³³ J. LINSMEAU, «Le référé, fragments d'un discours critique», *Rev.Droit ULB* 1993, p. 20, nr. 23.

³⁴ Cass. 25 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 789, met noot. Zie ook G. DEMEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 82-83. Zo werd in de periode van de wegblokkades in september 2000 met succes een vordering op eenzijdig verzoekschrift ingesteld tegen alle personen die de vrije doorgang van de bestelwagens van de eiser zouden belemmeren.

³⁵ Voor de huidige stand van zaken, zie randnr. 29.

³¹ Vergelijk met de achterhaalde theorie van de «feitelijkheid»: zie Brussel 16 juni 1983, *J.T.* 1983, 504, noot; Kort Ged. Rb. Namen 3 april 1998; Kort Ged. Rb. Namen 12 september 1997, *J.T.* 1998, 74 (bestaan van een feitelijkheid brengt *ipso facto* de vereiste spoedeisendheid met zich mee); G. DEMEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 81-82; L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 52; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 152; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.* 1992, in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, 855, nr. 20; G. CLOSSET-MARCHAL, o.c., in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, 19-20; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, II, Brussel, Larcier, 1981, 349; D. LINDEMANS, *Het kort geding*, Antwerpen, 1985, 59; A. FETTWEIS, *Handboek voor gerechtelijk recht*, II, 261; V. VANNES en F. LAGASSE, «Occupation d'entreprise, voies de fait et pouvoir judiciaire», *J.T.T.* 1998, 105; D. LINDEMANS, «Het kort geding tegen de overheid», *R.W.* 1983-84, 221-222.

³² G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 127-128.

dat de maatregel opgelegd in kort geding slechts «voorlopig» is, in die zin dat hij een later bodemgeding niet zinneloos maakt. In beginsel mag de voorzitter geen onomkeerbare maatregelen opleggen; hij moet vermijden een voldongen feit te creëren. Het lijkt dan ook gepast in dit verband te spreken van «beveiligingsmaatregelen».

De term «beveiligingsmaatregel» duidt enerzijds aan dat de maatregel in kort geding wordt opgelegd om de eiser te beschermen tegen (dreigende) schade. Anderzijds wijst deze term erop dat de rechtsmacht van de rechter in kort geding niet verder reikt dan het veilig stellen van de belangen van partijen in een urgente situatie, waarbij de rechten van partijen zoveel mogelijk intact worden gelaten. Alleen wat strikt noodzakelijk is om de toestand van urgentie te verhelpen, kan worden beschouwd als een «voorlopige» maatregel of een maatregel «bij voorraad».

21. Wanneer de eiser nu een maatregel vordert die naar het oordeel van de rechter geen voorlopige maatregel is, omdat hij ingrijpender is dan wat strikt noodzakelijk is in het licht van de omstandigheden, hoeft deze vordering niet meteen afgewezen te worden. De rechter kan namelijk nagaan of een minder verregaande maatregel kan worden opgelegd als beveiligingsmaatregel. Evenmin als een rechter die een vergoeding van 1000 EUR in plaats van de gevorderde 2000 EUR toekent, betekent een dergelijke wijziging van het voorwerp van de vordering een schending van het *ultra petita*-beginsel. De rechter kent op die manier niet meer toe dan hetgeen werd gevorderd, evenmin kent hij iets toe wat niet werd gevorderd. Wanneer de eigenaar van een huis bijvoorbeeld vordert dat een bepaalde boom op het erf van zijn buurman wordt verwijderd, omdat deze dreigt om te vallen op zijn huis, kan de rechter bevelen dat de buurman de boom met palen ondersteunt of andere voorzorgsmaatregelen neemt. Het omhakken van de boom overschrijdt duidelijk de grenzen van het voorlopige, in die zin dat dit verdergaat dan wat strikt noodzakelijk is om de dreigende schade te verhelpen. Door het ondersteunen van de boom kan de toestand van urgentie reeds op bevredigende wijze worden verholpen. Deze maatregel kan dan ook worden gekwalificeerd als een beveiligingsmaatregel, die zoveel mogelijk de rechten van partijen intact laat.

22. Met betrekking tot de aard van de maatregelen in kort geding wordt veelal de vraag gesteld of deze maatregelen feitelijk onherroepelijke gevolgen mogen hebben. Het Hof van Cassatie lijkt samen met de rechtsleer en een deel van de lagere rechtspraak te aanvaarden dat de uitspraak in kort geding inderdaad onomkeerbaar nadeel mag toebrengen aan een partij.³⁷ Wel wordt hierbij opgemerkt dat een louter

declaratoire of constitutieve uitspraak niet aanvaardbaar is.³⁸ Historisch gezien is dit de correcte oplossing en vanuit praktisch oogpunt eveneens de enig haalbare. Zo goed als elke maatregel die gevorderd wordt, heeft bepaalde onherroepelijke gevolgen. Bovendien wordt een vordering in kort geding vaak ingesteld om een feitelijke situatie te verhelpen die (op onrechtmatige wijze) werd gecreëerd door de tegenpartij, buiten elke rechterlijke tussenkomst om. De weigering van een rechterlijke maatregel in een dergelijk geval, omdat hij onomkeerbaar zou zijn, kan dan voor de onschuldige partij evenzeer een onomkeerbare toestand teweegbrengen.

Het Hof van Cassatie vereist evenwel dat de rechter geen maatregelen neemt «waardoor de rechten van partijen op een definitieve en onherroepelijke wijze worden aangetaast».³⁹ Het Hof lijkt hiermee een onderscheid te maken tussen de (onaantastbare) rechtspositie en de (aantastbare) feitelijke positie van partijen. Gezien de nauwe verwevenheid van beide, blijkt dit evenwel een moeilijk hanteerbaar criterium. De stelling van het Hof kan het best worden uitgelegd als een gebod aan de rechter om, afhankelijk van de omstandigheden, enkel de minst ingrijpende, nuttige maatregel op te leggen, waardoor de rechten van partijen zoveel mogelijk gevrijwaard blijven. De rechter moet er zich voor hoeden een maatregel te nemen waardoor aan een eventueel later bodemgeschil elk nut wordt ontnomen.⁴⁰

Ook al is het vaak onvermijdelijk dat een maatregel in kort geding bepaalde onherroepelijke gevolgen heeft, toch is slechts in heel uitzonderlijke situaties een onomkeerbare maatregel aanvaardbaar. Ten eerste moet het urgentievereiste strenger worden beoordeeld naarmate de gevorderde maatregel ernstigere gevolgen teweegbrengt.⁴¹ Bovendien kan een dergelijke beveiligingsmaatregel alleen worden genomen wanneer een minder ingrijpende maatregel onvoldoende is om de uiterst dringende situatie te verhelpen. Ten slotte vereist de proportionaliteitsregel dat voor het opleggen van onomkeerbare maatregelen er (redelijkerwijze) geen betwisting bestaat over de rechtssituatie.⁴² Wanneer de uitkomst van een eventuele uitspraak over de grond van de zaak door de bodemrechter niet te voorspellen valt, moet de kortgedingrechter zich beperken tot bewarende maatregelen

³⁶ L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 44 e.v.; S. STIJNS, «De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter», *T.B.H.* 1996, 106-107; L. DU CASTILLON, «Les pouvoirs, au provisoire, du juge des référés: déraison de la mesure ou mesure de la raison?», in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 31-33.

³⁷ Zie bijvoorbeeld Cass. 25 november 1996, *J.T.T.* 1997, 57, met noot; *R.W.* 1997-98 (verkort), 14; *Pas.* 1996, I, 1158; *Arr.Cass.* 1996, 1088 (provisies waarvan vaststaat dat zij wellicht niet recupereerbaar zijn); P. MARCHAL, o.c., 54, 58, 61-62, 65, 68, 129; E. LEBOUcq en W. VAN EECKHOUTTE, o.c., *R.W.* 1982-83, 1095; G. DENEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 84; L.

DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 46; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 159; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, nr. 37: verband met waarschijnlijkheid van de rechtssituatie; X. DIEUX, *R.C.J.B.* 1987, 256; M. STORME en P. Taelman, o.c., in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, 30; contra: S. STIJNS, o.c., *T.B.H.* 1996, 111.

³⁸ Zie bijvoorbeeld: Kort Ged. Arbrb. Brussel 20 april 2000, *A.J.T.* 1999-2000, 893; Kort Ged. Rb. Charleroi 30 mei 1988, *J.dr.jeun.* 1988, afl. 8, 48.

³⁹ Cass. 31 januari 1997, *Soc.Kron.* 1998, 23, met noot P. HUMBLET; *T.B.H.* 1997, 367, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER; *R.W.* 1997-98, 605 met conclusie en met noot; *Pas.*, 1997, I, 148; *Arr.Cass.* 1997, 140, met conclusie.

⁴⁰ Kort Ged. Rb. Brussel 15 september 2000, *A.J.T.* 2000-01, 190; *J.T.* 2001, 30; *J.L.M.B.* 2001, 340, met noot J. DEBRY.

⁴¹ Zie randnr. 14.

⁴² Zie randnr. 30.

en er zich voor hoeden onherstelbaar nadeel toe te brengen aan de verweerder.

23. Een enkele auteur wijst erop dat de rechtspositie van partijen niet onherroepelijk wordt aangetast en de uitspraak dus een «voorlopig» karakter heeft, wanneer de toestand hersteld kan worden *bij equivalent* in geval van een andersluidende bodembeslissing.⁴³ Aangezien in ons recht wordt aanvaard dat alles uiteindelijk vergoed kan worden in geld, schuilt hierin het gevaar dat onherroepelijke maatregelen al te snel worden aanvaard. Het mogelijk herstel bij equivalent na een andersluidende bodembeslissing kan inderdaad een element vormen van het beslissingsproces in kort geding. De rechter moet nagaan in welke mate een schadevergoeding *de facto* het nadeel herstelt dat de verweerder heeft geleden door de beveiligingsmaatregel, wanneer de verweerder ten gronde in het gelijk zou worden gesteld. Maar dit vormt slechts een element uit vele⁴⁴ bij de beoordeling van de aard van de gevorderde maatregelen. De mogelijkheid of onmogelijkheid van herstel bij equivalent is hierbij op zichzelf niet doorslaggevend.

24. Bijgevolg valt *a priori* geen enkele soort van condeemnatoire maatregelen uit te sluiten als beveiligingsmaatregel. Afhankelijk van de spoedeisende omstandigheden en de schijn van de onderliggende rechtsverhouding, kan de rechter in kort geding een veroordeling uitspreken om iets te doen, iets te laten of om een bepaalde provisie te betalen. Een louter declaratoire of constitutieve uitspraak, zoals de nietigverklaring van een contract of een echtscheiding, is daarentegen niet toegestaan in kort geding. Een dergelijke uitspraak beantwoordt in geen geval aan het vereiste van een «uitspraak bij voorraad». Bovendien zal een louter declaratoire of constitutieve vordering nooit de nodige urgentie vertonen.

25. Om het voorlopig karakter van het bevel te beklemtonen, wordt in bepaalde uitspraken een tijdslimiet verbonden aan de opgelegde maatregel of wordt opgelegd dat vóór een bepaalde datum een bodemgeding moet worden ingesteld. Hoewel een dergelijke praktijk aanvaardbaar is, is de rechter in het geheel niet verplicht om de uitwerking van zijn beschikking in de tijd te beperken. Het tijdelijke karakter van de maatregel heeft op zichzelf namelijk niets te maken met het voorlopige karakter ervan.⁴⁵ De kortgedingprocedure en de bodemprocedure zijn twee afzonderlijke, autonome instellingen, zodat niet in het algemeen kan worden opgelegd dat na een procedure in kort geding steeds een beslechting van het bodemgeschil moet volgen.

26. Uit het bovenstaande volgt duidelijk dat het vereiste van een «uitspraak bij voorraad» geen betrekking heeft op de bevoegdheid van de rechter of de ontvankelijkheid van de vordering, maar samen met het urgentievereiste een element vormt van de rechtsmacht van de rechter in kort geding.⁴⁶ Wanneer de rechter vaststelt dat de gevraagde maatregel

geen beveiligingsmaatregel is, omdat deze, gezien de omstandigheden, te ingrijpend is (en eventueel geen minder verregaande maatregel denkbaar is), wijst hij de vordering af. Bij gebreke aan rechtsmacht kan er *a fortiori* geen verwijzing naar een andere rechter volgen. Volgens het Hof van Cassatie is de vordering in dit geval «ongegrond».⁴⁷ Maar ook hier gelden dezelfde bedenkingen als hierboven.⁴⁸ Het verdient de voorkeur dat de rechter de vordering «afwijst bij gebrek aan rechtsmacht», aangezien deze uitspraak geen oordeel inhoudt over de (schijnbare) rechten van partijen of de grond van de zaak.

C. «Geen nadeel aan de zaak» (art. 1039 Ger.W.)

27. Dat de uitspraak in kort geding «geen nadeel toebrengt aan de zaak zelf», houdt geen beperking in van de rechtsmacht van de kortgedingrechter, maar duidt een eigenschap aan van de kortgedingbeschikking en is eigenlijk een gebod gericht aan de bodemrechter. Deze zinsnede betekent dat de rechter van een eventueel bodemgeding niet gebonden is door een voorafgaande uitspraak in kort geding.⁴⁹ De beschikking in kort geding heeft met andere woorden geen gezag van gewijsde ten aanzien van de bodemrechter. Deze laatste mag zich bij zijn beslissing niet laten beïnvloeden door de uitspraak in kort geding.

Dit beperkt gezag van gewijsde van de kortgedingbeschikking betekent evenwel niet dat een andersluidende beslissing over het bodemgeding terugwerkende kracht heeft. De bodemrechter kan de toestand van partijen na de rechtspleging in kort geding enkel *ex nunc* wijzigen of ongedaan maken.⁵⁰ Zo zal bijvoorbeeld een verbeurde dwangsom opgelegd in kort geding, niet terugvorderbaar zijn na een andersluidende bodembeslissing. Een bodemprocedure kan immers niet worden beschouwd als een rechtsmiddel aan te wenden tegen de uitspraak in kort geding. Weerom kan hierbij worden gewezen op het autonome karakter van de rechtspleging in kort geding.

28. Wel moet worden opgemerkt dat, op het niveau van het kort geding zelf, de beschikking is bekleed met een volwaardig gezag van gewijsde. Zolang de omstandigheden

⁴⁶ Cass. 14 juni 1991, *T.B.H.* 1992, 257, met noot A.S. MAERTENS; Voorz. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; P. Taelman, o.c., *P&B* 1997, p. 213, nr. 19 en p. 221, nr. 32; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 132; S. RAES, «De toepassing van het recht door de rechter in kort geding», *R.Cass.* 1989-90, p. 169, nr. 14; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, nrs. 39-40; J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.* 1999, 164.

⁴⁷ Cass. 14 juni 1991, *T.B.H.* 1992, 257-263, met noot A.S. MAERTENS.

⁴⁸ Zie randnr. 7.

⁴⁹ A.S. MAERTENS, «Uitspraak bij voorraad: voorschrift over de machten van de rechter in kort geding», (noot onder Cass. 14 juni 1991), *T.B.H.* 1992, p. 262, nr. 5; P. MARCHAL, o.c., p. 54, nr. 24, en p. 61-63, nr. 28-29; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders 1998*, 142; I. VEROUSTRATE, o.c., *T.P.R.* 1980, p. 258-259, nr. 2, en p. 266, nr. 17.

⁵⁰ Zie ook randnr. 35.

⁴³ X. DIEUX, o.c., *R.C.J.B.* 1987, 256.

⁴⁴ Bij de beoordeling van het voorlopig karakter van de maatregel zal de rechter ook rekening houden met alternatieve maatregelen die zouden kunnen worden opgelegd en met de mate waarin de aanspraken van de eiser («de zaak zelf») gegrond lijken.

⁴⁵ Cass. 15 november 1923, *Pas.* 1924, I, 28; D. LINDEMANS, o.c., 103. Zie eveneens: W. HUGENHOLTZ en W.H. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 's Gravenhage, Vuga, 1998, 130; E.M. MEIJERS, o.c., 73.

niet veranderen, kan voor de voorzitter niet opnieuw een vordering in kort geding worden ingesteld met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak.⁵¹

D. Onderzoek naar de rechten van partijen

29. Vandaag aanvaardt men dat de kortgedingrechter zich behalve met de feitelijke belangen van partijen, ook inlaat met hun rechtssituatie, ongeacht of de rechten ernstig worden betwist of niet.⁵² De kortgedingrechter die de rechten van partijen onderzoekt, brengt hierdoor niet *ipso facto* «nadeel toe aan de zaak zelf». Zoals hierboven werd aangegeven, heeft de formule «geen nadeel aan de zaak zelf» immers alleen betrekking op het bijzonder gezag van de beschikking in kort geding ten aanzien van het bodemgeding.

De kortgedingrechter kan zijn beslissing dus steunen op een voorlopige beoordeling van de grond van de zaak en kan dus – op al dan niet diepgaande wijze – nagaan wat de vermoedelijke rechtssituatie van de partijen is. Dit betekent concreet dat de rechter kennis mag nemen van de juridische argumenten van partijen, zonder hiertoe verplicht te zijn. De vordering in kort geding is dan gegrond (in de ware zin van het woord),⁵³ wanneer de schijn van rechten de gevorderde beveiligingsmaatregel rechtvaardigt.

In tegenstelling tot zijn vroegere rechtspraak, vereist het Hof van Cassatie vandaag niet meer dat geen ernstige betwisting bestaat over de ingeroepen rechtssituatie.⁵⁴ Ook indien grote onduidelijkheid bestaat over de uitkomst van het bodemgeding, kan de rechter in kort geding bepaalde maatregelen bevelen, zij het in principe geen verregaande maatregelen.⁵⁵ Niet-evidente rechten kunnen met andere woorden ook bescherming genieten in kort geding. Het bestaan van een ernstige betwisting kan in sommige gevallen zelfs precies de reden zijn waarom een beveiligingsmaatregel dringend noodzakelijk is. Men denke aan een vennootschap

waarvan de werking is geblokkeerd door een betwisting onder de bestuurders.

E. Omvang van de rechtsmacht van de kortgedingrechter

30. Eerst en vooral kan worden gewezen op de proportionaliteitsregel die algemeen ingang gevonden heeft in de rechtspraak. Deze regel houdt in dat, hoe verregaander de gevorderde maatregel, des te duidelijker de rechten van partijen moeten vaststaan.⁵⁶ Zoals hierboven al werd vermeld, is de aard van de maatregel afhankelijk van de waarschijnlijkheid van de rechtssituatie van partijen.⁵⁷

31. Voorts wordt ook algemeen aanvaard dat de rechtsmacht van de kortgedingrechter nooit ruimer kan zijn dan die van de bodemrechter.⁵⁸ Dit betekent concreet dat een maatregel die niet bevolen kan worden in een bodemgeding, ook niet toegekend kan worden in een procedure in kort geding. Of nog, de uitspraak in kort geding mag geenszins meer voordeel opleveren voor de eiser dan een eventuele uitspraak van de bodemrechter.

Het bovenstaande belet evenwel niet dat de kortgedingrechter *de facto* soms wel een ruimere rechtsmacht heeft.⁵⁹ Doordat zijn beslissing niet noodzakelijk hoeft te steunen op de rechten van partijen,⁶⁰ is de kortgedingrechter immers niet verplicht de toepasselijke rechtsregels daadwerkelijk toe te passen. Zo is er in het vennootschappenrecht geen enkele bepaling waarop men zich rechtstreeks kan baseren om de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder te vorderen. Hoewel een dergelijke aanstelling bijgevolg in principe niet kan worden verkregen voor de (bodem)rechter, wordt in kort geding vaak een voorlopige bewindvoerder aangesteld (op grond van art. 584 Ger.W.).

32. In de Franstalige literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen bewarende maatregelen (*mesures conservatoires*) enerzijds, zoals de sekwester of de aanstelling

⁵¹ Art. 23 Ger.W.

⁵² Cass. 31 januari 1997, *Soc.Kron.* 1998, 23, met noot P. HUMBLET; *T.B.H.* 1997, 367, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER; *R.W.* 1997-98, 605; met conclusie; Cass. 25 november 1996, *J.T.T.* 1997, 57, met noot; *R.W.* 1997-98 (verkort), 14; *Pas.* 1996, I, 1158; *Arr.Cass.* 1996, 1088. Het Hof vereist evenwel dat de kortgedingrechter bij een onderzoek van de rechten van partijen «niet onredelijk rechtsnormen betreft of weigert te betrekken in zijn redenering». Zie verder randnr. 36 en zie eveneens Kort Ged. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; A.S. MAERTENS, o.c., *T.B.H.* 1992, 261, nr. 4; P. LEMMENS, «Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van Cassatie», (noot onder Cass. 22 februari 1991), *T.B.H.* 1991, 675-678; E. LEBOUcq en W. VAN EECKHOUTTE, o.c., *R.W.* 1982-83, 1095-1096; C. COOMANS, o.c., *R.W.* 1990-91, 1427-1428.

⁵³ Zie randnr. 7.

⁵⁴ Cass. 29 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 85; *Pas.* 1984, I, 72; P. LEMMENS, o.c., *T.B.H.* 1991, p. 676, nr. 3; P. MARCHAL, o.c., 56-57; P. Taelman, o.c., *P&B* 1997, p. 214, nr. 20.

⁵⁵ Zie randnr. 30. Vgl. G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, p. 890, nr. 59 (volgens deze auteur is de kortgedingrechter zelfs verplicht om de rechten van partijen te onderzoeken indien hij overweegt «anticiperende maatregelen» (*mesures d'anticipation*: zie randnr. 32) op te leggen.)

⁵⁶ Voorz. Rb. Brussel 27 maart 1998, *A.J.T.* 1997-98, 488, met noot B. DE VUYST; Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev.not.b.* 1998, 53, met noot; P. MARCHAL, o.c., p. 129, nr. 132; G. DEMEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 84; L. DU CASTILLON, Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 47; C. COOMANS, o.c., *R.W.* 1990-91, 1428; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 149 (voetnoot 103); S. RAES, o.c., *R.Cass.* 1989-90, p. 170, nr. 15; J. VAN COMPENOLLE, «Introduction générale», in J. VAN COMPENOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Brussel, Bruylant, 1998, 12-13; G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, o.c., nr. 37.

⁵⁷ Zie randnr. 22.

⁵⁸ Cass. 20 juni 1988, *Pas.* 1988, 1261, met conclusie van advocaat-generaal LIEKENDAEL; Kort Ged. Rb. Namen 2 mei 2000, *J.L.M.B.* 1267, met noot A. DELVAUX; Kort Ged. Kh. Antwerpen 25 oktober 1995, *R.W.* 1999-2000, 156, met noot; L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 53; G. DE LEVAL, o.c., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving... Vierde permanente vorming van de gerechtsdeurwaarders* 1998, 139, 149 (voetnoot 102), 155, 158; S. STIJNS, o.c., *T.B.H.* 1996, 110.

⁵⁹ C. COOMANS, o.c., *R.W.* 1990-91, 1422 en 1428; J. LINSMEAU, *Rev.Droit ULB* 1993, 36.

⁶⁰ Zie randnr. 29.

van een deskundige, en anticiperende maatregelen of maatregelen die vooruitlopen op het bodemgeschil (*mesures d'anticipation*) anderzijds, zoals het bevel om iets te doen of te laten.⁶¹ Bewarende maatregelen worden vooral opgelegd in geval van een ernstige betwisting, anticiperende maatregelen daarentegen kunnen in principe enkel worden gesteund op evidente rechten. Dit vormt gewoon de toepassing van de hierboven genoemde proportionaliteitsregel.⁶² Indien anticiperende maatregelen worden gevorderd, zal bovendien ook minder snel urgentie worden aangenomen.⁶³ Het onderscheid tussen beide soorten maatregelen is in de praktijk echter niet altijd even duidelijk.

33. Vandaag wordt algemeen aanvaard dat, behalve een bevel om iets te doen of om iets te laten, de kortgeding-rechter ook een veroordeling tot betaling van een geldsom kan uitspreken.⁶⁴ Men spreekt van een provisie (*«le référé-provision»*). Volledigheidshalve kan nog worden gewezen op de toepasselijkheid van art. 19, tweede lid Ger.W. Ook in kort geding kan een maatregel alvorens recht te doen worden gevorderd, zoals bijvoorbeeld de aanstelling van een deskundige.

III. HERSTEL BIJ EEN HERVORMING IN HOGER BEROEP OF NA VERZET

34. Wat is het lot van de beveiligingsmaatregelen en de dwangsom die in kort geding werden opgelegd, wanneer de beschikking in hoger beroep of na verzet hervormd wordt? Het antwoord op deze vraag vloeit in principe voort uit art. 1398, tweede lid Ger.W.: de voorlopig uitvoerbare beschikking wordt uitgevoerd op eigen risico van de executant. Het gaat hier om een objectieve aansprakelijkheid. De executant is er bijgevolg steeds toe gehouden de ontvangen sommen terug te betalen en eventuele schade te vergoeden. Dit betekent dat wanneer de verweerder in eerste aanleg was veroordeeld tot betaling van een provisie, hij recht heeft op terugbetaling van het kapitaal, verhoogd met de interesten. Ingeval de rechter in kort geding een bevel om iets te doen had uitgevaardigd, houdt dit bevel op te bestaan en moet de executant de schade herstellen die door dit bevel ontstaan is. Een verbeurde dwangsom moet worden terugbetaald, samen met de interesten die de dwangsom ondertussen heeft opgebracht.⁶⁵ Kortom, na een hervorming in hoger beroep of na verzet moet de partij die in eerste aanleg werd veroordeeld, worden teruggeplaatst in haar positie van vóór de uitvoering van deze beschikking. De hervorming van een veroordeling

in hoger beroep of na verzet heeft met andere woorden een retroactieve werking.

In de rechtspraak en rechtsleer wordt het regime van art. 1398, tweede lid Ger.W. zonder meer toegepast in kort geding. Vanwege de bijzondere aard van de rechtsmacht van de voorzitter leidt dit in bepaalde gevallen echter tot ongewenste resultaten. Vooral het lot van de dwangsommen die verbeurd zijn na de uitspraak in eerste aanleg, is problematisch. Zoals gezegd, wordt de urgentie ook in hoger beroep beoordeeld op het moment van de uitspraak.⁶⁶ Dit heeft tot gevolg dat de partij die in eerste aanleg werd veroordeeld om een bepaalde handeling (niet) te stellen, deze veroordeling in bepaalde gevallen simpelweg naast zich neer kan leggen door het instellen van hoger beroep. Wanneer de kortgedingrechter in eerste aanleg bijvoorbeeld een verbod had uitgesproken om bepaalde bomen om te hakken, en de verweerder deze beschikking negeert en de bomen niettemin omhakt, creëert hij een voldongen feit waardoor geen urgentie meer bestaat op het moment van de uitspraak in beroep. De appélrechter zal de oorspronkelijke vordering dan ook zonder voorwerp verklaren,⁶⁷ zodat volgens een strikte toepassing van de hierbovengenoemde regel de verbeurde dwangsommen zouden moeten worden terugbetaald. Deze uitkomst, waarbij een veroordeling in kort geding ongestraft kan worden genegeerd, is uiteraard niet wenselijk.

De basisgedachte van de regel van art. 1398, tweede lid Ger.W. is dat de executant weet dat na het aanwenden van een rechtsmiddel kan blijken dat de rechter in eerste aanleg zich vergist heeft. De executant die niettemin het voorlopig uitvoerbaar vonnis ten uitvoer legt, moet dan ook de gevolgen hiervan dragen. In een procedure in kort geding betekent een hervorming in hoger beroep echter niet per definitie dat de rechter in eerste aanleg zich heeft vergist. Dit is met name niet zo wanneer de urgentie die aanwezig was ten tijde van het eerste vonnis, wegvalt in de loop van de beroepsprocedure. Als de appélrechter dan oordeelt dat de zaak niet meer spoedeisend is op het moment van zijn uitspraak en de oorspronkelijke vordering daarom zonder voorwerp verklaart, betekent dit geen afkeuring van de beslissing van de eerste rechter. Op de uitspraak in eerste aanleg zelf valt niets aan te merken. Deze uitspraak wordt niettemin hervormd, omdat de vereiste urgentie naderhand is weggefallen. In een dergelijk geval lijkt het dan ook onbillijk om het risico van de voorlopige tenuitvoerlegging bij de executant te leggen.

35. Wanneer de beschikking wordt hervormd wegens het wegvallen van de urgentie, maar de eerste rechter geen beoordelingsfout wordt verweten, zou dan ook een uitzondering moeten worden gemaakt op het hierboven beschreven wettelijk regime van objectieve aansprakelijkheid. Het lijkt onaanvaardbaar om in een dergelijk geval retroactief effect te verlenen aan de hervormingsbeslissing, aangezien de appélrechter hier eigenlijk de beschikking uit eerste aanleg niet tenietdoet. Uiteraard houdt de beslissing dat de oorspronkelijke vordering zonder voorwerp is geworden, geen bevestiging in van de veroordeling van de eerste rechter. Nochtans betekent dit evenmin een hervorming in de strikte zin, aangezien de appélrechter geen kritiek levert op de beslissing in eerste aanleg. Na de hervorming in beroep kan de

⁶¹ G. DE LEVAL, o.c., *Act.Dr.*, 1992, 855; in Université De Liège (red.), *Procédures d'urgence. Colloque du 14 mars 1992*, p. 884-890, nrs. 46-57; G. DOMEZ, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 84-85; L. DU CASTILLON, o.c., Formation Permanente CUP, *Les procédures en référé*, 1998, 47, nr. 7; J. VAN COMPERNOLLE, o.c., in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (red.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, 12-13; J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.* 1999, 168-176.

⁶² Zie randnr. 30.

⁶³ Zie randnr. 14.

⁶⁴ J. VAN COMPERNOLLE en CLOSSET-MARCHAL, o.c., *R.C.J.B.* 1999, 176.

⁶⁵ Benelux Gerechtshof, 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, met conclusie van procureur-generaal E. KRINGS.

⁶⁶ Zie randnr. 9.

⁶⁷ Zie randnr. 9.

beschikking van de eerste rechter uiteraard geen verder effect sorteren. Het is echter wenselijk dat de executant in dit geval er niet toe gehouden is de verbeurde dwangsommen terug te betalen of de tegenpartij te vergoeden voor schade geleden door de voorlopige tenuitvoerlegging. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor een hervorming na verzet van een beschikking gewezen bij verstek.

De hervormingsbeslissing moet in een dergelijk geval een vergelijkbaar effect hebben als een andersluidende bodembeslissing. De uitspraak van de bodemrechter doet nooit de beslissing in kort geding teniet, maar heeft enkel tot gevolg dat de uitwerking van deze beslissing ophoudt, zij het zonder retroactieve kracht.⁶⁸ Zo mag ook de hervormingsbeslissing in beroep (of na verzet) die is gesteund op het wegvallen van de urgentie na de eerste uitspraak, enkel een effect *ex nunc* hebben. Dit betekent concreet dat de provisie die werd betaald in uitvoering van de beschikking in eerste aanleg, moet worden terugbetaald, zonder dat evenwel intrest op deze som verschuldigd is. Wanneer de voorzitter een gebod had uitgesproken om een bepaalde handeling te stellen of te laten, verliest dit gebod zijn rechtskracht slechts vanaf de uitspraak in beroep. Voor het nadeel dat zij heeft geleden door de uitvoering van dit gebod, kan de partij die in eerste aanleg werd veroordeeld zich niet wenden tot de executant (tenzij deze laatste om een of andere reden een fout zou kunnen worden verweten). Belangrijk is vooral dat aldus een dwangsom die was verbeurd na de uitspraak in eerste aanleg en vóór de andersluidende uitspraak in beroep, definitief verbeurd blijft.⁶⁹

Evenmin als een andersluidende bodembeslissing, houdt de hervormingsbeslissing wegens het wegvallen van de urgentie na de beschikking in eerste aanleg een afkeuring in van de beschikking in kort geding. Het is dan ook logisch dat in beide gevallen slechts een beperkte mogelijkheid tot rechtsherstel bestaat en de dwangsommen die waren verbeurd vóór hetzij de andersluidende bodembeslissing, hetzij de uitspraak in beroep, verschuldigd blijven.

IV. MOTIVERINGSPLICHT VAN DE KORTGEDINGRECHTER

36. Zoals elke rechterlijke uitspraak, moet ook de beschikking in kort geding met redenen omkleed zijn. De formele motiveringsplicht van art. 149 G.W. en art. 780 Ger.W. houdt in dat de rechter in zijn beslissing de redenen

moet vermelden waarop deze steunt en een antwoord moet geven op de argumenten van de partijen die regelmatig aan hem werden voorgelegd. De verplichting heeft dus twee aspecten. Enerzijds moet in de motivering de grondslag te vinden zijn van de beslissing van de rechter. De beslissing moet met andere woorden noodzakelijkerwijze voortvloeien uit de opgegeven beweegredenen (positieve motiveringsverplichting). Anderzijds moet de rechter antwoorden op de argumenten die de partijen hebben aangebracht ter staving van hun beweringen (antwoordverplichting).

Volgens het Hof van Cassatie is de draagwijdte van de motiveringsverplichting in kort geding minder ruim dan in een bodemgeding. Het Hof heeft met name beslist dat «de rechter in kort geding die vaststelt dat de zaak urgent is en die, na de belangen te hebben afgewogen, oordeelt dat voor de eiser in kort geding onmiddellijke schade dreigt indien een bepaalde bewarende maatregel niet wordt bevolen, niet verplicht is nader in te gaan op het verweer van degene tegen wie de maatregel wordt gevraagd en dat gebaseerd is op het materiële recht».⁷⁰ Deze beslissing kan best worden begrepen in de zin dat de rechter bij de toekenning van de eis enkel de positieve beweegredenen van zijn beslissing moet weergeven, zonder dat hij systematisch alle argumenten van de verweerder hoeft te weerleggen. Dit betekent dus enkel een afzwakking van het tweede aspect van de motiveringsplicht, zijnde de antwoordverplichting.

Aan de positieve motiveringsplicht lijkt daarentegen geen afbreuk te worden gedaan door het Hof. Het is immers vooral dit aspect van de motiveringsverplichting dat cassatiecontrole mogelijk maakt. Hoewel de kortgedingrechter geen definitieve uitspraak doet over de rechtssituatie van partijen, oefent het Hof van Cassatie toch een zekere controle uit op de toepassing van het materiële recht. Een beschikking in kort geding is met name aanvechtbaar in cassatie wanneer de rechter «onredelijk rechtsnormen betreft of weigert te betrekken in zijn redenering».⁷¹ Deze toetsing aan het redelijkheidscriterium kan enkel worden voltrokken wanneer de beslissing uitdrukkelijk alle elementen vermeldt waarop deze is gebaseerd.

Sofie BEERNAERT

Advocate aan de balie van Brussel

Assistente aan het Jan Ronse Instituut, K.U. Leuven

⁶⁸ Zie ook randnr. 27.

⁶⁹ E. KRINGS, conclusie voor Benelux Gerechtshof, 14 april 1983, *R.W.* 1983-84, 227.

⁷⁰ Cass. 4 februari 2000, *R.W.* 2000-2001, 813, met noot M. STORME. Zie ook Cass. 22 februari 1991, *T.B.H.* 1991, 672-684, noot P. LEMMENS.

⁷¹ Cass. 31 januari 1997, *Soc.Kron.* 1998, 23, met noot P. HUMBLET; *T.B.H.* 1997, 367, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER; *R.W.* 1997-98, 605; met conclusie en met noot; *Pas.* 1997, I, 148; *Arr.Cass.* 1997, 140, met conclusie; Cass. 4 juni 1993, *Arr.Cass.* 1993, 556; *Pas.* 1993, I, 542; *R.W.* 1993-94, 476, met noot; *P&B* 1993, 121; *R.Cass.*, 1993, 167; *T.B.H.*, 1993, 925. Zie eveneens P. TAELEMAN, o.c., *P&B* 1997, p. 214-215, nr. 21.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

30 MEI 2001

Voorzitter: de h. Boel

Rapporteurs: de hh. Alen en Martens

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Belastingen – Douane en accijnzen – Accijnscompenserende maatregel op dieselvoertuigen

Art. 29 van de wet van 20 december 1995 houdende fiscale, financiële en andere bepalingen, schendt art. 10 en 11 van de Grondwet niet doordat een accijnscompenserende belasting wordt ingevoerd op de personenauto's, auto's voor dubbel gebruik en minibussen met dieselmotor, waarvan het bedrag enkel wordt vastgesteld volgens de belastbare kracht en niet volgens het gebruik, terwijl benzinerijders uitgesloten zijn van die belasting, en belast worden volgens hun verbruik.

Arrest nr. 73/2001

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest van 17 februari 2000 heeft het Hof van Beroep te Gent de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 29 van de wet van 20 december 1995 houdende fiscale, financiële en diverse bepalingen het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel door de invoering van een accijnscompenserende belasting op de personenauto's, auto's voor dubbel gebruik en minibussen met gasolomotor ten belope van een vast bedrag volgens de belastbare kracht en dit ongeacht het verbruik terwijl de benzinerijders uitgesloten zijn van voornoemde heffing en belast worden volgens hun verbruik?»

...

In rechte

...

B.3.1. Door de prejudiciële vraag wordt het Hof onderzocht over de bestaanbaarheid van art. 29 van de wet van 20 december 1995 houdende fiscale, financiële en diverse bepalingen met art. 10 en 11 van de Grondwet, doordat een accijnscompenserende belasting wordt ingevoerd op de personenauto's, auto's voor dubbel gebruik en minibussen met dieselmotor, waarvan het bedrag enkel wordt vastgesteld volgens de belastbare kracht en niet volgens het gebruik terwijl benzinerijders uitgesloten zijn van die belasting, en belast worden volgens hun verbruik.

B.3.2. De grondwettelijke regelen van de gelijkheid en niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de

terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.4.1. De betwiste bepaling beantwoordde, ten tijde van haar aanneming, aan de doelstelling van de regering om een vermindering tot 3 pct. van het tekort op de staatsbegroting te bereiken. Daartoe werd besloten de indirecte fiscaliteit te verhogen. Ter compensatie van de verhoging van de accijns op benzine, werd op dieselauto's een accijnscompenserende belasting ingevoerd, zodat de bijkomende lasten gelijkmatig verdeeld werden tussen benzinewagens en dieselwagens. Van een identieke verhoging van de accijns op dieselolie werd afgezien om twee redenen: «Enerzijds bestaat er voor gasolie – in tegenstelling tot wat geldt voor benzine – geen enkele bewegingsruimte ten opzichte van de prijzen die in onze buurlanden worden toegepast. Anderzijds zou een verhoging van de accijns op diesel de wegtransporteur treffen, hetgeen vanuit economisch oogpunt ongewenst is» (*Parl. St., Kamer, 1995-1996, nr. 208/1, p. 10*). De accijnsverhoging voor benzine en de betwiste bepaling zijn pertinente maatregelen om het doel van de wetgever te bereiken. Hij mag evenwel slechts bepaalde categorieën van belastingplichtigen treffen – respectievelijk de bezitters van benzinevoertuigen en sommige bezitters van dieselvoertuigen – voor zover dat verschil in behandeling kan worden verantwoord.

B.4.2. De door de verzoeker voor het verwijzende rechtcollege aangevoerde «vrijstelling» ten bate van de wegtransportsector is in wezen een niet-belastbaarheid van de met dieselolie aangedreven voertuigen, die inzonderheid door die economische sector worden gebruikt, zoals blijkt uit de bepaling van de belastbare categorie van voertuigen vermeld in het bij de betwiste bepaling ingevoerde art. 108 van het Wetboek van de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen. De wetgever vermocht die categorie van voertuigen uit te sluiten van de betwiste accijnscompenserende belasting wanneer de bezitters ervan, door de tewerkstelling in de betrokken sector en de economische activiteit die zij ontwikkelen, eveneens bijdragen tot de algehele doelstelling die de wetgever heeft nagestreefd en die hij niet in het gedrang heeft willen brengen door een maatregel die de concurrentiepositie van de sector, onder meer door een algehele accijnsverhoging op dieselolie, zou kunnen bezwaren. Die doelstelling kan niet ertoe leiden dat de maatregel moet worden beschouwd als een door het E.G.-recht verboden economische steunmaatregel.

B.5. Het verschil in behandeling tussen de beide categorieën van belastingplichtigen, namelijk de benzinerijders en sommige dieselrijders, vertoont een objectief karakter, omdat het gebaseerd is op de aard van de brandstof waarmee hun voertuigen onderscheidenlijk worden aangedreven. Die brandstoffen zijn overigens steeds het voorwerp geweest van een verschillende behandeling inzake accijnzen (*Parl. St., Kamer, 1995-1996, nr. 208/8, tabel 6, p. 45, en bijlage 1, p. 70*).

De invoering van een accijnscompenserende belasting voor een bepaalde categorie van dieselloertuigen is pertinent om de beoogde algemene doelstelling te verwezenlijken, namelijk de financiële middelen van de Staat te verhogen en mede een gelijkmatige verdeling van de lasten tussen benzinewagens te bewerkstelligen. De keuze voor een belasting – te dezen een accijnscompenserende belasting – waarvan, de aanslagvoet, ongeacht het verbruik van de dieselolie, is vastgesteld op grond van de belastbare kracht, is als alternatieve financiering bovendien pertinent om de concurrentiepositie van het wegtransport niet te bezwaren.

B.6.1. Voor het invoeren van een belasting waarvan de aanslagvoet wordt vastgesteld op grond van de belastbare kracht van het voertuig dat met dieselolie wordt aangedreven, en die als compensatie geldt voor de betaling van accijnzen op benzine waarvan het totale bedrag op jaarbasis wordt bepaald door het concrete verbruik van brandstof, dient te worden uitgegaan van een forfaitaire grondslag die gebaseerd is op een gemiddeld verbruik. Het Hof moet nagaan of de wetgever terzake niet op discriminatoire wijze gebruik heeft gemaakt van zijn beoordelingsbevoegdheid, rekening houdende, enerzijds, met het feit dat de fiscale wetgever noodzakelijkerwijs de verscheidenheid van toestanden slechts met een zekere graad van benadering kan opvangen en, anderzijds, met de moeilijkheden die, wat betreft zowel de doeltreffendheid van de criteria als de administratieve en infrastructurele kosten voor de belastingplichtige en de invorderende administratie, gepaard gaan met de berekening van de belasting.

B.6.2. Uit de parlementaire voorbereiding (*Parl. St.*, Kamer, 1995-1996, nr. 208/8, p. 56) blijkt dat de aanslagvoet voor de dieselloertuigen met een belastbare kracht tot en met 12 pk gemiddeld overeenstemt met de meerkosten op jaarbasis ten gevolge van de verhoging van de accijnzen voor benzine. Voor de talrijkste categorie van belastingplichtigen brengt de betwiste maatregel derhalve geen kennelijk onevenredige gevolgen teweeg.

B.6.3. Voor de dieselloertuigen waarvan de belastbare kracht meer dan 12 pk bedraagt, overstijgt de aanslagvoet van de betwiste belasting, zelfs rekening houdende met het doorgaans hogere dieselverbruik van de zwaardere voertuigen, de gemiddelde meerkosten op jaarbasis ten gevolge van de verhoging van accijnzen voor benzine. Voor die categorie van belastingplichtigen kan de betwiste belasting niet louter als een compenserende maatregel voor de gelijktijdig doorgevoerde accijnsverhoging op benzine worden beschouwd. De wetgever, die zich van die wanverhouding bewust was, heeft evenwel gemeend voor de categorie van de zwaardere dieselwagens daarenboven een begin te moeten maken van een inhaalbeweging die het verschil tussen de opbrengst van de accijnzen op benzine, enerzijds, en die op diesel, anderzijds, moet verkleinen (*Parl. St.*, Kamer, 1995-1996, nr. 208/8, p. 59). Gelet op het verschil in accijnzen voor benzine en diesel en rekening houdende met de gestage toename van het aantal dieselloertuigen, die een vermindering van de inkomsten uit accijnzen impliceert, is de betwiste maatregel, in zoverre hij de dieselloertuigen met een zwaardere belastbare kracht onderwerpt aan een hogere belasting, niet kennelijk onevenredig met de door de wetgever nagestreefde specifieke doelstelling.

De prejudiciële vraag moet ontkennend worden beantwoord.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 FEBRUARI 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Houtekier

Bewijs – Burgerlijke zaken – Bekentenis – Onsplitsbaarheid

Uit art. 1356, derde lid, B.W. naar luid waarvan een bekentenis niet kan worden gesplitst ten nadele van degene die ze heeft gedaan, volgt dat, wanneer een bekentenis uit verschillende onderdelen bestaat, het in de regel niet mogelijk is dat de rechter bepaalde onderdelen gebruikt en andere niet in aanmerking neemt en oordeelt dat die andere niet bewezen zijn.

M. en S. t/ M. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 april 1995 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

...

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, naar luid van art. 1356, derde lid, B.W., een bekentenis niet kan worden gesplitst ten nadele van degene die ze heeft gedaan;

Dat daaruit volgt dat, wanneer een bekentenis uit verschillende onderdelen bestaat, het in de regel niet mogelijk is dat de rechter bepaalde onderdelen gebruikt en andere niet in aanmerking neemt en oordeelt dat die andere niet bewezen zijn;

Overwegende dat de eisers in hun conclusie van 22 maart 1991 voor de eerste rechter, die zij in hun appelconclusie van 19 januari 1995 hebben hernomen, aanvoerden dat zij «onder de onsplitsbaarheid hunner erkenning inderdaad bekennen destijds van aanlegger een lening te hebben ontvangen, die evenwel werd terugbetaald en bij welke betaling (eisers) terug in het bezit werden gesteld van hun schuldbekentenis (die zij jammer genoeg niet meer in hun bezit hebben)»;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de verweerders de bewijslast dragen van de lening waarvan zij betaling vorderen en dat zij dit bewijs met een geschreven onderhandse akte die voldoet aan art. 1326 B.W. moeten leveren;

Overwegende dat het arrest voorts oordeelt dat zowel het bestaan van de lening op het tijdstip van de overhandiging van de geldsom als de verbintenis tot terugbetaling ervan «rechtens bewezen zijn» op grond dat uit het debat is gebleken dat de eisers als schuldenaars de geldigheid van de handtekening op het origineel van de akte waarvan een kopie aan de appelrechter werd overgelegd, niet betwisten, «evenmin de effectieve afgifte en ontvangst van 1.000.000 fr., ten titel van lening»;

Dat het eveneens oordeelt dat geen terugbetaling bewezen is;

Dat het arrest, door aldus de bekentenis van de eisers te splitsen, art. 1356, derde lid, B.W. schendt;

Dat het onderdeel gegrond is.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 15 MEI 2001

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Frère

Openbaar ministerie: de h. Duinslaeger

Advocaten: mrs. Mussche en Van Steenbrugge

Rechten van de mens – Openbaarheid – Strafzaken – Beslissing dat zaak met gesloten deur zal worden behandeld – Geldigheidsduur – Volgende terechtzittingen

De beslissing van de rechter in strafzaken dat het onderzoek en de behandeling van een zaak met gesloten deuren zal geschieden, uitsluitend tot de uitspraak van het arrest, geldt voor alle terechtzittingen waarop de zaak wordt behandeld.

De rechtspleging is niet door nietigheid aangetast wanneer de behandeling van de zaak op een van de opeenvolgende terechtzittingen toch gebeurt in het openbaar en geen van de partijen zich hiertegen verzet.

C.R. t/ C.E.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 november 2000 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Over het tweede middel:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de behandeling van de zaak in openbare terechtzitting de regel is en de behandeling met gesloten deuren de uitzondering;

Overwegende dat niet blijkt dat eiseres of een andere partij zich op 7 september 2000 hebben verzet tegen de behandeling in het openbaar van de zaak op die terechtzitting;

Dat het middel bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de beslissing van de rechter in strafzaken dat het onderzoek en de behandeling van een zaak zullen geschieden met gesloten deuren, uitsluitend tot de uitspraak van het arrest, geldt voor alle terechtzittingen waarop de zaak wordt behandeld;

Overwegende dat de rechtspleging niet door nietigheid is aangetast wanneer de behandeling van de zaak op een van de opeenvolgende terechtzittingen toch gebeurt in het openbaar en geen van de partijen zich hiertegen verzet;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

NOOT – Over de openbaarheid van de terechtzittingen

1. In beginsel zijn alle terechtzittingen van de vonnisge-rechten openbaar. Deze openbare behandeling is niet alleen voorgeschreven door art. 153, 190 en 310 Sv., maar ook door art. 148 G.W. Bovendien waarborgt art. 6 E.V.R.M. deze openbaarheid en beperkt deze bepaling de sluiting van de deuren.

2. Het Hof van Cassatie gaat ervan uit dat de openbaar-heid in het belang van de beklaagde speelt, zodat hij er zich niet kan over beklagen dat de sluiting van de deuren niet werd bevolen (Cass., 29 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 245; R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, p. 446, nr. 990).

3. Uitgaande van de stelling dat de sluiting van de deuren slechts de in het belang van de beklaagde voorgeschreven waarborgen vermindert, werd eertijds aangenomen dat bij niet-naleving van de bevolen sluiting der deuren, de be-trokkene geen cassatiemiddel kon aanvoeren (Cass., 4 april 1859, *Pas.*, 1859, I, 129; Cass., 17 februari 1913, *Pas.*, 1913, I, 111).

4. Blijkbaar aanvaardt het Hof van Cassatie thans de ontvankelijkheid van het middel gesteund op de niet-nale-ving van het bevel tot sluiting der deuren, op voorwaarde dat de betrokken partij zich heeft verzet tegen de behande-ling in het openbaar van de zaak op die terechtzitting (Cass., 20 september 1954, *Pas.*, 1955, I, 25; Cass., 2 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 472).

Keep an argument seven years and you will find a use for it.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 4 DECEMBER 2001

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Goethals

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Beelen

1. Stedenbouw – Herstelvordering – Motivering – Omvang – 2. Cassatie – Middel – Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens – Geen wet in de zin van art. 608 Ger. W. – 3. Grondwet – Grondwettigheidsstoetsing van wetten – Bevoegdheid van het Hof van Cassatie

1. De beslissing die de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen met toepassing van art. 68, § 1, Stedenbouwdereet treffen, met hun gezamenlijk akkoord in de sub b en c van die wetsbepaling bedoelde gevallen, is een bestuurshandeling in de zin van art. 1 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, die uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd.

De keuze voor de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat kan afdoende worden gemotiveerd met de juridische overweging dat een bepaald gebied als agrarisch gebied is bestemd en de feitelijke overweging dat welom-schreven werken met die bestemming strijdig zijn.

Wanneer de gemachtigde ambtenaar de keuze voor een bepaalde herstelmaatregel afdoende motiveert, moet hij de uitsluiting van de keuze voor een andere herstelmaatregel niet negatief motiveren.

2. De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is goedgekeurd, is niet in het Belgische

recht ingevoerd en is geen wet in de zin van art. 608 Ger. W. waarvan de schending aanleiding kan geven tot cassatie.

3. Het Hof van Cassatie is niet bevoegd om wetten aan de Grondwet te toetsen.

D. en S. t/ O.M.

Conclusie van advocaat-generaal M. De Swaef

1. De eisers zijn vervolgd wegens overtredingen van het Stedenbouwdecreet door de (A) uitvoering en (B) instandhouding van onvergunde werken. Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 28 februari 2000 heeft de veroordeling daarvoor in eerste aanleg tot een straf van 50 (x 200) fr. voor de vermeende feiten A en B bevestigd. Bovendien zijn eisers veroordeeld tot het herstel van de plaats in de vorige staat binnen twaalf maanden na het in kracht van gewijsde gaan van het arrest door afbraak van de wederrechtelijk opgerichte werken, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 fr. per dag.

De eisers hebben tegen deze veroordeling tijdig en geldig cassatieberoep aangetekend. In een tijdige en geldige memorie voeren ze twee middelen aan.

2. Het eerste middel is gebaseerd op een schending van art. 68, § 1, van het decreet 22 oktober 1996, art. 2 en 3 van de wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en art. 149 van de Grondwet.

De eisers voeren aan dat de herstellvordering van de gemachtigde ambtenaar onder de toepassing van de Uitdrukkelijke motiveringswet valt. Uit die stelling vloeit voort dat de gemachtigde ambtenaar niet alleen de vordering zelf, maar ook de keuze voor een bepaalde herstelmaatregel in plaats van een andere moet motiveren. Te dezen had die motivering volgens de eisers moeten vermelden waarom het herstel van de plaats in de vorige staat werd gevorderd en niet aanpassingswerken of een meerwaardevergoeding. Als motivering zou ten slotte niet volstaan: de verwijzing naar de bestemming van het gebied waarin het goed ligt. De overheid zou bij de keuze van de herstelmaatregel namelijk niet zijn gebonden door stedenbouwkundige voorschriften.

Het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de verwijzing naar die ligging van het goed in agrarisch gebied volstaat ter motivering van een vordering die ertoe strekt de gevolgen van een bouw misdrijf te doen verdwijnen. Een omstandige en uitdrukkelijke motivering van de weigering een maatregel te vorderen die het bouw misdrijf niet doet verdwijnen, is daarom niet vereist.

Bij de beoordeling van dit middel en ter toetsing van de beslissing van de appèlrechters kan worden aangenomen dat de herstellvordering van de gemachtigde ambtenaar als overheidshandeling inderdaad onder het toepassingsgebied van de Uitdrukkelijke Motiveringswet valt (zie het overzicht van de eensluidende rechtsleer bij G. Debersaques, B. Hu-beau en P. Lefranc, *De sanctionering van stedenbouwmisdrijven. Handhavingsmaatregelen*, Brugge, Die Keure, 2001, 140-145. De auteurs formuleren ook een afwijkende mening. Die lijkt evenwel te zijn gebaseerd op een stelling uit het cassatiearrest van 18 april 1985, A.R. 7489, nr. 491, die sinds het arrest van 4 december 1990, A.R. 3363, nr. 176 is verlaten). Het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening voorziet trouwens uitdrukkelijk in een motiveringsplicht. De ambtenaar moet daarom de gevorderde maatregel moti-

veren. S. Lust, «De herstellvordering in het stedenbouwwrecht. Een poging tot synthese», *T.R.O.S.*, 1997, p. 223, nrs. 54 e.v.; P. Popelier, «De toepassing van de Uitdrukkelijke Motiveringswet in het domein van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw», *T.R.O.S.*, 1997, 346, nr. 7; S. De Taeye, *Handhaving ruimtelijke ordening*, Gent, Mys en Breesch, 1999, nr. 159; I. Opdebeek en A. Coolsaet, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1999, nr. 240).

Bij de beoordeling van die motivering moet het *doel* van de herstellvordering als maatstaf gelden. Dit doel is: de gevolgen van een bouw misdrijf doen verdwijnen. Dit gebeurt door het goed in overeenstemming te (laten) brengen met de geldende voorschriften en het aldus aan de vereisten van een goede ruimtelijke ordening te laten beantwoorden (zie hierover: D. D'Hooghe, «De herstelmaatregel inzake stedebouw», *R.W.*, 1988-89, (1001), 1008, eerste kolom).

De gemachtigde ambtenaar moet dan ook *in de regel* het herstel van de plaats in de vorige staat vorderen.

Die voorrangregel blijkt ten eerste uit de wet. De vordering van het herstel in de vorige staat is, anders dan minder verregaande herstelmaatregelen, niet onderworpen aan het akkoord van het college van burgemeester en schepenen. Ook tijdens de parlementaire voorbereiding (*Parl. St.*, Senaat, 1969-70, nr. 559, p. 20) en in de rechtsleer (D. D'Hooghe, *o.c.*, *R.W.*, 1988-89, 1008) is deze herstellvordering benoemd als regel. Ten overvloede stelt ten slotte de omzendbrief van 29 juli 1997 – dus na inwerkingtreding van de Uitdrukkelijke Motiveringswet – in navolging van een circulaire uit 1975 (omzendbrief RO/97/05 met betrekking tot de toepassing van art. 68, § 1, c van het decreet van 22 oktober 1996 van de minister voor Openbare Werken, Verkeer en Ruimtelijke Ordening van 29 juli 1997, *B.S.* 23 augustus 1997, eigen cursivering): «Bij de beoordeling van een bouw misdrijf dient men steeds uit te gaan van het feit dat het herstel van de plaats in de oorspronkelijke staat de principieel te vorderen herstelmaatregel is. Elke *andere* herstelmaatregel dient omstandig en uitdrukkelijk gemotiveerd te worden. Een loutere verwijzing naar het standpunt van het college van burgemeester en schepenen of het gebruik van stijlformules zal niet volstaan en is alleszins ontoereikend.» (circulaire van 3 november 1975 van de directeur-generaal van het Bestuur van de Stedebouw en de Ruimtelijke Ordening; zie de verwijzing in D. D'Hooghe, *l.c.*, noot 75). Een gelijksoortige regel is nu ook aangehouden in art. 149, § 3, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

Ook de verplichting tot motivering van de keuze voor een *andere* herstelmaatregel dan het herstel in de vorige staat, moet worden begrepen in het licht van het doel van de herstellvordering. De motivering moet namelijk verduidelijken waarom de minder verregaande maatregel voldoende is om het bouwwerk in overeenstemming te brengen met de geldende voorschriften en dus met een goede ruimtelijke ordening. Zulks onderstelt uiteraard dat die overeenstemming mogelijk is. Het gaat bijvoorbeeld om aanpassingswerken aan onvergunde werken in een gebied met woonbestemming, waar dus in theorie wel mocht worden gebouwd. Zulks is uit de aard niet mogelijk in gebieden waar hoe dan ook geen constructies mochten worden opgetrokken. (Zie voor beperkte afwijkingsmogelijkheden art. 43, § 2, van het decreet van 22 oktober 1996).

De omstandigheid dat de administratie niet gebonden is door de geldende stedenbouwkundige voorschriften moet in deze context worden begrepen. De gemachtigde ambtenaar kan aanpassingswerken vorderen die onvergund zijn of een onvergunde constructie behouden na betaling van een meerwaarde, op voorwaarde dat de onvergunde werken of constructie met een goede ruimtelijke ordening overeenstemmen. Dat de stedenbouwkundige voorschriften niet gelden voor de administratie, impliceert dus hoegenaamd niet dat een constructie kan blijven bestaan die met die voorschriften niet in overeenstemming is (over dit alles *Parl. St.*, Senaat, 1969-70, nr. 525, p. 73; voorts D. D'Hooghe, *l.c.*, p. 1008, tweede kol. B. Hubeau en R. Peremans, *De sanctionering van stedenbouwmisdrijven*, Brugge, Die Keure, 1993, nr. 17).

De rechtsleer neemt aan dat de omvang van de motiveringsplicht evenredig is aan de beoordelingsbevoegdheid die de administratie toekomt (P. Popelier, *l.c.*, nrs. 16 e.v.; I. Opdebeek en A. Coolsaet, *o.c.*, nr. 195). Hieruit vloeit voort dat wanneer een constructie in strijd met de voorschriften is opgetrokken en geen andere vorm van herstel mogelijk is, de vordering van het herstel in de vorige staat voldoende is gemotiveerd met de juridische overweging dat er een bouwverbod bestaat en de feitelijke overweging dat dit verbod te dezen is overtreden.

De Raad van State heeft zulks meermaals beslist in verband met de weigering van een bouwvergunning. De weigering is afdoende gemotiveerd onder verwijzing naar de bestemmingsvoorschriften, indien daarop geen afwijkmogelijkheden bestaan (zie de verwijzingen bij P. Popelier, *l.c.*, voetnoten 89 en 95).

In een gelijksoortig geval als het voorliggende, heeft het Gentse Hof van Beroep geoordeeld dat het herstel van de plaats in de vorige staat afdoende is gemotiveerd door de verwijzing naar de strijdigheid van gedetailleerd weergegeven werken met de bestemming van een gebied als bosgebied, terwijl die werken geen ver- of herbouwing dan wel uitbreiding van een bestaand vergund gebouw uitmaakten (zie art. 43, § 2, van het decreet van 22 oktober 1996) (Gent, 16 juni 1995, *T.R.O.S.*, 1997, 42, met noot J. Verkest).

Die redenering kan te dezen worden aangehouden. De eisers hebben een nieuwe woning opgetrokken in agrarisch gebied. Die motivering is afdoende om het herstel in de vorige staat te vorderen.

Een negatieve motiveringsplicht met betrekking tot de niet-toepassing van uitzonderingen bestaat niet wanneer de toepassing van de regel met een afdoende motivering wordt gevorderd. De niet-toepassing van de regel ten voordele van een uitzondering zou daarentegen wel moeten worden gemotiveerd onder verwijzing naar de reden waarom de regel niet wordt toegepast (I. Opdebeek en A. Coolsaet, *o.c.*, nr. 199). Indien de gemachtigde ambtenaar daarom, zoals te dezen, afdoende motiveert waarom hij het herstel in de vorige staat vordert, dient hij niet meer te motiveren waarom hij geen andere herstelmaatregel vordert (I. Opdebeek en A. Coolsaet, *o.c.*, nr. 240: de auteurs gaan er evenwel ten onrechte vanuit dat de keuze van de maatregel tot de discretionaire bevoegdheid van de administratie behoort; als regel geldt, zoals vermeld, het herstel in de vorige staat).

Het middel treft om die redenen geen doel: de verwijzing naar de bestemming van een gebied en naar daarmee strijdige werken vormt voor de vordering tot herstel in de vorige

staat een afdoende motivering die de motivering van de uitsluiting van de vordering van een andere herstelmaatregel overbodig maakt. De beslissing van de appelrechters die zulks overwegen, is dan ook naar recht verantwoord. Door die overwegingen hebben zij eisers verweer ook verworpen en beantwoord.

3. In hun tweede middel voeren de eisers schending aan van art. 23, derde lid, van de Grondwet en van art. 25 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens.

De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens is geen wet in de zin van art. 608, Ger. W. waarvan de schending tot cassatie aanleiding kan geven (Cass., 6 januari 1993, A.R. 348, nr. 9). Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

De eisers verwijten de appelrechters voorts een schending van art. 23, derde lid, van de Grondwet doordat zij de herstellvordering van de gemachtigde ambtenaar toekenden. Welnu, art. 68, § 1, Decreet 22 oktober 1996 *verplicht* de rechter de herstellvordering van de gemachtigde ambtenaar te bevelen. Hij kan die vordering enkel onderwerpen aan een controle van de externe en interne wettigheid ervan (Cass., 4 december 1990, A.R. 3363, nr. 176; zie ook Arbitragehof, nr. 21/96 van 21 maart 1996, *T.M.R.* 1996, 256, met noot C. Billiet), bijvoorbeeld de overeenstemming ervan met de Grondwet. In geval van een onjuiste of onvolledige controle zou aan de rechter een schending van art. 159 van de Grondwet kunnen worden verweten. De eisers voeren evenwel geen schending aan van deze bepaling. Hun middel is daarom in wezen rechtstreeks gericht tegen het decreet van 22 oktober 1996 en nodigt het Hof uit tot een toetsing van art. 68 van dat decreet aan art. 23 van de Grondwet. Het is daartoe uiteraard niet bevoegd (Cass., 24 januari 1996, A.R. P.95.0190.F, nr. 50; voorts K. Rimanque, *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, p. 62 e.v.), zodat het middel ook in zoverre niet ontvankelijk is.

4. Er is geen aanleiding om ambtshalve een middel aan te voeren.

Besluit: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 28 februari 2000 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat de beslissing die de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen met toepassing van art. 68, § 1, Stedenbouwdecreet treffen, met hun gezamenlijk akkoord in de sub b en c van die wetsbepaling bedoelde gevallen, een bestuurshandeling is in de zin van art. 1 van de wet van 29 juli 1991, die uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd;

Overwegende dat de keuze voor de vordering van het herstel van de plaats in de vorige staat, zoals te dezen, afdoende kan worden gemotiveerd met de juridische overweging dat een bepaald gebied als agrarisch is bestemd en de feitelijke overweging dat welomschreven werken met die bestemming strijdig zijn;

Overwegende dat wanneer de gemachtigde ambtenaar de keuze voor een bepaalde herstelmaatregel afdoende moti-

veert, hij de uitsluiting van de keuze voor een andere herstelmaatregel niet negatief moet motiveren;

Dat de appèlrechters oordelen dat de motivering van de gemachtigde ambtenaar die zij weergeven «wettelijk vol-doende duidelijk en uitdrukkelijk gemotiveerd is» en dat «derhalve een al dan niet omstandige en uitdrukkelijke motivering van de keuze van het herstel van de plaats in de oorspronkelijke staat boven een herstelmaatregel die het verdwijnen van de gevolgen van het bouwmisdrif niet tot gevolg heeft geenszins noodzakelijk is, noch in het raam van de vereisten van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, noch in het raam van de normen die het behoorlijk en zorgvuldig bestuur door de overheid beheersen»;

Dat zij daardoor het verweer van de eisers verwerpen en beantwoorden en hun beslissing naar recht verantwoorden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, die op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is goedgekeurd, niet in het Belgische recht is ingevoerd en geen wet is in de zin van art. 608 Ger. W. waarvan de schending aanleiding kan geven tot cassatie;

Dat het middel in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende dat het middel de appèlrechters voor het overige verwijt art. 23, 3^o, van de Grondwet te schenden door het herstel van de plaats in de vorige staat te bevelen;

Dat art. 68, § 1, eerste lid, van het Stedenbouwdereet bepaalt dat de rechter, benevens de straf, op vordering van de gemachtigde ambtenaar het herstel van de plaats in de vorige staat beveelt;

Dat het middel aldus in wezen is gericht tegen de genoemde wetsbepaling;

Overwegende dat het Hof niet bevoegd is wetten aan de Grondwet te toetsen;

Dat het middel dat het Hof daartoe uitnodigt, in zoverre niet ontvankelijk is;

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 4 FEBRUARI 2002

Voorzitter-rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en van Eeckhoutte

Jaarlijkse vakantie – Vakantiegeld – Einde-dienst-vakantiegeld – Berekening – Verdiende brutowedde – Begrip – Premie groepsverzekering

Onder «brutowedde», op basis waarvan het einde-dienst-vakantiegeld moet worden bepaald, is te verstaan elk voordeel in geld of in geld waardeerbaar, toegekend door de werkgever als tegenprestatie voor de in het raam van de arbeidsovereenkomst verrichte arbeid.

De door de werkgever betaalde premie voor de groepsverzekering, wanneer de werknemer aanspraak kan maken op de betaling ervan en hij zijn recht stoelt op de arbeidsovereenkomst of op een reglement dat van die overeenkomst deel uitmaakt, komt in aanmerking voor de berekening van het bij het einde van de dienstbetrekking verschuldigde vakantiegeld.

De B. t/ NV B.B.

1. Bestreden uitspraak

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest op 17 november 2000 gewezen door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge.

2. Tweede middel

Overwegende dat krachtens art. 46, eerste en tweede lid, van het K.B. van 30 maart 1967 tot bepaling van de algemene uitvoeringsmodaliteiten van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, wanneer het contract van de bediende een einde neemt, de werkgever hem, bij zijn vertrek, een percentage betaalt van de bij hem tijdens het lopende vakantiedienstjaar verdiende brutowedde en, wanneer de bediende de op het vorige dienstjaar betrekking hebbende vakantie nog niet heeft genoten, een percentage van de bij hem tijdens dat vorige vakantiedienstjaar verdiende brutowedde, eventueel verhoogd met een fictieve wedde voor met effectief gewerkte dagen gelijkgestelde dagen van arbeidsonderbreking;

Overwegende dat met de term «brutowedde» in dit artikel is bedoeld: elk voordeel in geld of in geld waardeerbaar, toegekend door de werkgever als tegenprestatie voor de in het raam van de arbeidsovereenkomst verrichte arbeid;

Overwegende dat geldsommen die aan derden worden uitbetaald door de werkgever, wanneer de werknemer aanspraak kan maken op de betaling ervan en hij zijn recht stoelt op de arbeidsovereenkomst, zoals de door de werkgever in uitvoering van een reglement dat deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst betaalde bijdragen of premies voor een groepsverzekering, bestemd om een pensioenfonds te spijzen, deel uitmaken van het loon in de zin van de Loonbeschermingswet en, als krachtens de arbeidsovereenkomst verworven verdiensten, in geld waarneembare voordelen uitmaken die worden betaald als tegenprestatie voor de in het raam van de arbeidsovereenkomst verrichte arbeid;

Dat art. 2, derde lid, c, van de Loonbeschermingswet hieraan niets afdoet, omdat deze bepaling betrekking heeft op de langs het pensioenfonds of de pensioenverzekering uitgekeerde aanvullende pensioenuitkeringen zelf en niet op de hierboven bedoelde premies of bijdragen;

Overwegende dat het arrest de door de werkgever betaalde bijdrage voor de groepsverzekering voor de berekening van het einde-dienst-vakantiegeld niet in aanmerking neemt, op grond dat deze bijdrage geen bestanddeel van het loon is en geen tegenprestatie uitmaakt voor de geleverde arbeid;

Dat het arrest aldus art. 46 van het K.B. van 30 maart 1967 schendt.

RAAD VAN STATE*12e KAMER – 8 NOVEMBER 2001*

Voorzitter: de h. Verbiest

Staatsraden: de hh. Van Haegendoren (rapporteur) en Brewaeys

Auditoraat: de h. Vermeire

Advocaten: mrs. Verreycken, Neels en Lesaffer

Raad van State – Beroep tot nietigverklaring – Bestuurlijke handeling – Aanvechtbare rechtshandeling

Een annulatieberoep en dientengevolge een vordering tot schorsing moet, om ontvankelijk te zijn, een uitvoerbare administratieve rechtshandeling tot voorwerp hebben, met andere woorden een handeling die op zichzelf beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen of te beletten dat deze totstandkomen. De kennisneming of akteneming van een nota door de Raad van Bestuur van de VRT is prima facie geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling.

V. e.a. t/ NV VRT

Arrest nr. 100.643

Gezien het verzoekschrift dat F. V., G. A., F. D. W., J. C. en L. L. op 23 oktober 2001 hebben ingediend waarin bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing wordt gevorderd van de tenuitvoerlegging van «de beslissing van maandag 15 oktober 2001 houdende goedkeuring van een nota 'de VRT en de democratische samenleving' door de raad van bestuur van: De VRT, NV van Publiekrecht»;

...

Overwegende dat verzoekers op 4 september 2001 een krantenartikel lezen met als titel «Officiële nota VRT neemt stelling tegen Blok»;

Overwegende dat de tekst van de kwestieuze nota (hierna ook: de Nota) op 10 september 2001 in de raad van bestuur van de verwerende partij (hierna ook: VRT) wordt rondgedeeld, volgens vijfde verzoeker op zijn aandringen, en bij de rondvraag te berde wordt gebracht; dat de notulen hierover onder meer stellen:

«De gedelegeerd bestuurder merkt op (...).

Het was de bedoeling ook naar de steun van de Raad van Bestuur te solliciteren, al is dit strikt genomen geen materie voor de Raad van Bestuur (...). De gedelegeerd bestuurder zegt tot slot nog dat de directie het op prijs zou stellen als ook de Raad van Bestuur een standpunt inneemt. Hoe sterk of in welke vorm, is de zaak van de Raad, maar een draagvlak zou ten eerste worden geapprecieerd. (...).

De voorzitter stelt voor om de nota op de agenda van de volgende Raad van Bestuur te plaatsen. Een formele goedkeuring mag dan niet vereist zijn, toch is het wenselijk dat ook de Raad van Bestuur een standpunt inneemt.»;

Overwegende dat de Nota uit vier hoofdstukken bestaat. In een eerste inleidend en een tweede hoofdstuk wordt gewezen op de nieuwe beheersovereenkomst tussen de Vlaamse Gemeenschap en de VRT waarin «de openbare omroepopdracht van de VRT (wordt) ingevuld en verdiept met de nadruk op de kwalitatieve versterking van de programmering en de uitbreiding van de informatieve op-

dracht» en waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar «de Resoluties van Praag en Krakau van de Raad van Europa waarin de «mission statement» van de Europese openbare omroep is vastgelegd. Aldus moet de publieke omroep een factor zijn voor sociale binding en integratie van alle individuen, groepen en gemeenschappen, en de verschillende filosofische en religieuze ideeën in de gemeenschap weergeven met het doel het wederzijdse begrip en de onderlinge tolerantie te versterken en de gemeenschapsrelaties in plurithnische en multiculturele samenlevingen te stimuleren. Daarnaast wordt in het tweede hoofdstuk verwezen naar het decreterale kader, inzonderheid naar de openbare omroepopdracht, als omschreven in art. 8 en «verder gespecificeerd» in art. 23 van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd bij Besluit van de Vlaamse regering van 25 januari 1995, bekrachtigd bij decreet van 8 maart 1995 (hierna: de gecoördineerde mediadecreten). Ten slotte wordt in het tweede hoofdstuk verwezen naar de deontologische code die «draait rond drie kernbegrippen: nauwkeurigheid en zorgvuldigheid, onpartijdigheid en goede trouw». Het derde hoofdstuk draagt als titel «de VRT en extremistische partijen en groeperingen» en stelt onder meer dat de VRT als openbare omroep alle gedachtestromingen moet verwerpen die uitgaan van discriminatie en sociale uitsluiting. Als algemene richtlijn geldt dat de VRT moet «bijdragen tot een pluralistische, democratische en verdraagzame samenleving», wat concreet betekent dat «aan extremistische partijen en bewegingen die een gevaar inhouden voor die pluralistische, democratische en verdraagzame samenleving geen open tribune mag worden verleend» en dat «wanneer vanuit de deontologische code het verantwoord wordt geacht om over deze bewegingen te berichten, dan kan dit, maar deze bewegingen mogen de kanalen van de publieke omroep en zijn nieuwprogramma's niet (kunnen) misbruiken om hun gedachtegoed te verspreiden. Er moet dus zeer omzichtig worden omgesprongen met het aan het woord laten van vertegenwoordigers van deze bewegingen, zeker in rechtstreekse uitzendingen». Het vierde hoofdstuk betreft dan «het Vlaams Blok» en is blijkbaar een antwoord op een als «guerrilla-techniek» omschreven «Vlaams Blok klachtenregen» bij de Vlaamse Geschillenraad voor Radio en Televisie. Een analyse van het «zogenoemde 70-puntenplan» van het Vlaams Blok en het «cordon sanitaire», concludeert dat «het Vlaams Blok geen partij is als de andere en dat er minstens ernstige vragen moeten worden gesteld over de discriminaties, waarvan het Blok-programma blijkt geeft en van de openlijke afwijzing van de multiculturele samenleving» en dat de VRT er bijgevolg over moet «waken om deze standpunten, die in strijd zijn met de Verklaring van Praag én met de opdracht van de VRT, in zijn uitzendingen niet aan bod te laten komen». Inzake de onpartijdigheid van de nieuwsprogramma's stelt de Nota: «Als het Blok door standpunten, manifestaties... aan de basis ligt van een relevant nieuwsfeit, wordt hierover bericht. Aangezien zowel decretaal als in het redactiestatuut de autonomie van de programmering en van de verslaggeving is gegarandeerd, wordt de relevantie van de nieuwsfeiten in alle onafhankelijkheid bepaald door de redactie op basis van journalistieke en deontologisch verantwoordende criteria». Concluderend wordt als algemene richtlijn herhaald: «het Blok is dus geen politieke partij als een andere», en voorts dat het de taak is van de VRT om bij te

dragen tot een democratische en verdraagzame samenleving, maar dat zij conform haar Europees vastgestelde missie en haar decretale opdracht «geen instrument (kan) zijn voor het verspreiden van standpunten en meningen van bewegingen of partijen die afbreuk doen aan democratie en verdraagzaamheid en die openlijk oproepen tot discriminatie», zodat er «bijzonder omzichtig (moet) worden omgesprongen met het aan het woord laten van vertegenwoordigers van het Vlaams Blok, zeker in rechtstreekse uitzendingen. Dit betekent dat het verantwoord is dat vertegenwoordigers van het Vlaams Blok niet aan bod komen in bepaalde politieke debatten en politieke – inclusief parlementaire – verslagen»;

Overwegende dat de verwerende partij een «syntheseverlag» naar voor brengt van de vergadering van haar raad van bestuur van 15 oktober 2001, dat notuleert:

«De Raad van Bestuur heeft akte genomen van de interne nota.

De analyse en de conclusies van het document werden onderschreven», alsook een «excerpt uit de notulen» van dezelfde vergadering waarin onder meer is genoteerd:

«De Raad van Bestuur neemt kennis van het voorgelegde document.

De gedelegeerd bestuurder wijst erop dat het hier om reflectiedocument gaat (...).

«De voorzitter stelt het op prijs dat de gelegenheid wordt geboden tot een discussie in de Raad van Bestuur, al gaat het om een intern werkdocument, waarvoor de Raad van Bestuur dus niet bevoegd is (...).

De voorzitter (...) constateert dat de raadsleden, op de h. L. na, bij de positieve houding blijven die ook al in de Raad van Bestuur van 10 september jl. werd aangenomen en besluit dat akte kan worden genomen van de voorgelegde gegevens.

De Raad van Bestuur sluit zich hierbij aan en neemt akte van het reflectiedocument 'De VRT en de democratische samenleving'»;

Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat het beroep niet is gericht tegen een uitvoerbare beslissing omdat, eensdeels, het in de raad van bestuur van de verwerende partij enkel tot een gedachtewisseling en akteneming is gekomen en er «in tegenstelling tot wat verzoekende partijen beweren, geen 'goedkeuring' werd uitgesproken, noch enige bindende kracht werd verleend aan de Nota» en, anderdeels, de kwestieuze nota zelf een intern document zonder bindende kracht is «dat enkel tot doel heeft de redactionele opinie van degenen die de journalistieke verantwoordelijkheid binnen de VRT dragen samen te vatten onder collega's» en dat geen afbreuk kan doen aan de bij decreet, deontologische code en redactiestatuut vastgelegde redactionele onafhankelijkheid;

Overwegende dat een annulatieberoep, en dientengevolge een vordering tot schorsing, om ontvankelijk te zijn, onder meer een uitvoerbare administratieve rechtshandeling tot voorwerp moet hebben, met andere woorden een handeling die op zichzelf beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen of te beletten dat deze totstandkomen;

Overwegende dat verzoekers in hun verzoekschrift als voorwerp van hun vordering aanduiden «de beslissing van maandag 15 oktober 2001 houdende goedkeuring van een nota (...) door de raad van bestuur»; dat zij verduidelijken dat de Nota «formeel werd goedgekeurd (met tegenstem van

vijfde verzoeker» als onderdeel van de algemene strategie»; waarvoor de raad van bestuur van de verwerende partij bevoegd is luidens art. 12, § 1, 1^o, van de gecoördineerde mediadecreten; dat de VRT volgens verzoekers aldus «een algemene strategie heeft ingevoerd waarbij wordt gesteld dat het verantwoord is dat de openbare omroep (...) hen zou weren uit bepaalde politieke debatten en zelfs uit parlementaire verslagen»;

Overwegende dat art. 23, § 1, van de gecoördineerde mediadecreten de «gangbare» redactionele onafhankelijkheid waarborgt voor de programma's van de nieuwsdienst; dat de Nota, mocht zij de draagwijdte hebben die verzoekers eraan toemeten, zaak lijkt te zijn van de nieuwsredactie van de verwerende partij of, ten hoogste, van de gedelegeerd bestuurder in het raam van de hem krachtens art. 23, § 1, van de gecoördineerde mediadecreten opgedragen bevoegdheid om «de deontologische code en het redactiestatuut» vast te stellen, maar niet van de raad van bestuur; dat partijen niet betwisten dat de kwestieuze nota niet uitgaat van de raad van bestuur van de verwerende partij, noch door die raad van bestuur of in zijn opdracht is opgesteld; dat niets in de tekst ervan ook maar doet vermoeden dat het om een beslissing zou gaan van de gedelegeerd bestuurder in het bijzonder in het raam van het genoemde art. 23, § 1; dat de gedelegeerd bestuurder de Nota ook nooit als zijn werkstuk heeft voorgesteld aan de raad van bestuur; dat ook de verzoekers zich overigens ter terechtzitting afvragen wie de Nota heeft opgesteld;

Overwegende dat uit de – voorlopige – notulen van de vergadering van de raad van bestuur van 15 oktober 2001 alleszins geen «goedkeuring» van de raad van bestuur blijkt – laat staan met het oogmerk de Nota tot een richtlijn met dwingend karakter te verheffen – maar een loutere kennisgeving van en discussie over een «intern document» waarvan de voorzitter onderstreept dat de raad van bestuur niet bevoegd is; dat verzoekers in hun verzoekschrift opmerken dat, toen zij in de krant van het bestaan van de nota kennis kregen, «het op dat ogenblik duidelijk (was) dat het nog maar om een discussietekst ging»; dat zij voorts aangeven dat vijfde verzoeker er dan op «aangedrongen» heeft dat de tekst besproken zou worden in de raad van bestuur, dat zij zelf dan ook het bovenstaande geheel aannemelijk maken; dat zij wel ter terechtzitting opwerpen dat de notulen van 15 oktober 2001 nog niet zijn goedgekeurd en, zo laten zij verstaan, niet met de waarheid zouden stroken; dat zij dan toch niet de waarachtigheid afvallen van de notulen van de vergadering van 10 september 2001, blijkens genoemd «syntheseverlag» goedgekeurd op 15 oktober 2001, waarin de bevoegdheid van de raad van bestuur zowel door de gedelegeerd bestuurder als door de voorzitter wordt uitgesloten;

Overwegende dat, hoe dan ook, een akteneming door de raad van bestuur van de verwerende partij aan de kwestieuze nota geen andere juridische status geven kan die zij niet had toen verzoekers er uiterlijk op 10 september 2001 kennis van kregen; dat uit het bovenstaande moet worden besloten, zonder dat de Raad moet onderzoeken of de kwestieuze nota wel degelijk de inhoudelijke draagwijdte heeft die verzoekers eraan geven, dat de kennisneming *prima facie* geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling is; dat de exceptie in de huidige stand van het geding wordt aangenomen,

...
(Volgt: verwerping van de vordering tot schorsing).

NOOT – Nota «De V.R.T. en de democratische samenleving» geen voor vernietiging vatbare rechtshandeling?

1. Vijf kopstukken van het Vlaams Blok dienden bij de Raad van State een vordering in, bij uiterst dringende noodzakelijkheid, teneinde de schorsing van de tenuitvoerlegging te verkrijgen van «de beslissing van maandag 15 oktober 2001 houdende goedkeuring van een nota «de VRT en de democratische samenleving» door de Raad van Bestuur van de VRT, NV van publiekrecht».

Deze nota bestaat uit vier hoofdstukken. De eerste twee hoofdstukken zetten het institutioneel en wettelijk kader uiteen waarin bepaalde opdrachten van de VRT als openbare omroep worden gekaderd. Als opdrachten worden aangestipt de sociale binding en integratie van alle individuen in de maatschappij te stimuleren, het bijdragen tot een onafhankelijke, objectieve en pluralistische opinievorming en tot een democratische en verdraagzame samenleving. In het derde hoofdstuk wordt een restrictieve houding aangenomen met betrekking tot het verlenen van een forum aan extremistische partijen en groeperingen. Het vierde hoofdstuk van de nota heeft specifiek betrekking op het Vlaams Blok. De nota stelt onder meer dat «bijzonder omzichtig (moet) worden omgesprongen met het aan het woord laten van vertegenwoordigers van het Vlaams Blok, zeker in rechtstreekse uitzendingen. Dit betekent dat het verantwoord is dat vertegenwoordigers van het Vlaams Blok niet aan bod komen in bepaalde politieke debatten en politieke – inclusief parlementaire – verslagen».

2. Elk beroep bij de Raad van State, of het nu een vernietigingsberoep is, een gewoon schorsingsberoep of een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid, moet worden ingesteld tegen een uitvoerbare beslissing. Een uitvoerbare beslissing is een handeling waarbij wordt beoogd rechtsgevolgen in het leven te roepen of te beletten dat zij totstandkomen, m.a.w. waarbij wordt beoogd wijzigingen aan te brengen in een bestaande rechtsregel of rechtstoestand, dan wel zodanige wijzigingen te beletten. Het kan gaan zowel om een positieve als om een negatieve (weigerings-)beslissing (A. Vranckx, *Administratieve rechtshandelingen*, in *Adm. Lex*, Brugge, die Keure, 1961, p. 32, nr. 562; D. Van Heuven en F. Van Volsem, *Commentaar bij artikel 14 R.v.St.-wet*, in *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, p. 21, nr. 37).

3. Volgens de VRT waren er twee redenen om aan te nemen dat er *in casu* geen sprake was van een uitvoerbare beslissing:

– enerzijds is het enkel tot een *akteneming* gekomen van de nota in de schoot van de Raad van Bestuur van de VRT, en dus niet tot een formele *goedkeuring*;
– anderzijds is de nota een intern document zonder bindende kracht, dat geen afbreuk kan doen van de bij decreet, deontologische code en redactiestatuut vastgelegde redactionele onafhankelijkheid.

4. De Raad van State heeft de door de VRT opgeworpen exceptie, tenminste «in de huidige stand van het geding» – dit is in het raam van een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – aangenomen.

Daarbij herinnert de Raad van State eraan dat de verzoekende partijen strikt genomen enkel de schorsing van de tenuitvoerlegging vragen van de zagezegde goedkeuringsbeslissing van de Raad van Bestuur van de VRT, en dus niet van de nota als dusdanig.

De Raad van State stelt vast dat uit de – voorlopige – notulen van de vergadering van de Raad van Bestuur van de VRT alleszins geen goedkeuring blijkt, laat staan met het oogmerk de nota tot een richtlijn met dwingend karakter te verheffen, maar een loutere kennisgeving van en een discussie over een «intern document» waarvan de voorzitter onderstreept dat de Raad van Bestuur niet bevoegd is. Verzoekende partijen betwisten niet, aldus de Raad van State, dat kwestieuze nota niet uitgaat van de Raad van Bestuur van de VRT, noch door die Raad van Bestuur of in zijn opdracht is opgesteld. Overigens heeft de Raad van Bestuur van de VRT geen bevoegdheid om een dergelijke nota op te stellen, in zijn opdracht te laten opstellen of goed te keuren (art. 12 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, B.S. 30 mei 1995).

Zeker in (politiek) gevoelige aangelegenheden dient de verzoekende partij er uiterste zorg voor te dragen om de bestreden beslissing voldoende te omschrijven. In het tegenovergestelde geval dreigt zij immers het deksel op de neus te krijgen.

5. Inmiddels hebben verzoekende partijen vernietigingsberoep aangetekend. Misschien hebben zij rekening gehouden met de kritiek van de Raad van State en het voorwerp van hun beroep preciezer omschreven door thans de fameuze nota zelf aan te vechten.

De overweging in het geannoteerde arrest dat «hoe dan ook, een akteneming door de Raad van Bestuur van de verwerende partij aan de kwestieuze nota geen andere juridische status kan geven die zij niet had toen verzoekers er uiterlijk op 10 september 2001 kennis van kregen» doet veronderstellen dat een succes in deze zaak niet op voorhand gegarandeerd is. Enerzijds is er de verwijzing naar de datum van kennisneming van de nota, 10 september 2001, derwijze dat de ontvankelijkheid van het annulatieberoep *ratio temporis* precair wordt. Anderzijds is er een verwijzing naar de «juridische status» van de nota, hetgeen doet vermoeden dat de Raad van State betwijfelt of de nota als richtlijn met dwingend karakter dient te worden beschouwd en zodoende een aanvechtbare rechtshandeling is.

Wordt vervolgd.

Dirk Van Heuven
Advocaat bij de balie te Kortrijk

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8E KAMER – 24 NOVEMBER 1999

Voorzitter: de h. Van Houche

Raadsheren: de hh. Michiels en Vangenechten

Openbaar ministerie: de h. Vanden Eede

Advocaten: mrs. Van der Straten, Vervaeke, De Weerd loco Buissereet, Gevers, De Cooman loco Coens en Van Passel loco Geuens

1. Wetten, decreten en besluiten – Werking in de tijd – Verjaring – Strafzaken – Wet die de verjaringstermijn verlengt – Onmiddellijke werking – 2. Verjaring – Strafzaken – Stuiting – Proces-verbaal van opsporingsinspectie van administratie van douane en accijnzen – Verklaringen van en gegevens over beklaagden – Daad van onderzoek – Stuiting

1. Wetten, waardoor de verjaring wordt verlengd, kunnen onmiddellijk worden toegepast, voor zover de verjaring niet werd bereikt krachtens de vroegere wet.

2. Een (aanvullend) proces-verbaal van de opsporingsinspectie van de administratie der douane en accijnzen, bevattende verklaringen van en gegevens over beklaagden, betreft een daad van onderzoek die door een bevoegde persoon werd gesteld en die ertoe strekt gegevens te verzamelen om het dossier op gebruikelijke wijze samen te stellen en de zaak in staat van wijzen te brengen. Een dergelijk proces-verbaal heeft derhalve stuitende werking.

O.M. en Belgische Staat, Ministers van Financiën en Economische Zaken t/ D. e.a.

Op strafrechtelijk gebied

Overwegende dat de wetten waardoor de verjaring wordt verlengd onmiddellijk kunnen worden toegepast, voor zover de verjaring niet werd bereikt krachtens de vroegere wet;

Overwegende dat, in tegenstelling tot wat beklaagden beweren, het proces-verbaal van 12 februari 1992 wel degelijk stuitende werking heeft; dat het daad van onderzoek betreft die door een bevoegde persoon werden gesteld en die ertoe strekken gegevens te verzamelen om het dossier op gebruikelijke wijze samen te stellen en de zaak in staat van wijzen te brengen; dat, in tegenstelling tot wat beklaagden beweren, dit proces-verbaal niet alleen rectificaties bevat, maar ook verklaringen en gegevens respectievelijk van en over enkele beklaagden, ...; dat F. meer bepaald werd verhoord, omdat volgens de verbalisanten S. optrad als gevolmachtigde van de N.V. D., tewerkgesteld was als declarant bij de firma N.V. R. en daar N.V. D. inklaringsopdrachten aan R. gaf; dat de stuiting van de verjaring trouwens «in rem» werkt; ze geldt voor alle mededaders en medeplichtigen van hetzelfde misdrijf;

Overwegende dat in geval van een voortgezet misdrijf, de verjaring voor alle feiten begint te lopen vanaf het laatste feit, met deze correcties dat het laatste feit bewezen wordt verklaard en er tussen de verschillende feiten die de reeks samenstellen, niet een tijdsperiode verliep gelijk aan of langer dan de op het vorige feit toepasselijke verjaringstermijn;

...

Overwegende dat wat beklaagden R. en De R. betreft, de respectievelijk ten laste gelegde feiten, die zich, zo bewezen, situeren tussen 27 september 1988 en 21 april 1989, de uiting zijn van eenzelfde voortgezet misdadig opzet, zodat de verjaring van de strafvordering slechts begint te lopen vanaf de datum van het laatste feit, zijnde telkens 20 april 1989; dat de verjaring van de strafvordering niet was ingetreden op 31 december 1993, datum van inwerkingtreding overeenkomstig art. 26, § 3, van de programmawet van 24 december 1993 van de nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar, de verjaring rechtsgeldig gestuit, zijnde binnen de oude verjaringstermijn van drie jaar door het aanvullend proces-ver-

baal van de opsporingsinspectie van de administratie der douanen en accijnzen van 12 februari 1992, zodat de nieuwe verjaringstermijn van toepassing is en de verjaring van de strafvordering pas bereikt zou zijn op 21 april 1994;

dat binnen deze nieuwe termijn de strafvordering rechtsgeldig gestuit kon worden door het proces-verbaal van terechtzitting van 20 januari 1994, zodat de verjaring niet was bereikt op 16 december 1998, datum van inwerkingtreding overeenkomstig art. 4 van de wet van 11 december 1998;

dat overeenkomstig art. 3 van de wet van 11 december 1998 de verjaring werd geschorst op 3 december 1992, op welke datum de strafvordering werd ingeleid voor de eerste rechter, maar onmiddellijk opnieuw verderliep daar de behandeling van de zaak onbepaald werd uitgesteld;

dat de behandeling werd hervat op 16 februari 1993, maar onmiddellijk opnieuw onbepaald werd uitgesteld, om ten slotte hervat te worden op 7 juni 1993;

dat de verjaring van de strafvordering derhalve werd geschorst vanaf 7 juni 1993 tot en met 6 juni 1994, zodat de eerste termijn van vijf jaar pas verstreken was op 21 april 1995;

dat, binnen deze termijn, de verjaring van de strafvordering rechtsgeldig werd gestuit door het proces-verbaal van terechtzitting van de rechtbank van eerste aanleg van 23 februari 1995;

dat de verjaring van de strafvordering derhalve thans nog niet is bereikt;

...

Overwegende dat de respectievelijk ten laste gelegde feiten, die zich, zo bewezen, situeren tussen 16 juli 1987 en 15 maart 1989, wat beklaagde V. betreft, en tussen 15 februari 1988 en 15 maart 1989 wat beklaagden S. en F. betreft, de uiting zijn van eenzelfde voortgezet misdadig opzet, zodat de verjaring van de strafvordering slechts begint te lopen vanaf de datum van het laatste feit, zijnde telkens 14 maart 1989;

dat de verjaring van de strafvordering niet was ingetreden op 31 december 1993, datum van inwerkingtreding overeenkomstig art. 26, § 3, van de programmawet van 24 december 1993 van de nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar, de verjaring rechtsgeldig gestuit zijnde binnen de oude verjaringstermijn van drie jaar door het aanvullend proces-verbaal van de opsporingsinspectie van de administratie der douanen en accijnzen van 12 februari 1992, zodat de nieuwe verjaringstermijn van toepassing is en de verjaring van de strafvordering pas bereikt zou zijn op 15 maart 1994;

dat binnen deze nieuwe termijn de strafvordering rechtsgeldig gestuit kon worden door het proces-verbaal van terechtzitting van 20 januari 1994, zodat de verjaring niet was bereikt op 16 december 1998, datum van inwerkingtreding overeenkomstig art. 4 van de wet van 11 december 1998;

dat overeenkomstig art. 3 van de wet van 11 december 1998 de verjaring werd geschorst, zoals hierboven vermeld, zodat de eerste termijn van vijf jaar pas verstreken was op 15 maart 1995;

dat, binnen deze termijn, de verjaring van de strafvordering rechtsgeldig werd gestuit door het proces-verbaal van terechtzitting van de rechtbank van eerste aanleg van 27 april 1995;

dat de verjaring van de strafvordering derhalve thans nog niet is bereikt;

...

NOOT – *Over de toepassing van verjaringsregels in de tijd en over de stuitende werking van het proces-verbaal, opgesteld door de opsporingsinspectie van de administratie der douane en accijnzen*

1. Men kan bezwaarlijk beweren dat de regeling van de verjaring, traditioneel een van de oorzaken van het verval van de straf- en de burgerlijke vordering, de laatste tien jaar door de wetgever onaangeroerd werd gelaten. Zo werd bij art. 25 van de programmawet van 24 december 1993 (*B.S.* 31 december 1993) de verjaringstermijn voor wanbedrijven van drie jaar op vijf jaar gebracht (art. 21, eerste lid, Voorafgaande Titel Sv.). Tevens werd het begin van de verjaringstermijn voor bepaalde seksuele misdrijven, gepleegd jegens minderjarigen, gesteld op de dag, waarop het slachtoffer de leeftijd van achttien jaar bereikt (art. 21bis Voorafgaande Titel Sv., als ingevoegd bij art. 1 van de wet van 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie (*B.S.* 25 april 1995, *err.*, *B.S.* 17 juni 1995 en *err.*, *B.S.* 6 juli 1995) en als gewijzigd bij art. 35, 1^o, van de wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen (*B.S.* 17 maart 2001). Dit art. 35, namelijk 2^o ervan, voegt aan het genoemde art. 21bis een lid toe, waardoor, in geval van correctionalisering van een misdaad, zoals opgesomd in voormeld artikel, de verjaringstermijn van de strafvordering gelijk blijft aan die voor een misdaad). Voorts werden bij de wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring (*B.S.* 17 juli 1998) de regelingen inzake de burgerlijke rechtsvordering, volgend uit een misdrijf, en de burgerlijke rechtsvordering, volgend uit een onrechtmatige daad, op elkaar afgestemd (art. 27 Voorafgaande Titel Sv.). Ten slotte herschikte de zogenaamde Securitas-wet van 11 december 1998 (wet van 11 december 1998 tot wijziging, wat de verjaring van de strafvordering betreft, van de voorafgaande titel van het wetboek van strafvordering, *B.S.* 16 december 1998) fundamenteel de regeling van de schorsing van de verjaring van de strafvordering, zoals vastgelegd in art. 24 van de Voorafgaande Titel Sv. (zie voor een uitgebreide commentaar ter zake: J. Meese, «De verjaring van de strafvordering na de «Securitaswet» van 11 december 1998», *T. Strafr.* 2000, 2-11. Zie ook: R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 118-123).

2. Hoewel deze wetswijzigingen enerzijds ongetwijfeld remedies aanreiken – of trachten aan te reiken – voor bepaalde maatschappelijke behoeften, bezorgen zij anderzijds de rechterlijke macht tal van kopbreksels. Met name zetten de elkaar in een snel tempo opvolgende wetswijzigingen de rechters ertoe aan om – meer nog dan vroeger – nauwgezet het voorliggende strafdossier uit te pluizen teneinde na te gaan welke de toepasselijke verjaringsregels zijn, om op grond daarvan te bepalen of op de datum van de uitspraak de feiten al dan niet verjaard zijn. Hierbij dient de rechter zich te laten leiden door de principes van overgangsrecht voor verjaringstermijnen, zoals ontwikkeld door het Hof van Cassatie in vaststaande rechtspraak. Deze principes luiden dat een wet die de verjaringstermijn verlengt, onmiddellijk van toepassing is op strafvorderingen die nog niet verjaard zijn op het ogenblik van de inwerkingtreding, maar dat de verworven verjaringen ook daadwerkelijk verworven blijven (Cass. 20 september 1995, *R. Cass.* 1996, 181-184,

met noot E. Van Muylen, «Toepassing in de tijd van nieuwe wet in verband met de verjaringstermijnen van de strafvordering»; Cass. 5 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 247; Cass. 12 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1039. Zie ook: Cass. 7 mei 1953, *Arr. Verbr.* 1953, 607; Cass. 26 oktober 1994, *A.J.T.* 1995-96, 107-108, met noot; Corr. Brussel 29 maart 1994, *J.L.M.B.* 1995, 224-227, met noot L. Bihain, «Modification du délai de prescription de l'action publique»).

Deze uitgangspunten worden bevestigd door het Arbitragehof in zijn arrest nr. 46/96 van 12 juli 1996 (*B.S.* 14 augustus 1996), waarin het Hof geen graten ziet in het onmiddellijk van toepassing worden van de hierboven vermelde programmawet van 24 december 1993 die de verjaringstermijn van strafvorderingen verlengt «op de strafvorderingen die niet verjaard zijn op het ogenblik waarop zij (de betrokken wetgeving) in werking treedt (...), zelfs indien, vóór dat ogenblik, het misdrijf is begaan en de verjaring gestuit». Het Arbitragehof voegt er in hetzelfde arrest aan toe dat «indien de verjaring bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet niet is bereikt, (...) elke handeling die de verjaring vóór of na die inwerkingtreding stuit, minder dan vijf jaar na het misdrijf, een termijn van vijf jaar (doet) lopen». In het licht van deze rechtspraak stelt Popelier dat als uitgangspunt voor de berekening van de verjaringstermijn in principe de handeling geldt die de termijn doet lopen (de als misdrijf omschreven feiten) of die een gestuite termijn opnieuw doet lopen (P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd in A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 89).

Noch door de rechtspraak van het Arbitragehof, waarin de link wordt gelegd met de stuiting, noch door Popelier wordt echter de knoop doorgehakt inzake de vraag welke verjaringstermijn nu van toepassing is, indien de wet die de verjaringstermijn wijzigt, in werking treedt niet tijdens de oorspronkelijke termijn van verjaring, maar – zoals in de hier geannoteerde casus – wel in de ingevolge stuitingsdaden verlengde termijn. Wij sluiten ons terzake aan bij Verstraeten en Van Muylen, die stellen dat in een dergelijk geval ook de oorspronkelijke termijn wordt gewijzigd (E. Van Muylen, *l.c.*, 183; R. Verstraeten, «De gelding van de verjaringswet in de tijd» (noot onder Gent 22 november 1994), *A.J.T.* 1995-96, (20), 21; *contra*: L. Bihain, *l.c.*, 228-233). Hun stellingname vindt trouwens steun in ondertussen gevestigde cassatierechtspraak (Cass. 25 november 1981, aangehaald in E. Van Muylen, *l.c.*, 183; Cass. 20 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 391; Cass. 5 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 64; Cass. 5 februari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 166; Cass. 1 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 379; Cass. 12 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 468 en *Rev. dr. pén.* 1998, 586; zie ook: Bergen 16 juni 1995, *Rev. dr. pén.* 1996, 220).

Aan te stippen valt dat de hiervoor vermelde rechtspraak van het Arbitragehof duidelijk impliceert dat de verjaring van de strafvordering geen deel uitmaakt van het materiële strafrecht (zie ook: P. Popelier, *o.c.*, 69 en 89; zie ook vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie, waarin wordt geoordeeld dat voor het bepalen van onder meer de strafprocedure dezelfde overgangsregels gelden als voor de burgerlijke rechtspleging, vervat in art. 3 Ger.W. (Cass. 24 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 477; Cass. 16 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 206 en *Rev. dr. pén.* 1986, 410-414, met noot Leclercq)). Voor het materiële strafrecht gelden namelijk andere overgangsregels, die met name vastliggen in

art. 2 Sw. en die er *grosso modo* op neerkomen dat voor de verdachte de meest gunstige wet toegepast moet worden (zie hierover onder meer: L. Dupont, *Beginselen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 2000, 52-61; P. Popelier, *o.c.*, 56-72). Indien de verjaring zou vallen onder de overgangsprincipes van het materiële strafrecht – *quod non* volgens de hierboven vermelde rechtspraak van het Arbitragehof (hierin bijgevalen door het Hof van Cassatie, dat in een arrest van 15 april 1996 oordeelde dat de verjaring van de strafvordering niet de grond van het recht raakt, zodat onder meer een verlenging van de verjaringstermijn niet gelijk te stellen is met een strafverzwaring en zodat art. 7 van het E.V.R.M. en art. 15 van het B.U.P.O. niet van toepassing zijn (*Arr. Cass.* 1996, 247)) – , zou dit betekenen dat de wet die de kortste verjaringstermijn bepaalt, steeds van toepassing zou moeten zijn.

4. De hier geannoteerde uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen is te situeren tegen de achtergrond van de hiervoor vermelde, door het Arbitragehof en het Hof van Cassatie ontwikkelde overgangsregels inzake de verjaring van de strafvordering. De ten laste gelegde feiten, allemaal betrekking hebbend op schendingen van de algemene wet inzake douane en accijnzen (ingevoerd bij K.B. van 18 juli 1977, *B.S.* 21 september 1977), dateren namelijk van de periode tussen 7 juli 1987 en 20 april 1989, terwijl het voorliggende arrest van het Antwerpse Hof op 24 november 1999 werd gewezen. De periode tussen de feiten en het arrest overspant met andere woorden de hierboven aangegeven wetswijzigingen inzake de verjaringsregeling van de strafvordering. *In casu* zijn twee wijzigingen van belang, namelijk die vervat in de wet van 24 december 1993, waardoor de verjaringstermijn voor wanbedrijven (de voorliggende tenlasteleggingen betreffende alle wanbedrijven) op vijf jaar werd gebracht, en de wijziging in de schorsingsregeling, vastgelegd in de hierboven vermelde Securitas-wet. Het Antwerpse Hof van beroep kwam in zijn arrest van 24 november 1999 – na toepassing van de hoger vermelde overgangsregels inzake verjaring van de strafvordering – tot heel andere besluiten dan de Antwerpse correctionele rechtbank in het bestreden vonnis van 27 juni 1996. Terwijl de Antwerpse Correctionele Rechtbank besloot dat het gros van de tenlasteleggingen verjaard was (enkel de tenlasteleggingen jegens één beklaagde zijn niet verjaard), oordeelden de Antwerpse appèlrechtbanken net omgekeerd (enkel de tenlasteleggingen jegens een drietal beklaagden zijn verjaard).

5. Het komt ons voor dat het Antwerpse Hof van Beroep een correcte toepassing maakte van de overgangsregels inzake verjaring van de strafvordering die overigens niet verschillend zijn voor wat douanemisdrijven betreft. De correctheid van de redenering van het Hof staat in rechtstreeks verband met het feit dat het oog van het Hof viel op een aanvullend proces-verbaal van 12 februari 1992 van de opsporingsinspectie van de administratie der douane en accijnzen, dat waarschijnlijk aan de aandacht van de Antwerpse correctionele rechtbank ontglipte. Luidens het Hof heeft dit proces-verbaal, dat de neerslag bevat van verhoren van bepaalde beklaagden, stuitende kracht.

6. Terecht besloot het Antwerpse Hof tot de stuitende werking van het voornoemde proces-verbaal van 12 februari 1992. Het stuiten van de verjaring in de strafrechtspleging betekent dat een daad wordt gesteld waaruit blijkt dat men

het onderzoek of de vervolging niet uit het oog verliest (R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 87), wat tot gevolg heeft dat de verjaringsstermijn wordt hernieuwd, zodat de wettelijke verjaringsstermijn begint te lopen vanaf de dag waarop de verjaring werd gestuit (*Cass.* 20 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 391). Luidens art. 22 van de Voorafgaande Titel Sv. wordt de verjaring slechts gestuit door daden van onderzoek of van vervolging, gesteld binnen de in art. 21 van voormelde titel bepaalde termijn, met andere woorden binnen de wettelijke termijn die normaal begint te lopen op de dag waarop het misdrijf werd gepleegd (R. Declercq, *o.c.*, 87-88). *In casu* is het begrip «daden van onderzoek» van belang, niet dat van «daden van vervolging», dat verwijst naar daden van een bevoegd persoon, waardoor de strafvordering wordt ingesteld of verder uitgeoefend (R. Verstraeten, *o.c.*, 113).

7. Met daden van onderzoek wordt – volgens vaststaande cassatierechtspraak – verwezen naar alle daden die door een bevoegde persoon worden gesteld en die ertoe strekken gegevens te verzamelen om het dossier op de gebruikelijk wijze samen te stellen en de zaak in staat van wijzen te brengen (zie onder meer recentelijk: *Cass.* 17 december 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, nr. 265; *Cass.* 7 februari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 349; *Cass.* 5 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 111; *Cass.* 23 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1309). Aan te stippen valt dat men met het begrip «een bevoegde persoon» thans doelt op een persoon die de nodige hoedanigheid bezit om in de strafrechtspleging op te treden en om de noodzakelijke gegevens nopens de zaak te verzamelen, hetzij in het raam van een opsporings- of van een gerechtelijk onderzoek, hetzij in het stadium van het vonnisgerecht (R. Declercq, *o.c.*, 90-91). De tijd dat met het voormelde begrip vrijwel exclusief naar de onderzoeksrechter werd verwezen, ligt derhalve achter ons. Het Antwerpse Hof oordeelde correct dat het hierboven vermelde proces-verbaal van 12 februari 1992 van de opsporingsinspectie van de administratie der douane en accijnzen, houdende de neerslag van verhoren van bepaalde verdachten, een daad van onderzoek is die de verjaring stuit. Immers, wanneer we terugkoppelen naar de hiervoor terzake weergegeven definities, blijkt het volgende.

Allereerst is het zo dat art. 267 tot en met 285 van de algemene wet inzake douane en accijnzen de administratie der douane en accijnzen aanstellen als de overheid, belast met het onderzoek en met de vervolging inzake douanemisdrijven. Deze artikelen werden recentelijk door het Arbitragehof meermaals expliciet als niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel en derhalve als niet-ongrondwettig bevonden, ook niet in zoverre deze handelen over de verbaliseringsbevoegdheid van de ambtenaren der administratie (Arbitragehof nr. 40/2000, 6 april 2000, *B.S.* 11 mei 2000, p. 14972, *Fiskoloog* 2000 (weergave I. Van Tongerloo), afl. 752, 7, *Fisc. Act.* 2000 (weergave F. Desterbeck), afl. 15, 1, *Act. fisc.* 2000 (weergave E. Gilson), afl. 17, 3, *T.F.R.* 2000, 743, met noot D. Bogaerts, *R.W.* 2000-2001, 472; Arbitragehof nr. 73/2000, 14 juni 2000, *B.S.* 12 augustus 2000, p. 27696; Arbitragehof nr. 83/2000, 21 juni 2000, *B.S.* 24 augustus 2000, p. 28876, Arbitragehof nr. 95/2000, 13 juli 2000, *B.S.* 6 september 2000, p. 30514); Uit de omstandigheid dat in douanezaken een afwijkende regeling van de strafvordering en van de strafrechtspleging geldt, kan der-

halve geen argument worden gepuurd om te stellen dat de ambtenaren der douane en accijnzen geen bevoegde personen zouden zijn, in de zin als hiervoor bedoeld. Wanneer we bij het voorgaande ook nog overwegen dat de overige artikelen van de algemene wet inzake douane en accijnzen de betrokken ambtenaren de bevoegdheid tot het stellen van tal van onderzoeksmaatregelen terzake verlenen, luidt de conclusie des te klemmender dat de opsporingsinspectie van de vermelde administratie die het betrokken proces-verbaal van 12 februari 1992 opstelde, inzake douanemisdrijven alleszins een «bevoegd persoon» is, in de zin als hierboven bedoeld.

Voorts betrof het proces-verbaal van 12 februari 1992 de verhoren van een aantal beklaagden. Luc Huybrechts omschrijft het verhoor in het raam van een strafonderzoek als de ondervraging door een persoon die bevoegd is om een proces-verbaal op te stellen, van een aangever, klager, getuige of verdachte, enz., betreffende een misdrijf en zijn dader met het oog op het achterhalen van de waarheid en ten einde als bewijs in rechte gebruikt te worden (L. Huybrechts, «Juridische beschouwingen betreffende het politieverhoor», *Custodes 2000*, afl. 1, (13), 19. Zie in soortgelijke zin: M. Bockstaele, «Processen-verbaal en verhoren in de wet Franchimont», *Panopticon 1999*, (340), 354). Het moge duidelijk zijn dat het verhoor, zoals hiervoor omschreven, te bestempelen valt als een daad van onderzoek in de zin van art. 22 van de Voorafgaande Titel Sv., aangezien ermee wordt beoogd het strafdossier in staat van gereedheid te brengen. Het Hof van Cassatie deelt overigens deze mening (zie bijvoorbeeld: Cass. 9 juni 1969, *Pas.* 1969, I, 911; Cass. 27 november 1979, *Pas.* 1980, I, 393; Cass. 30 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1217). Tevens zijn in douanezaken bepaalde douanebeambten inderdaad bevoegd tot het opstellen van processen-verbaal (die wel aan specifieke regelen zijn onderworpen: zie art. 267-272 van de algemene wet inzake douane en accijnzen en L. Huybrechts, *l.c.*, 21-22), derhalve – cf. de definitie van Huybrechts – tot verhoren.

8. Het Antwerpse Hof van Beroep zag – gelet op het bovenstaande – terecht in dat het proces-verbaal van 12 februari 1992, dat de neerslag bevatte van verklaringen en gegevens, opgetekend ter gelegenheid van een verhoor, en dat in een douane-aangelegenheid werd opgesteld door de terzake bevoegde opsporingsadministratie der douane en accijnzen, een onderzoeksdaad uitmaakte in de zin van art. 22 van de Voorafgaande Titel Sv. Het Hof besloot dan ook volkomen terecht tot het stuitende karakter ervan. Zoals het Hof het expliciet aangeeft, werkt die stuiting van de verjaring *in rem* en geldt ze derhalve jegens alle mededaders en medeplichtigen van hetzelfde misdrijf, al waren zij in feite vreemd aan de daad van onderzoek of van vervolging en werden ze pas later en zelfs afzonderlijk vervolgd (art. 22, tweede lid, Voorafgaande Titel Sv.; Cass. 5 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 111; Cass. 15 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, nr. 187; R. Declercq, *o.c.*, 98-99). Tevens – maar dan impliciet – wijst het Hof op het feit dat de stuiting zich uitstrekt over samenhangende feiten (zie hierover: R. Declercq, *o.c.*, 99-100; C. Van Den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 600). De stuitende werking van het vernoemde proces-verbaal van 12 februari 1992, maakte dat de door eenheid van opzet verbonden feiten, respectievelijk te situeren tussen

enerzijds 27 september 1988 en 21 april 1989 en anderzijds tussen 16 juli 1987 en 15 maart 1989, niet verjaarden conform de driejarige verjaringstermijn voor wanbedrijven, zoals die vóór de programmawet van 24 december 1993 gold. Voordat namelijk die periode van drie jaar verstreek sedert het laatste feit van de vermelde periodes, kwam het proces-verbaal van 12 februari 1992 tussen, dat door zijn stuitende werking een nieuwe termijn van drie jaar deed lopen, waarbinnen art. 25 van de programmawet van 24 december 1993 in werking trad, waardoor de verjaringstermijn voor wanbedrijven werd verhoogd tot vijf jaar. Zoals we hierboven aangaven, betekent dit dat ook de «oorspronkelijke» verjaringstermijn, waarbinnen werd gestuit, op vijf jaar wordt gebracht. De litigieuze feiten zouden derhalve pas verstrijken na een «oorspronkelijke» verjaringstermijn van vijf jaar, derhalve op 21 april 1994 respectievelijk op 15 maart 1994. Aangezien er zich evenwel op 20 januari 1994 een nieuwe stuitingsdaad – de laatst nuttige stuitingsdaad binnen de «oorspronkelijke» verjaringstermijn van vijf jaar – voordeed in de vorm van een proces-verbaal van terechtzitting, begon, conform de hierboven vermelde principes van overgangsrecht inzake verjaring, een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar. De feiten zouden derhalve verjaren in 1999. Ondertussen trad op 16 december 1998 evenwel de hierboven genoemde Securitas-wet in werking. De toepassing hiervan, meer bepaald van de erin vervatte nieuwe regeling van de schorsing van de verjaring, leidde ertoe dat de eerste «oorspronkelijke» verjaringstermijn van vijf jaar telkens werd verlengd, waardoor de laatst nuttige stuitingsdaad uiteindelijk een proces-verbaal van terechtzitting van respectievelijk 23 februari 1995 en 27 april 1995 werd. Dit alles maakte dat op de datum van het arrest van het Antwerpse Hof de verjaring inzake de feiten, slaande op de genoemde periodes, niet was bereikt.

9. De vraag rijst ten slotte of het resultaat van de denkoefening van het Antwerpse Hof anders zou zijn, indien het proces-verbaal van 12 februari 1992 niet zou slaan op een verhoor alszodanig, maar enkel – zoals werd betoogd door de beklaagden – rectificaties zou bevatten. Met rectificaties wordt volgens *Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse taal* bedoeld: «Rechtzetting, verbetering, correctie (van een fout)». Hoewel de voorhanden zijnde rechtspraak terzake geen expliciet uitsluitel biedt, komt het ons voor dat ook een proces-verbaal dat enkel correcties bevat, een daad van onderzoek uitmaakt in de zin van art. 22 van de Voorafgaande Titel Sv., uiteraard voor zover het proces-verbaal wordt opgesteld door een bevoegde persoon. Immers, opdat een dossier in staat van wijzen gebracht zou kunnen worden, is het uiteraard van groot belang dat de identiteit van de partijen correct is, dat de verklaringen juist genoteerd zijn, dat de datum van de feiten klopt, enzovoort. Onze conclusie dat ook een proces-verbaal van rectificatie een daad van onderzoek uitmaakt, wordt voorts mee ingegeven door de omstandigheid dat de rectificaties even zovele emanaties zijn van het gegeven dat men het onderzoek of de vervolging niet uit het oog verliest, en dit gegeven maakt volgens Declercq net de essentie uit van het stuiten van de verjaring (cf. *supra*). Overigens kan – om het hiervoor ingenomen standpunt kracht bij te zetten – terzake enig parallellisme worden ontwaard met de rechtspraak die stelt dat het opstellen door een bevoegde politieambtenaar van

een door het parket gevraagde inlichtingenbulletin of het toesturen ervan een daad van onderzoek is (Cass. 4 december 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 415; Cass. 19 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, nr. 321). Ook het nazicht door een politiecommissaris, op verzoek van het parket, van een inlichtingenbulletin, wordt als een daad van onderzoek aangemerkt (Cass. 17 december 1985, *R.W.* 1986-87, met noot A. Vandeplass; Cass. 8 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 524; Cass. 14 november 1995, *T.G.R.* 1996, 27).

Men zou bij deze stellingname kunnen opperen dat ze de weg openzet naar mogelijke misbruiken door de opsporende en vervolgende instanties. De omstandigheid dat een proces-verbaal houdende rectificaties stuitend zou werken, zou kunnen betekenen dat men bewust een aantal incorrecties zou invoegen in het dossier om die vlak voor de verjaring recht te zetten in een proces-verbaal dat dan stuitend zou werken en de verjaringstermijn opnieuw zou doen lopen. Dit zou echter een al te perverse redenering inhouden, die ons inziens getuigt van een al te verregaande paranoia jegens de strafvorderlijke overheden en die steunt op de idee dat politie, parket en onderzoeksrechter een spel spelen met de verjaring. Indien zij dit al zouden betrachten, wordt hen overigens hiertoe al de mogelijkheid geboden door de vaste rechtspraak die stelt dat kantschriften, uitgaande van de bevoegde instanties, een daad van onderzoek uitmaken en stuitend werken (zie bijvoorbeeld: Cass. 19 december 1972, *Arr. Cass.* 1973, 409; Cass. 4 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 385; H. Bosly en D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Brugge, La Charte, 2001, 170-171; R. Declercq, *o.c.*, 92), en aangezien ook dergelijke kantschriften de dag voor de verjaring verstuurd kunnen worden ...

Franky Goossens en Silvia Van Dyck
Assistenten Instituut voor Strafrecht K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 18 DECEMBER 2000

Voorzitter: de h. Hulpiau

Raadsheren: de hh. Lemmens en Buyle

Advocaten: mrs. de Cuyper en Lodefier loco Verstraete

Vennootschap – Oprichting – Aansprakelijkheid van oprichters wegens kennelijk ontoereikend kapitaal – Faillissement – Sluiting – Individueel schuldeiser – Ontvankelijkheid

De door art. 229, eerste lid, 5°, W. Venn. bepaalde aansprakelijkheidsvordering wegens kennelijk ontoereikend kapitaal kan tegen de oprichter(s) enkel door de curator worden ingesteld. Bijgevolg is de na sluiting van het faillissement door een beweerd individueel schuldeiser op grond van die bepaling ingestelde vordering onontvankelijk bij gebreke aan de daartoe vereiste hoedanigheid.

H. e.a. t/ NV B., A.-M.

Uit hoofde van de schade die geïntimeerde beweerde te lijden ingevolge de niet-naleving door de BVBA H. van haar

verbintenissen die voortvloeiden uit twee met haar op 15 september 1987 gesloten overeenkomsten (een investeringskrediet ad 295.500 fr. en bruikleen van cafématerialen ter waarde van 160.859 fr.) vorderde geïntimeerde bij gedinginleidende dagvaarding (anno 1990) van appellanten, oprichters (op 30 september 1987) van deze op 11 maart 1988 failliet verklaarde vennootschap, waarvan het faillissement wegens ontoereikend actief gesloten werd op 6 oktober 1988, betaling van een schadevergoeding ad 387.905 fr., vermeerderd met rente.

Geïntimeerde baseerde deze vordering op art. 123, 7°, Venn. W. (de oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal) en art. 1382 e.v. B.W.

In een vonnis van 12 mei 1997 oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen dat na sluiting van een faillissement «... de schuldeisers hun individuele rechten hernemen en dus ook de aansprakelijkheidsvordering op basis van art. 123, 7° Venn. W. kunnen instellen» en beval, alvorens verder te oordelen, «... dat door notaris W., met standplaats te Kapellen, een voor gelijkvormig afschrift van het financieel plan, gevoegd bij de oprichtingsakte van BVBA H., verleden op 30 september 1987, zal worden gevoegd bij het dossier van de rechtspleging en dit op verzoek van de meest gerede partij».

Bij brief van 21 mei 1997 legde notaris W. dit financieel plan ter griffie van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen neer.

In het eindvonnis van 28 juni 1999 oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen dat het financieel plan «waardeloos» was en het maatschappelijk kapitaal kennelijk ontoereikend was voor de normale uitoefening van de voorgenomen bedrijvigheid gedurende minstens twee jaar, zodat «de voorwaarden voor toepassing van art. 123, 7° Venn. W. wel degelijk vervuld zijn».

Voorts oordeelde de eerste rechter dat voormeld artikel aan de rechter een «matigheidsbevoegdheid» geeft, en op grond van de uiteengezette argumenten besloot de eerste rechter dat enkel voor het investeringskrediet een schadevergoeding van *ex aequo et bono* van 75.000 fr. kon worden toegekend, waarna appellanten solidair werden veroordeeld tot betaling van 75.000 fr., te vermeerderen met gerechtelijke rente en de gedingkosten (uitgezonderd de kosten van de dagvaarding van 22 mei 1990, die eenzelfde vordering, maar dan gebaseerd op art. 13bis Venn. W. inleidde).

Appellanten, die bij verzoekschrift van 12 augustus 1999 hoger beroep instelden tegen de vonnissen van 12 mei 1997 en 28 juni 1999, besluiten zoals in eerste aanleg tot de onontvankelijkheid of de ongegrondheid van de vordering.

Geïntimeerde besluit tot de ongegrondheid van het hoger beroep en vordert bij incidenteel beroep de reeds in eerste aanleg gevorderde schadevergoeding ad 387.905 fr., vermeerderd met wettelijke rente vanaf de aanmaning van 3 april 1990 en met alle gedingkosten.

De aan de vordering ten grondslag liggende feiten werden behoorlijk uiteengezet in de bestreden vonnissen en het hof verwijst daarnaar.

De door art. 123, 7°, Venn. W. bepaalde vordering wegens kennelijk ontoereikend kapitaal kan tegen de oprichter(s) enkel worden ingesteld door de curator. Immers, de beslissing inzake de oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal is een beslissing inzake faillissement,

namelijk een vordering die buiten het faillissement niet kan ontstaan en waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat het faillissement beheerst (cf. Cass., 7 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 948), zodat de vordering daartoe noodzakelijk moet worden ingesteld in het raam van de faillissementsprocedure.

De rechter die van zo'n vordering kennisneemt, moet bovendien volgens de bewoordingen van art. 123, 7°, Venn. W. vaststellen voor welk gedeelte van het passief (en dus niet voor welke individuele schuldvordering, zoals *in casu* de vordering van geïntimeerde) van de failliet verklaarde vennootschap de oprichters aansprakelijk zijn: een dergelijke beslissing kan enkel worden genomen op vordering van iemand die, zoals de curator, kan optreden namens de gezamenlijke schuldeisers.

De opbrengst van zulke met toepassing van art. 123, 7°, Venn. W. ingestelde vordering kan dan ook enkel toekomen aan alle schuldeisers van de gefailleerde vennootschap en niet aan één schuldeiser (zoals geïntimeerde, die overigens zelfs geen aangifte van schuldvordering in het faillissement van de BVBA H. deed).

Ten slotte wijst ook de tekst van art. 29ter, laatste lid, Venn. W. («In de gevallen bedoeld in art. 35, 6° – voor de BVBA art. 123, 7° – wordt het (door de notaris bewaard financieel plan, dat niet openbaar gemaakt wordt met de oprichtingsakte) door de notaris op verzoek van de rechter-commissaris of van de procureur des Konings aan de rechtbank overgelegd) erop dat voormelde vordering in het raam van de afhandeling van het faillissement (waaraan de procureur des Konings en de rechter-commissaris deelnemen) dient te worden ingesteld.

Om deze redenen is de door geïntimeerde, wiens hoedanigheid van individuele schuldeiser van de failliete BVBA H. vóór deze procedure zelfs nog niet vaststond, als beweerd individuele schuldeiser van de failliete BVBA H. en na de sluiting van dit faillissement op basis van art. 123, 7°, Venn. W. ingestelde vordering dan ook bij gebreke aan de daartoe vereiste hoedanigheid onontvankelijk.

Subsidiair heeft geïntimeerde haar vordering ook gebaseerd op art. 1382 B.W. en daarbij beklemdoend dat «... beide gevorderde schadevergoedingen van contractuele aard zijn en derhalve niet vatbaar voor enige matiging».

Allereerst gaat geïntimeerde er daarbij kennelijk zelf aan voorbij dat zij enkel met de failliete BVBA H. twee contracten heeft gesloten op grond waarvan zij van deze vennootschap contractuele schadevergoeding kon vorderen (hetgeen zij nooit gedaan heeft), maar zulke «schadevergoedingen van contractuele aard» kunnen niet van appellanten, die immers met geïntimeerde geen contract sloten, gevorderd worden.

Geïntimeerde toont bovendien op geen enkele wijze aan – zij stelt enkel dat zij haar vordering kan stellen «op basis van 1382-1383 B.W.» – dat de beweerd «kennelijke onderkapitalisatie van BVBA H.» in de persoon van appellanten een onrechtmatige daad zou zijn, en bewijst ook niet – zij stelt zulks zelfs niet – dat zij door zo'n fout nog andere dan louter contractuele schade zou hebben geleden, daar met toepassing van art. 1382 B.W. enkel de vergoeding van zo'n schade kan worden gevorderd.

Om deze redenen wordt de op basis van art. 1382 e.v. B.W. ingestelde vordering ongegrond bevonden.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE DENDERMONDE

3e KAMER – 16 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Baudewijn

Rechters in handelszaken: de hh. De Cuyper en Goffaerts

Advocaten: mrs. Baro en D'Haeseleir loco Muylaert

Overeenkomst – Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk – Professionele autoverkoper – Verkoop van auto waarop een vervreemdingsverbod rust ingevolge een financieringsovereenkomst – Controle op de beschikkingsmacht van de verkoper over de hem te koop aangeboden auto

Professionele autoverkopers hebben de zorgvuldigheidsplicht te onderzoeken of de verkoper wel vrij kan beschikken over de te koop aangeboden auto. Als professionelen dienen zij te weten dat de boorddocumenten geen afdoende uitsluitsel kunnen geven over de beschikkingsmacht van degene op wiens naam het voertuig staat ingeschreven, en dat de afgifte van de aankoopfactuur terzake veel meer informatie zal verschaffen.

Te dezen is een professionele autoverkoper tekortgeschoten aan voormelde zorgvuldigheidsplicht door zich te vergenoegen met een eenvoudige verklaring van de verkoper dat op de wagen geen vervreemdingsverbod rustte.

NV G.-N. t/ NV G.P.U.

Eiseres vordert bij hoofdeis de veroordeling van verweerster tot de betaling van 300.000 fr., vermeerderd met vergoedende rente vanaf 6 september 1994 en met de gerechtelijke rente. Zij vordert tevens de veroordeling van verweerster tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, en de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis, niettegenstaande elk rechtsmiddel, zonder borgstelling en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement.

Bij tegeneis vordert eiseres op tegeneis dat voor zover de hoofdeis gegrond zou worden verklaard, zij gesubrogeerd zou worden in de rechten van verweerster op tegeneis ten belope van de bedragen in hoofdsom, intresten en kosten, die zij zou moeten betalen.

...

De betwisting betreft een klassiek geval van verkoop van een wagen waarvoor een vervreemdingsverbod geldt ingevolge financiering (cf. art. 11 van de algemene voorwaarden van de verkoop op afbetaling).

Verweerster is een professioneel autoverkoper, die zelf herhaaldelijk voertuigen verkoopt waarvoor leasingovereenkomsten of financieringsovereenkomsten worden gesloten, en derhalve wel degelijk kennis moet hebben van mogelijke bedrieglijke praktijken die, zoals uit de praktijk blijkt, herhaaldelijk voorkomen in verband met de verkoop van geleasde of gefinancierde voertuigen.

Het is daarom dat professionele autoverkopers de zorgvuldigheidsplicht hebben te onderzoeken of de verkopers wel vrij kunnen beschikken over de wagen.

Zij weet als professioneel ook dat de boorddocumenten geen afdoende uitsluitsel kunnen geven i.v.m. het beschikkingsrecht van degene op wiens naam het voertuig staat ingeschreven, en dat de afgifte van de aankoopfactuur ter-

zake veel meer informatie zal verlenen, zoals ook hier nogmaals blijkt (cf. de oorspronkelijke verkoopfactuur waarop de financiering expliciet vermeld staat).

Verweerster diende derhalve uiterst op haar hoede te zijn wanneer die aankoopfactuur niet werd voorgelegd, ook al waren de verkopers geen handelaars. Het is immers bijzonder vreemd dat iemand zijn wagen reeds verkoopt na amper een jaar terwijl deze wagen niet voor beroepsdoeleinden wordt gebruikt. Op dat ogenblik moet verweerster zeer achterdochtig worden.

Het is derhalve niet voldoende dat verweerster die, het zij nogmaals herhaald, als professioneel vertrouwd is met financieringsovereenkomsten, zich vergenoegt met een simpele verklaring van de verkopers dat de wagen niet belast is.

Zelfs wanneer de factuur niet meer voorgelegd kan worden, volstond het contact op te nemen met de garagist die de wagen nieuw verkocht heeft. Men kan toch moeilijk aannemen dat de eigenaar van de wagen niet meer zou weten waar hij zijn wagen heeft gekocht, zeker wanneer deze maar een jaar oud is. Dit is blijkbaar niet gebeurd.

Volgens een overvloedige rechtspraak, waarbij deze rechtbank zich aansluit (onder meer: Antwerpen, 19 oktober 1988, *T.P.R.*, 1989, nr. 6 met noot van Y. Merchiers, en nogmaals bevestigd in een commentaar van zelfde Y. Merchiers in *Consumentenrecht*, 1989, 2), heeft verweerster door de onvoldoende controle van het beschikkingsrecht een fout begaan waarvoor zij aansprakelijk is met toepassing van art. 1382 B.W.

De afwezigheid van opzet van verweerster, waaraan de rechtbank niet twijfelt, doet niet de minste afbreuk aan de aansprakelijkheid van verweerster.

Betreffende de schade die eiseres claimt, dient te worden vastgesteld dat deze zich niet zou hebben voorgedaan zonder de wederrechtelijke aankoop van de wagen door verweerster. Het is immers door deze verkoop dat eiseres haar voorrechten niet meer kan uitoefenen op de wagen. Het oorzakelijk verband tussen fout en schade staat daardoor vast.

Anderzijds beperkt de schade zich tot het bedrag dat eiseres had kunnen recupereren door de verkoop van het gebruikte voertuig, zo dit in handen van de gebruiker was gebleven, en niet tot alle contractuele verplichtingen van de kredietnemer (in dezelfde zin: zie zelfde geciteerde rechtspraak en commentaar, cf. *supra*). In *casu* kan derhalve de aankoopprijs van 300.000 fr. als schade volstaan.

...

VREDEGERECHT TE ASSE

27 OKTOBER 1999

Rechter: de h. Van Erps

Advocaten: mrs. Puttemans loco Haberman en Luyckx loco De Neve

Koop – Verborgene gebreken – Korte termijn – Vertrekpunt – Ontdekken van het gebrek – Rechtsvordering ten gronde

De rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken moet worden ingesteld binnen een redelijke korte

termijn na het ontdekken van het gebrek en van zodra vaststaat dat een minnelijke schikking uitgesloten is. Een dagvaarding in kort geding tot aanstelling van een deskundige, alsook het louter protesteren binnen een korte termijn, volstaan op zichzelf niet.

A. en R. t/ De M. en B.

I. De vordering en de feitelijke grondslag

Overwegende dat de vordering ertoe strekt verweerders te veroordelen tot betaling aan eisers van het bedrag van 53.000 fr., vermeerderd met de moratoire intresten; dat deze vergoeding wordt gevorderd op grond van de vermeende aansprakelijkheid van verweerders voor verborgen gebreken waarmee de woning te (...), die van hen werd aangekocht, behept zou zijn geweest;

Dat de koopovereenkomst dateert van 6 december 1996 en de notariële akte van 18 februari 1997; dat eisers daarop het pand hebben betrokken; dat enkele dagen later volgens hen de verwarmingsinstallatie in panne is gevallen; dat zij einde maart 1997 een vakman ter plaatse deden komen, die een offerte opmaakte ter vervanging van de verwarmingsketel; dat eisers zich hebben gericht tot verweerders om deze kosten terugbetaald te zien, hetgeen werd geweigerd. Waarna gedagvaard werd in kort geding; dat in deze procedure bij vonnis van 4 juni 1997 een deskundige werd aangesteld, nl. (...); dat deze zijn eindverslag heeft neergelegd op 24 oktober 1997;

II. Bespreking en eerste appreciatie

Overwegende dat uit de lezing van dit verslag van 24 oktober 1997 moet worden opgemaakt dat de deskundige toen hij eerst ter plaatse kwam, van oordeel was geen nuttige vaststellingen meer te kunnen doen, aangezien de installatie intussen al gedemonteerd was; dat hij daarop dan toch blijkbaar zekere vaststellingen heeft kunnen doen (buiten de aanwezigheid van de partijen), nl. dat de ketel zwaar was aangetast door corrosie; dat dit hem brengt tot het louter vermoeden dat de ketel niet of tenminste slecht is onderhouden geweest door de vorige eigenaars; dat hij daaraan dan verder de conclusie vastknoopt dat het hier gaat om een verborgen gebrek;

Dat dit laatste uiteraard een appreciatie is die niet aan de deskundige, maar wel aan de rechter toekomt, zoals verweerders het terecht doen opmerken;

Dat de deskundige verder in zijn verslag stelt dat de vroegere eigenaars geen onderhoudsattest konden voorleggen van een erkend installateur, wat hem – samen met de staat van de ketel – ertoe bracht te spreken van een verborgen gebrek;

Dat verweerders terecht de bedenking maken dat, terwijl de deskundige bij zijn eerste vaststelling van oordeel was geen nuttige vaststellingen meer te kunnen doen, aangezien de installatie al gedemonteerd was, hij nadien (buiten de aanwezigheid van de partijen) toch nog tot vaststellingen is kunnen komen..., meer precies aangaande de staat van de ketel, waaruit slechts vermoed kon worden dat deze het gevolg is van een gebrekkig onderhoud, om dan finaal toch tot de eindconclusie te komen dat het wel degelijk vaststaat

dat door een ondeugdelijk onderhoud de installatie behept was met een verborgen gebrek;

Dat een formele eindconclusie nooit kan steunen op een preciaire premisse; dat de hele opbouw van de deskundige nu juist hierop steunt; wat niet zeker is, of niet kan, wordt bij elke volgende stap voor vaststaand of waar aangenomen;

Dat tevens moet worden vastgesteld dat de deskundige evenmin op de diverse opmerkingen heeft geantwoord die desaan gaande werden geformuleerd door de raadsman van verweerders bij brief van 3 november 1997;

Dat in dezen nochtans terecht gewezen wordt op ook andere ongerijmde consequenties van het verslag, meer precies in zoverre de deskundige voor deze installatie – zoals blijkt van nagenoeg 25 jaar oud – nog een restwaarde bepaalt van 40%, wat neerkomt op een algehele levensduur van meer dan 41 jaar...;

Dat voornoemde conclusies uiteraard niet in rechte kunnen dienen ter ondersteuning van een vordering op grond van koopvernietigende gebreken, omdat aangenomen moet worden dat – zelfs indien zo gebrek daar was, *quod non certa est* – de betrokken installatie compleet afgeschreven was en haar toestand door een normaal voorzichtige koper van een onroerend goed (wat toch geen alledaags gebruiksartikel is) hoorde te worden vastgesteld en minstens kon worden vermoed; dat het hier bezwaarlijk kan gaan om een verborgen, maar eerder om een zichtbaar gebrek;

II. De beoordeling: allereerst de exceptie van tardiviteit

Overwegende dat evenwel eerst geoordeeld moet worden over de door verweerders opgeworpen exceptie wegens niet-naleving van het kortetermijnvereiste van art. 1648 B.W.

Dat in de doctrine en rechtspraak thans wordt aangenomen dat de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken – welke verschillend is van een loutere vordering in kort geding tot aanstelling van een deskundige – ingesteld moet worden binnen een redelijk korte termijn na het ontdekken van het gebrek en van zodra vaststaat dat een minnelijke schikking uitgesloten is (Herbots e.a., «Overzicht van rechtspraak – Bijzondere Overeenkomsten (1988-1994)», *T.P.R.*, 1997, p. 723, nr. 95);

Dat inzake vastgesteld moet worden dat het defect aan de installatie zich gemanifesteerd zou hebben ergens in februari of maart 1997; dat het eindverslag van de deskundige, waartegen verweerders zich grondig hebben verzet met afwijzing van hun aansprakelijkheid, dateert van oktober 1997; dat pas tot dagvaarding ten gronde werd overgegaan in juli 1998; dat bijgevolg, rekening houdende met al de voornoemde principes, niet voldaan is aan het kortetermijnvereiste;

Dat deze er juist is om discussies m.b.t. het bestaan of bewijs van wat als een verborgen gebrek wordt aangediend, nog naar behoren te kunnen nagaan (Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente*, Parijs, 1983, p. 29, nr. 25).

Dat, zoals reeds aangestipt, een dagvaarding in kort geding tot aanstelling van een deskundige (Bergen, 28 maart 1994, *T. Vred.*, 1994, 193, met noot) alsook het louter protesteren binnen een korte termijn (Antwerpen, 16 mei 1989, *D.C.C.R.*, 1990-91, 530, met noot) op zichzelf niet volstaan;

Dat in de voornoemde omstandigheden de vordering als te laat ingesteld moet worden beschouwd en bijgevolg niet ontvankelijk is.

KANTTEKENINGEN

DE UNIDROIT-CONVENTIE BETREFFENDE INTERNATIONALE ZAKELIJKE RECHTEN OP ROEREND UITRUSTINGSMATERIEEL: EEN LAATSTE STROHALM VOOR DE BELGISCHE LUCHTVAARTINDUSTRIE?

1. Op 16 november 2001 werd in Kaapstad op een intergouvernementele conferentie de «*Convention on International Interests in Mobile Equipment*» (hierna: CIME) ondertekend. De tekst van de Conventie is terug te vinden op de website van Unidroit: <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment.pdf>. Deze conventie is totstandgekomen binnen de schoot van Unidroit. In tegenstelling tot een aantal belangrijke industrielanden, waaronder Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Italië, heeft België de Conventie nog niet ondertekend. De lijst van landen die de Conventie reeds hebben bekrachtigd, is terug te vinden op de website van Unidroit: <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-2001-convention.htm>. Het verdient aanbeveling dat zulks wel op korte termijn zou gebeuren (zie *infra*, nr. 4). In deze kanttekening beperken we ons tot de leidinggevende beginselen in de conventie, voor een uitvoerigere bespreking kan worden verwezen naar andere bijdragen (zie V. Sagaert, «De Unidroit-Conventie betreffende internationale zakelijke rechten op roerend uitrustingsmaterieel», in *Commentaar Voorrechten & Hypotheken*, Antwerpen, Kluwer, 2002. In het buitenland: zie vooral B.P. Honnebier, «De komende Unidroit Convention on International interest in Mobile Equipment en het Aircraft Equipment Protocol», *T.V.R.* 2000, 45-54; J. Wool, «The next generation of international aviation finance law: an overview of the proposed Unidroit Convention on International interests in Mobile Equipment as applied to aircraft equipment», *Air & Space Law* 1998, 243-276. Een themanummer van de *Uniform Law Review* werd gewijd aan de Unidroit-Conventie in jaargang 1999/2. Er bestaat ook een themanummer van het tijdschrift *Air & Space Law* 1998/6).

2. De conventie heeft tot doel de kredietverlening binnen bepaalde industriële sectoren te vergemakkelijken en goedkoper te maken. Het gaat in eerste instantie om de *luchtvaartsector*. In een later stadium zullen ook andere sectoren, zoals de *ruimtevaartsector* en de *spoorwegsector*, binnen de verdragstructuur worden ondergebracht. Er bestaan plannen om hetzelfde te doen met het containervervoer. Zulks is mogelijk door de goedkeuring van aanvullende protocollen.

De verdragstructuur is immers heel bijzonder: de conventie zelf biedt een raamverdrag met de gemeenschappelijke bepalingen die in beginsel op alle betrokken sectoren van toepassing zijn. Per sector worden er vervolgens afzonderlijke protocollen tot stand gebracht met bepalingen die beantwoorden aan de specifieke behoeften van die sector. Het *Aircraft Equipment Protocol* (hierna: AEP) werd terzelfdertijd als het basisverdrag ter goedkeuring voorgelegd aan de intergouvernementele conferentie, omdat de internationale luchtvaartorganisatie haast wil maken met de inwerkingtreding van het Protocol (voor de tekst: zie <http://www.unidroit.org/english/conventions/aircraftprotocol.pdf>). Het *Space Property Protocol* (de ontwerp tekst van dit protocol is terug

te vinden op <http://www.unidroit.org/english/international-interests/conference2001/draftspaceprotocol/draftspaceprotocol.pdf>) en het *Railway Rolling Stock Protocol* (de ontwerp-tekst van dit Protocol is terug te vinden op <http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/conference2001/drafttrailprotocol/drafttrailprotocol.pdf>) staan nog in de steigers. De bekrachtiging van het basisverdrag creëert op zichzelf nog geen gevolgen; pas door de bekrachtiging van de protocollen ontstaan daadwerkelijk effecten in een verdragstaat.

Men heeft om twee redenen de werkzaamheden toegepast op deze sectoren. Allereerst gaat het bij uitstek om internationaal gerichte sectoren. Door de grote verschillen in het zekerheidsregime tussen de verschillende landen zorgt de frequente verplaatsing van de betrokken transportmiddelen voor grote rechtsonzekerheid voor de kredietverleners in die sectoren. Zij kunnen er immers niet op vertrouwen dat hun bedongen zekerheidsrecht ook zal worden erkend door de andere Staten. Dit gaat gepaard met het feit dat de betrokken sectoren in de verschillende Staten steeds meer in de private sfeer terechtkomen, zodat overheidsfinanciering steeds zeldzamer wordt en de kredietbehoefte verhoudingsgewijs steeds frequenter, zoals ook de actualiteit ons leert. Door de grote waarde van de betrokken transportgoederen hebben die kredietverhoudingen vaak een omvangrijke economische draagwijdte.

3. Centraal binnen de conventie staat de invoering van een uniform internationaal zakelijk recht, de zgn. *international interest*. Het gaat om een conventioneel zakelijk (zekerheids)recht gevestigd op – wat het AEP betreft – vliegtuigen, vliegtuigmotoren en helikopters. De *international interest* vormt een autonoom internationaal zakelijk recht, dat niet is afgeleid uit nationale zakelijke rechten. Het kan ontstaan uit een overeenkomst tot vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht, uit een beding van eigendomsvoorbehoud of uit een huurcontract (art. 2, tweede lid, CIME). Niet enkel een eigenlijke leasing (met zekerheidsconnectie), maar ook een huurcontract (zonder aankoopoptie) valt onder de toepassing van deze bepaling. De *international interest* staat echter volledig los van de behandeling van dat recht op nationaal vlak: er kan een geldige *international interest* bestaan, ook al wordt naar nationaal recht aan de schuldeiser geen zakenrechtelijke positie gegeven (of omgekeerd). Aldus zal een fiduciaire overdracht van een vliegtuig een *international interest* verlenen aan de schuldeiser indien is voldaan aan de voorwaarden onder de CIME. De omstandigheid dat het Belgische recht de zakenrechtelijke werking van een overdracht tot zekerheid in beginsel niet erkent, verandert daar niets aan. Zeer vaak zal een *international interest* echter tevens een zakelijk recht naar nationaal recht vormen. In dat geval doet de CIME geen afbreuk aan het bestaan en het eigen regime van dat zakelijk (zekerheids)recht volgens de eigen rechtsorde.

De geldigheidsvereisten voor de vestiging van een *international interest* zijn door de CIME zo beperkt mogelijk gehouden (zie art. 7 CIME). De *international interest* moet 1) schriftelijk zijn vastgesteld; 2) de zekerheidsverlener, verkoper of verhuurder moet beschikkingsbevoegd zijn; 3) het object van de overeenkomst moet voldoende geïdentificeerd worden en 4) de overeenkomst moet het mogelijk maken de *gewaarborgde schuldvordering* te bepalen. Er moet echter geen plafond worden vastgelegd, zodat het

mogelijk wordt om een *international interest* te vestigen tot zekerheid van «alle sommen».

De *international interest* is een vorm van *registerpand*. In een Frankrijk en Nederland bestaat naar nationaal recht reeds de mogelijkheid van een hypotheek op een luchtvaartuig. In België werd daartoe een wetsontwerp ingediend, maar dit is nooit goedgekeurd (zie *Parl. St. Kamer*, 1990-91, nr. 1297-1). Door de Conventie wordt een internationaal register ingesteld (Hoofdstukken IV tot VII CIME). De inschrijving van de *international interest* in dat register is een voorwaarde om de *international interest* te kunnen tegenwerpen aan derden met een concurrent recht, zoals samenlopende schuldeisers (art. 30, eerste lid, CIME). Bovendien bepaalt de datum van de inschrijving ook de rangorde tussen de diverse schuldeisers. Die regeling inzake rangorde wordt – zoals de gehele Conventie – gekenmerkt door eenvoud en pragmatisme: een ingeschreven *international interest* heeft voorrang op een niet-ingeschreven *interest* en tussen de ingeschreven *international interests* moet het anterioriteitsbeginsel toepassing vinden volgens de peildatum van de inschrijving (art. 29, eerste lid, CIME). Een *international interest* is bovendien uitgerust met een volgrecht op voorwaarde dat het ingeschreven was op het ogenblik van de verkoop (art. 29, derde lid, CIME). Het internationaal register kan (tegen een vast te leggen vergoeding) door elkeen permanent worden geraadpleegd, wat het mogelijk maakt om met kennis van zaken en op transparante wijze te negotiëren bij de kredietverlening.

Ook de tenuitvoerlegging van de *international interest* getuigt van een pragmatische, soepele benadering. Allereerst kan een *international interest* ten uitvoer worden gelegd zonder enige rechterlijke tussenkomst, althans voor zover de partijen zulks overeengekomen zijn. Als evidente voorwaarde wordt daaraan verbonden dat de schuldeiser moet handelen op een «commercieel redelijke» wijze (art. 8 CIME). Deze bepaling lijkt naar Belgisch recht moeilijk verenigbaar met het principieel verbod op commissaire bedingen (art. 2078 B.W.), dat een buitengerechterlijke tenuitvoerlegging verbiedt. De conventie heeft daarin echter voorzien door aan de Staten de mogelijkheid te laten om tenuitvoerlegging zonder rechterlijke tussenkomst uit te sluiten (art. 54, tweede lid, CIME). Bovendien zijn de middelen van tenuitvoerlegging onder de CIME veel ruimer dan onder het Belgische recht. De pandhoudende schuldeiser heeft naar Belgisch recht enkel de mogelijkheid om tot verkoop van de zaak over te gaan of te verzoeken dat de zaak aan hem zal verblijven tot voldoening van zijn schuldvordering (beide na rechterlijke tussenkomst). De CIME biedt naast de genoemde middelen van tenuitvoerlegging ook nog andere mogelijkheden aan de schuldeiser: hij kan ook het bezit of de controle verkrijgen van de zaak, de zaak verhuren, de vruchten of opbrengsten innen uit het beheer of de uitbating van die zaak. Die bijkomende middelen van tenuitvoerlegging hebben betrekking op de vruchten van het preferente onderpand (art. 8, eerste lid, CIME). Zulks maakt het een schuldeiser mogelijk om zijn gewaarborgde schuldvordering ten uitvoer te leggen ten tijde van economisch ongunstige marktomstandigheden. Dat is andermaal een aanwijzing van het economisch weloverwogen karakter van de conventie.

4. Het kan niet worden ontkend dat de conventie duidelijk door Anglo-Amerikaanse inspiratie is gekleurd. Zulks vindt

bijkomend bevestiging in het gegeven dat de *international interest* kan worden gecedeerd als zelfstandig vermogensbestanddeel, los van de gewaarborgde schuldvoordering. Aldus wordt de accessoire aard van de zakelijke zekerheidsrechten verlaten (zie hoofdstuk IX CIME). Zulks hoeft niet *a priori* tot een afwijzende benadering te leiden. Hoewel sommige auteurs kritische geluiden lieten horen (B.J.H. Crans, «The Unidroit Convention on International interests in Mobile Equipment and the Aircraft Equipment Protocol: some critical observations», *Air & Space Law*, 1998, 277-282), geeft de meerderheid van de (continentale) auteurs zijn volle steun aan de conventie: de enkele ongemakken en onvolkomenheden van de conventie wegen in het geheel niet op tegen de juridische en economische voordelen die een bekrachtiging zou opleveren. Zelfs indien België de conventie niet bekrachtigt, zullen de gevolgen ervan ook in ons land tot uiting komen. Allereerst staat niets eraan in de weg dat Belgische banken een *international interest* verkrijgen op buitenlandse vliegtuigen. Het territoriale toepassingsdomein van de conventie wordt immers bepaald door de verblijfplaats van de debiteur, ongeacht de verblijfplaats van de crediteur (art. 3 CIME). Bovendien zal de Belgische jurisdictie er in dat geval toe gehouden zijn om een naar buitenlands recht geldig gevestigde *international interest*, gevestigd onder de voorwaarden van de CIME, te erkennen ten aanzien van vliegtuigen die zich in België bevinden op het ogenblik van de tenuitvoerlegging. Zowel op juridisch als op economisch vlak verdient het aanbeveling dat België de conventie met de nodige spoed goedkeurt en bekrachtigt.

Op *juridisch vlak* is de conventie een belangrijke stap in het proces van rechtseenmaking. Tot nog toe was deze unificatie-beweging grotendeels aan het zakenrecht verbijgegaan, omdat binnen dit domein de verschillen tussen *common law* en *civil law* (en ook binnen de *civil law*-stelsels onderling) het scherpst tot uiting komen. In de Conventie kunnen nochtans geen bepalingen worden ontwaard die onverenigbaar zijn met de beginselen die ten grondslag liggen aan het Belgische zekerhedenrecht. De enige bepaling die moeilijk verstaanbaar is met het Belgische recht, is die betreffende tenuitvoerlegging zonder rechterlijke tussenkomst, en op dat vlak wordt voorzien in een afwijkende houding van Staten. Voor het overige wordt een sterke nadruk gelegd op de partijautonomie, zowel op het vlak van de vestiging, de omvang als de tenuitvoerlegging van de *international interest*. Deze «*self-help*» hoeft echter geen hinderenis te zijn indien men zich realiseert dat beide partijen in de betrokken sectoren in de praktijk beschikken over hoogwaardige juridische bijstand, wat een totaal andere benadering rechtvaardigt dan bijvoorbeeld binnen de sfeer van het consumentenkrediet. Wanneer men bovendien de huidige stand van de Belgische wetgeving bekijkt, zou de Unidroit-conventie voor België enkel voordelen opleveren: in het huidige recht zijn er geen bijzondere zekerheidsrechten op vliegtuigen voorhanden, zodat partijen zich moeten behelpen met het klassieke pand, het pand op handelszaak, het eigendomsvoorbehoud of de leasing. Geen van deze constructies biedt echter volkomen rechtszekerheid en is aangepast aan het bijzondere statuut van vliegtuigen (zie hiervoor vooral: W. Goris en G. Jakhian, «Security rights in aircraft under Belgian Law», *Air&Space Law* 1992, 61-67; V. Sagaert, *l.c.*, nr. 3). De bekrachtiging door België van het Verdrag van Genève van 1948 (wet van 6 augustus 1993,

B.S. 18 december 1993) heeft daaraan geen wijziging gebracht. Het Verdrag van Genève is immers een erkenningsverdrag: het beperkt zich ertoe te bepalen dat verdragstaten de volgens de *lex registri* geldig gevestigde hypotheek moeten erkennen, maar voert geen hypotheek op vliegtuigen in naar intern Belgisch recht. De Unidroit-conventie biedt op dit punt een oplossing.

De *economische argumenten* die wijzen in de richting van een bekrachtiging zijn nog krachtiger. Hoe groter de rechtszekerheid van de kredietverlener, des te lager de economische kost van de kredietverschaffing. De rechtzekerheid is voor de houder van een *international interest* zo optimaal mogelijk. De eenvoud, de transparantie en het pragmatisme die in de conventie tot uiting komen, zijn de weergave van een economisch weloverwogen aanpak van de verdragsopstellers. Die doelstelling vindt bevestiging in economische analyses, die voorspellen dat de toepassing van de conventie voor de betrokken industriële sectoren een besparing van ettelijke miljarden zal meebrengen (zie voor een bespreking: H.W. Fleisig, «The proposed Unidroit Convention on Mobile Equipment: economic consequences», *U.L.R.* 1999, 253-264). Voor de sowieso reeds noodlijdende luchtvaartsector in België lijkt een bekrachtiging daarom geen overbodige luxe, maar harde noodzaak. Een onverschillige of afwijzende houding van de Belgische overheid dreigt aan de luchtvaartindustrie een bijkomend concurrentieel nadeel toe te brengen en haar aldus de laatste ademruimte te ontnemen.

Vincent Sagaert

Aspirant F.W.O.-Vlaanderen

Instituut voor Insolventierecht K.U. Leuven

BOEKEN

C. BEXX, **Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid**, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 649 p.

Het boek «*Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*» is de herwerkte versie van het doctoraal proefschrift dat C. Bexx op 10 februari 1998 verdedigde aan de U.I.A. onder de titel «De kenmerken van de administratieve en jurisdictionele rechtshandeling, hun toepassing bij de regeling van betwistingen door administratieve organen en de gevolgen ervan voor een behoorlijke rechtsbedeling», welke titel zoals zal blijken, eigenlijk beter de lading dekt dan de titel die de commerciële uitgave van het proefschrift heeft meegekregen. Het werk betreft een onderzoek naar de gelijkenissen en verschillen tussen het administratief en het jurisdictioneel optreden van – hoofdzakelijk – organen van de uitvoerende macht en, hieraan logischerwijze voorafgaand, de afbakening van het administratieve tegenover het jurisdictionele overheids-handelen. Het onderzoek is ingekleed als een onderzoek naar de kwaliteit van de administratieve rechtspraak vanuit het perspectief van het recht op toegang tot een rechter en de eisen die hieruit voortvloeien.

Na in een inleidend deel de probleemstellingen en uitgangspunten van het werk te hebben geschetst, behandelt C. Bexx het recht op toegang tot een rechter. Hoewel dit recht niet expliciet wordt genoemd in art. 6 E.V.R.M., leidt het E.H.R.M. het bestaan ervan wel af uit genoemde verdragsbepaling. Bovendien is het wezenlijk voor de rechtsstaat.

De onvervangbare rol die de rechter in een rechtsstaat speelt bij de beslechting van rechtsgeschillen, heeft een aantal consequenties die samenhangen met het recht op toegang tot een rechter. Voor de rechtzoekende moet meer bepaald in de eerste plaats duidelijk zijn

wie de rechterlijke functie vervult in de nationale rechtsorde. Duidelijkheid moet ook heersen op het vlak van de rechtsmacht- en de bevoegdheidsverdeling. Ten slotte moet de door de rechter verleende rechtsbescherming ook effectief zijn: de rechter moet een geschil daadwerkelijk en definitief kunnen beslechten. Deze elementen, en vooral het aspect van de duidelijkheid van de rechterlijke inrichting en organisatie, vormen de rode draad van het werk.

Vervolgens onderzoekt de auteur onder de titel «Het recht op toegang tot de rechter in bestuursgeschillen in het Belgische recht» de organisatie van de administratieve rechtspraak in België. Deze steunt op art. 144 en 145 G.W., vervolgens ook op art. 146, 160 en 161 G.W. In de visie van C. Berx is de administratieve rechtspraak driepolig. Zij wordt meer bepaald verzorgd door de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht, de Raad van State en door een gamma van bijzondere administratieve rechtscolleges, waarbij men zich kan afvragen waarom de Raad van State als een afzonderlijke pool moet worden gezien van de andere, «bijzondere», administratieve rechtscolleges.

Bijzondere aandacht wordt besteed aan de bevoegdheid van de Raad van State inzake het annulatieberoep en de afbakening van deze bevoegdheid ten opzichte van de algemene bevoegdheid van de gewone rechter als rechter van gemeen recht in bestuursgeschillen. C. Berx houdt vast aan het traditionele onderscheid dat wordt gemaakt tussen de objectieve en de subjectieve geschillenbeslechting, en stelt dat eigenlijk niet in vraag. Zij onderzoekt vervolgens wanneer sprake is van een subjectief recht, dat wordt beschermd door de gewone rechter, en wanneer geen subjectief recht in het geding is, waardoor de Raad van State bevoegd is als annulatierechter. Zij merkt terecht op dat dit bevoegdheidscriterium voor veel moeilijkheden zorgt, in het bijzonder wat de individuele bestuurs-handelingen betreft. Als oplossing hiervoor stelt zij, in navolging van Bergamin, voor om het begrip «publiekrechtelijke subjectieve rechten» te hanteren als brug tussen de discretionaire en de gebonden bevoegdheid van de overheid, en om de rechtsmachtverdeling tussen de gewone rechter en de Raad van State rond dit begrip op te bouwen. Uitgangspunt van deze theorie is dat het begrip «subjectief recht» geen statisch maar een relationeel begrip is, dat men moet kaderen in de omstandigheden van het geval. Die kunnen van die aard zijn dat de beleidsvrijheid van de overheid sterk wordt beperkt, zodat men zeer dicht bij het bestaan van een (klassiek) subjectief recht komt te staan. In een dergelijk geval kan worden gesproken van een «publiekrechtelijk subjectief recht», aldus de auteur. Het bestaan van een publiekrechtelijk subjectief recht verschuift nochtans aan de houder ervan in het juridisch debat geen absolute of onweerlegbare, maar enkel een geprivilegieerde positie. Het begrip is dan ook ruimer dan wat traditioneel onder een subjectief recht wordt begrepen. Het bestaan van een publiekrechtelijk subjectief recht heeft niet tot gevolg dat elke beleidsvrijheid voor de overheid onmogelijk wordt. De erkenning van het bestaan van een publiekrechtelijk subjectief recht betekent immers niet dat de effectieve uitoefening ervan te allen prijze moet worden gewaarborgd. Het enkele feit dat een rechtzoekende zich op een subjectief recht kan beroepen, waarvan het bestaan ook effectief door de rechter wordt erkend, heeft nog niet tot gevolg dat hij ook gelijk zal krijgen, aldus C. Berx.

Deze benadering is naar Belgisch recht zeer origineel. Vraag is echter of zij werkbaar is. Wat is immers nog de waarde van een subjectief recht wanneer dat recht niet noodzakelijk moet worden gehonoreerd? Men kan in dergelijke omstandigheden toch niet meer van een subjectief recht spreken? De constructie waarbij de toegang tot de rechter wordt opgebouwd langs het begrip «publiekrechtelijke subjectieve rechten» lijkt bovendien ver gezocht en neemt de problemen niet weg, want ook het voorgestelde begrip blijft vaag en zal vermoedelijk voor de noodzakelijke toepassingsproblemen zorgen. Wanneer zijn de omstandigheden immers van dien aard dat de rechtzoekende niet meer enkel een belang kan laten gelden, maar ook een publiekrechtelijk subjectief recht? De vraag kan worden gesteld of niet eerder het traditionele criterium van rechtsmachtverdeling in vraag moet worden gesteld, meer bepaald dat het beroep voor de Raad van State een objectieve geschillenbeslechting betreft en dat de Raad van State zich niet uitspreekt over – klassieke – subjectieve rechten. Deze vraag wordt door de auteur echter niet gesteld.

Het vierde deel van het boek is gewijd aan een studie van de beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van behoorlijke

rechtsbedeling, en dat in het raam van een onderzoek naar de gevolgen van het onderscheid voor de toepassing van algemene rechtsbeginselen, echter zonder dat de auteur reeds onderzoekt waarin administratieve rechtshandelingen verschillen van rechtsprekende handelingen. Deze optie steunt hierop dat, als blijkt dat er nauwelijks consequenties verbonden zijn aan het onderscheid, het meteen niet meer belangrijk is om de begrippen duidelijk van elkaar af te lijnen. C. Berx bestudeert in dit deel van het boek een aantal beginselen van behoorlijk bestuur en van behoorlijke rechtsbedeling en gaat na of ze op dezelfde wijze gelden voor bestuurs-handelingen en rechtsprekende handelingen. Haar conclusie is dat er, behalve voor de onafhankelijkheids- en de onpartijdigheids-eisen, die volgens haar enkel voor rechtsprekende organen mogen gelden, wel grote gelijkenissen bestaan tussen de rechts- en kwaliteitseisen die door de rechter en het bestuur moeten worden nageleefd. Het bestuur wordt in toenemende mate onderworpen aan formele rechtseisen die initieel slechts door een rechter moesten worden nageleefd. Maar aan deze nieuwe verplichtingen voor het bestuur beantwoordt wel een andere doelstelling, en men kan niet stellen dat de evolutie zo ver gaat dat het bestuur een met een rechterlijke handeling vergelijkbare beslissing neemt. Het onderscheid tussen administratieve en rechtsprekende beslissingen blijft dus belangrijk.

In het vijfde deel van haar boek onderzoekt C. Berx vervolgens de (andere) rechtsgevolgen verbonden aan respectievelijk de jurisdictionele en de administratieve rechtshandeling, meer bepaald hoe ze ongedaan gemaakt kunnen worden, op welke wijze de schade die ze veroorzaken kan worden vergoed en hoe ze bepalend zijn voor de rechtsmacht of de bevoegdheid van deze organen. Ook het gezag van gewijsde komt aan bod. Opvallend hierbij is dat de auteur het gezag van gewijsde behandelt als een *gevolg* van de jurisdictionele aard van een handeling en niet als een *kenmerk* ervan. Conclusie van dit deel is dat sommige van de besproken gevolgen exclusief toekomen aan rechterlijke beslissingen, waaruit dan kan worden afgeleid dat het recht wel degelijk een groot belang hecht aan het onderscheid tussen de rechterlijke beslissing enerzijds en de bestuurs-handeling anderzijds. Het heeft dan ook wel degelijk zin dat men op een eenvoudige wijze kan uitmaken of de beslissing waarmee een burger wordt geconfronteerd een administratieve dan wel een jurisdictionele beslissing is.

Dat vormt meteen het voorwerp van het zesde deel van het boek. C. Berx onderzoekt er de diverse criteria die traditioneel worden gehanteerd om uit te maken of een overheidshandeling jurisdictioneel of administratief is. Zelf opteert ze voor een begripsbepaling afgeleid uit de staatsrechtelijke functie waarin de handeling wordt gesteld. Rechtspraak is dan de geobjectiveerde, bindende en (in principe) definitieve rechtscontrole en vaststelling van wat rechtens is (doorgaans) naar aanleiding van en in de vorm van de beslechting van een geschil, aan de hand van rechtsregels. De uitoefening van de rechtspraak moet vervolgens zo worden georganiseerd dat alle functies van rechtspraak ook effectief worden vervuld.

In een laatste – kort – deel van haar boek doet C. Berx ten slotte enkele voorstellen tot hervorming van de administratieve geschillenbeslechting. Criteria die zij daarbij, volledig in de logica van het perspectief van haar onderzoek, hanteert zijn dat het systeem transparant en overzichtelijk moet zijn, zodat gestreefd moet worden naar zo groot mogelijke eenheid en eenvormigheid. Daarbij moet de onafhankelijkheid van de bestuursrechter steeds worden gewaarborgd. De voorkeur van C. Berx gaat uit naar een integratie van de administratieve rechtspraak in de rechterlijke macht.

Het boek van C. Berx is zeker wetenschappelijk een knappe prestatie, zij het dat het hoofdstuk met hervormingsvoorstellen wat meer aandacht had verdiend. De auteur ondernam een diepgaand onderzoek in rechtspraak en rechtsleer, en ook de rechtsvergelijkende component bleef daarbij niet achterwege. De structuur van het werk is soms nochtans bevreemdend. Waarom bijvoorbeeld eerst de gevolgen van jurisdictionele en administratieve overheids-handelingen bespreken nog vooraleer is uitgemakkt wat jurisdictionele en administratieve overheids-handelingen zijn?

De titel van het boek dekt ook niet echt de lading en is eerder misleidend. Wie een systematisch uiteenzetting zoekt over geschillen van bestuur, is duidelijk aan het verkeerde adres, hoewel de titel het anders doet uitschijnen. Voorwerp van het boek is niet in eerste instantie een uiteenzetting over de organisatie van de rechtsbescherming tegen de overheid, maar wel het onderscheid tussen administratieve en jurisdictionele overheids-handelingen. Daarbij

worden dan wel aspecten behandeld van de – voornamelijk jurisdictionele – rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, maar slechts prelabel aan de eigenlijke vraagstelling, met name bij de uiteenzetting over de Belgische invulling van het recht op toegang tot een rechter in bestuursgeschillen, en vervolgens in de vorm van een bespreking van de gevolgen van handelingen van de ene of de andere soort. De vele – zeker nuttige en pertinente – informatie die het boek bevat voor wie zoekt naar informatie over de organisatie van de rechtsbescherming tegen de overheid, staat dan ook her en der verspreid, en het is niet zo evident om deze snel terug te vinden. Dat was kennelijk ook niet de bedoeling van het werk, en het laatste kan dan ook niet als een kritiek gelden. Het boek is immers niet als een handboek over geschillen van bestuur opgevat, maar als een fundamentele kritiek op het onderwerp vanuit een specifiek gezichtspunt.

Het boek is wetenschappelijk zeker waardevol, en opent ruimte voor verdere discussie, ook al door de soms betwistbare standpunten die worden ingenomen. Voor de rechtspraktizijn is het echter een minder geschikt werkinstrument.

Sabien Lust

P. DE BAETS, **Getuigenverhoor in privaatrechtelijke geschillen**, in A.P.R., Antwerpen, Kluwer, 2000, 65 p.

Het eerste wat bij dit boek uit de gerenommeerde A.P.R.-reeks opvalt, is het kleine volume. Het werk biedt een overzicht van het getuigenverhoor in amper een zestigtal bladzijden. Schijn bedriegt echter. De Baets geeft met zijn erg vlotte pen een prima algemeen overzicht van de behandelde materie.

Het werk is gestructureerd in drie delen. In de eerste plaats wordt in het algemeen deel ingegaan op de toelaatbaarheidsvereisten van het getuigenverhoor. Terecht wordt erop gewezen dat in de praktijk te vaak lichtzinnig met het aanbieden van een getuigenbewijs en de redactie van de feiten wordt omgesprongen. Daarna komt de rechtspleging aan bod en het concrete verloop van het verhoor. Ten slotte bespreekt de auteur de geldigheid en de bewijskracht van getuigenissen.

De essentie is in ieder geval aanwezig en de veelvuldige verwijzingen naar rechtspraak zijn zeker een pluspunt. Alleen mis ik toch het meer praktische element dat een auteur die het behandelde onderwerp zowel als advocaat als in de hoedanigheid van magistrat aan den lijve heeft kunnen ondervinden, zeker moet kunnen bieden. Het zou de praktizijn, zoals de auteur dat stelt, wanneer hij met een specifiek probleem wordt geconfronteerd en in het boek enige inspiratie gaat zoeken naar een oplossing toe, zeker ten goede komen.

Ten slotte nog een algemene opmerking. De A.P.R.-reeks houdt nog steeds vast aan het gebruik van verwijzingen in de tekst in plaats van voetnoten. Dit komt de vlotte leesbaarheid niet altijd ten goede. Voetnoten geven ook een makkelijker overzicht van de gehanteerde bronnen wanneer men verder naspeurwerk wil doen.

Dirk Scheers

D. VAN DAELE, **Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland**, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 358 p.

Eenieder die de gang van zaken betreffende het openbaar ministerie in eigen land volgt, kent de zeer grondige bijdragen van D. Van Daele. In zijn studies heeft hij steeds eveneens grote belangstelling getoond voor de ontwikkelingen in Nederland en Duitsland. Het baart dan ook geen verwondering dat hij een uitgelezen studie heeft laten publiceren over de afhandeling van strafzaken in Duitsland. Wel wekt verbazing dat hij daarin geslaagd is in een periode waarin hij zich in de eindfase van zijn doctoraatsonderzoek bevond. Dit alles wijst op een uitzonderlijke werkkraft en een opmerkelijk talent.

Het te bespreken boek bestaat uit vier grote delen: in de eerste twee delen wordt een overzicht van het Duitse strafprocesrecht gegeven, dat dienstig kan zijn voor colleges in het vergelijkend strafprocesrecht; een derde deel betreft de plaats van het openbaar ministerie in de strafrechtspleging; een vierde deel heeft betrekking op het openbaar ministerie en vereenvoudigde afhandelingsmodellen, die al dan niet een inschakeling van de zittende magistratuur vereisen.

Wat bijzonder boeiend overkomt bij de lectuur van het boek, is de verschuiving van de Duitse strafprocedure, waarvan de oorsprong teruggaat naar de *Reichsstrafprozessordnung* van 1877 van het Tweede Keizerrijk, met een gestadige inperking van de toepassing van de beginselen van legaliteit van de vervolgingen en van de onmiddellijkheid van de procedure ter terechtzitting, naar een toestand waarin het openbaar ministerie niet langer een *Ermittlungs-* en *Angklagebehörde*, maar wel een *Selektions-* en *Sanktionsinstanz* is geworden.

Benevens de mogelijkheid om zaken administratiefrechtelijk af te handelen, op gang gezet door het *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* van 25 maart 1952, heeft de Duitse wetgever hoe langer hoe meer ruime mogelijkheden in het leven geroepen voor het openbaar ministerie om hetzij op grond van opportuniteitsoverwegingen van het instellen van de strafvordering af te zien, hetzij de strafvordering in te stellen in het raam van een van de in de wet bepaalde vereenvoudigde procedures, zoals het *Strafbefehlsverfahren* en het *beschleunigtes Verfahren*. De vraag rijst natuurlijk welke de weerslag van deze evolutie is geweest. Indien vastgesteld kan worden dat het aantal klassieke procedures afneemt, dan zijn de vereenvoudigde procedures, die de wetgever heeft uitgebreid, van beperkte toepassing gebleven. De afname van de klassieke procedures kan dan ook slechts worden verklaard door de toename van de kale opportuniteitsseps. Deze vaststelling doet wetenschappers in Duitsland besluiten dat het effect van de lawine aan wetgeving met het oog op de verruiming van de toepassing van vereenvoudigde procedures eerder marginaal kan worden genoemd. Een even belangwekkende conclusie is dat de invloed van richtlijnen van de ministers van Justitie en van de *Generalstaatsanwalt* om de toepassing van de procedures voor vereenvoudigde afhandeling van strafzaken te stimuleren, eerder beperkt is. Uit de praktijk blijkt dat ze niet leiden tot een uniformisering van het afhandelingsbeleid van het openbaar ministerie. Er blijven grote verschillen bestaan tussen het openbaar ministerie in de onderscheiden *Länder*, tussen de parketten binnen eenzelfde deelstaat en zelfs tussen de verschillende magistraten binnen een parket.

Die twee interessante vaststellingen doen natuurlijk denken aan de toestand van het openbaar ministerie in eigen land.

Ook de vaststelling dat kritieken van wetenschappers op wetgevende ingrepen in het strafprocesrecht om de overbelasting van de strafrechtsbedeling tegen te gaan de wetgever van zijn voornemens niet vermogen te overtuigen, zal in België niet vreemd overkomen.

Het boek van D. Van Daele overtuigt niet enkel door de grondigheid van zijn analyses. Het verleidt tevens door de helderheid van het betoog en door de stelselmatige bespreking van de historische en politieke achtergrond van het tijdsbestek waarin deze ontwikkelingen zich voordoen: in de woelige jaren twintig, de naziperiode, de naoorlogse periode en in het bijzonder de jaren tachtig en negentig met een chronische overbelasting van het justitieapparaat.

Alain De Nauw

F. BRISON, **Het naburig recht van de uitvoerende kunstenaar**, Brussel, Larcier, 2001, 727 p.

De auteur promoveerde met deze titel aan de Vrije Universiteit Brussel in 1998. Dit boek heeft als grote verdienste een grondig inzicht te verlenen in de problematiek van de naburige rechten van de uitvoerende kunstenaar. Het is pas sinds de wet van 30 juni 1994 dat België uitvoerende kunstenaars beschermt.

In de inleiding koppelt de auteur de aanloop tot de erkenning van een naburig recht op de prestatie van de uitvoerende kunstenaar aan de technologische ontwikkelingen in de media in de voorbije twintigste eeuw (fonograaf; filmindustrie, radio, televisie, kabel en satelliet; de magnetische banden en de digitale technologie).

In haar studie beperkt F. Brison zich tot het positieve recht.

In het eerste deel situeert de auteur de problematiek vanuit een internationaal- en Europeesrechtelijk perspectief. Zowel het internationale (Conventie van Rome, WPPT-Verdrag van 1996) als het Europese kader (cf. Europese richtlijnen en de Satellietconventie van de Raad van Europa) waarbinnen de Belgische wetgeving is totstandgekomen, worden bestudeerd.

In het tweede deel gaat Brison rechtsvergelijkend tewerk. Naast het Belgisch recht dat in detail wordt bestudeerd, levert zij ook een grondig inzicht in het Duits, Frans en Nederlands recht. Dankzij het

hanteren van eenzelfde analysemodel is het voor de lezer gemakkelijker de verschillen en gelijkenissen zelf te ontdekken.

Enig minpunt bij dit boek is de te korte literatuurlijst. Dit staat in contrast met de rest van het boek waarin het onderwerp grondig aan bod komt. Ook door de verkorte verwijzingen in voetnoten is het soms een zoektocht naar de integrale bron.

Niettegenstaande dit minpunt is de inhoud van dit boek bijzonder interessant en een aanrader voor elke jurist, geïnteresseerd in de problematiek van de intellectuele rechten.

Valérie Castille

ERRATUM

Huwelijk – Borgstelling door een van de echtgenoten

In het kopje van het vonnis van de Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen van 28 november 2000, gepubliceerd op p. 1072 van de lopende jaargang, is een storende vergissing geslopen. De tekst onder punt 1 van dit kopje dient als volgt te worden gelezen:

1. De vordering tot nietigverklaring van de borgtocht op grond van art. 224 B.W. is niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot voor het tijdstip van de instelling van de vordering langer dan een jaar op de hoogte was van de borgstelling.

MEDEDELING

Kort geding – Bevoegdheid

Een van de raadslieden van de Belgische Staat heeft aan de redactie laten weten dat deze partij een voorziening tot cassatie heeft ingesteld tegen het op p. 604 van de lopende jaargang gepubliceerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 6 maart 2001.

Studieavond: Actualia zekerheden

Op 13 mei 2002 en op 16 mei 2002 organiseert het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten respectievelijk te Antwerpen en te Gent een studieavond waarop mr. C. Van Heuverswyn zal onderzoeken welke de uitleggings- en/of toepassingsmoeilijkheden zijn op het vlak van zekerheden sinds de inwerkingtreding van de wetgeving betreffende het gerechtelijk akkoord en het faillissement. De rechten van de onderscheiden categorieën van schuldeisers zullen worden belicht. Daarnaast worden het eigendomsvoorbehoud in geval van samenloop en de interpretatieve wet van 12 maart 2000 besproken, alsmede meer algemeen de rechten van de onbetaalde verkoper. Tenslotte zullen de juridische knelpunten i.v.m. de inpassing van de handelszaak aan bod komen.

Te Antwerpen is de voorzitter van de studieavond mr. P. Segers en te Gent prof. C. Engels.

Inlichtingen en inschrijvingen: te Antwerpen: mevr. P. Buyck, CBR, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk, tel. 03/820.29.38 en 03/820.29.08, fax 03/820.29.46 en e-mail: pascale.buyck@ua.ac.be; en te Gent: de heer E. Krijnen, Instituut voor Permanente Vorming, Universiteitsstraat 4, 9000 Gent, tel. 09/264.67.58, fax 09/264.69.99 en e-mail: erik.krijnen@rug.ac.be.

Doctoraat Rechten – R.U. Gent

Op dinsdag 14 mei om 18 u. zal dhr. Reinhard Steennot te Gent (Het Pand, Onderbergen 1, 9000 Gent (zaal Rector Vermeylen)) overgaan tot openbare verdediging van zijn doctoraal proefschrift, met het oog op het behalen van de graad van doctor in de rechten.

De titel van het proefschrift luidt: «De elektronische overmaking van geldmiddelen: juridische kwalificatie en bescherming van de houder».

Promotor is prof. dr. E. Wymeersch.

Studiedag: Politieverhoor en personalityprofiling

Op 15 mei 2002 organiseert het Centrum voor Politiestudies (CPS) te Gent een studiedag over de invloed van de persoonlijkheid van de verhoorder op de kwaliteit van het verhoor.

Inlichtingen en inschrijvingen: Centrum voor Politiestudies vzw, Dienst openbare orde en veiligheid, Directie federale overheid, Diestsesteenweg 52, 3010 Kessel-Lo, tel. 016/26.78.61 (niet woe), fax 016/26.78.17 en e-mail: svanelch@vl-brabant.be.

Studienamiddag: Transfers en makelaars in de sport

De rechtsfaculteiten van de K.U.Leuven, de Universiteit van Tilburg en het Asser Instituut (Den Haag) organiseren op 15 mei 2002 te Leuven en op 22 mei 2002 te Tilburg een studienamiddag op het vlak van het sportrecht.

Het colloquium te Leuven handelt over «Transfers en makelaars in de sport», het colloquium te Tilburg handelt in het bijzonder over de Nederlandse problematiek van «De makelaars in de sport», waarbij vragen aan bod zullen komen die relevant zijn voor de Nederlandse situatie inzake sportmakelaars.

Inlichtingen en inschrijvingen: F. Hendrickx, K.U.Leuven, Tiensestraat 41, 3000 Leuven, tel. 016/32.51.66, fax 016/32.52.50, e-mail: frank.hendrickx@law.kuleuven.ac.be en K.U.Brabant (Tilburg), Warandelaan 2, Tilburg (NL), tel. (31)013/466.27.19 en fax (31)013/466.31.39.

Studienamiddag: Arbeidsduur

Associare organiseert op 16 mei 2002 te Gent een studienamiddag over «Quality time: ook voor werkgevers?», waarop actuele aspecten van arbeidstijdrecht aan bod zullen komen.

Programma:

- Het begrip arbeidstijdrecht in het Europees arbeidsrecht en zijn betekenis voor het Belgisch arbeidsrecht (M. De Vos)
- Controle op en bestaafing van inbreuken op de arbeidstijdregeling (D. Torfs)
- Arbeidstijd, bezoldiging en arbeidsvoorwaarden (W. Van Eeckhoutte)
- De 35-urenweek: een nieuwe Franse revolutie? (P. Spinnewijn)

Inlichtingen en inschrijvingen: Associare, Universiteitstraat 4, 9000 Gent, tel. 09/364.68.43, fax 09/264.69.94 en e-mail: catherine.matthys@rug.ac.be.

Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht: voorjaarsbijeenkomst

Op 16 mei 2002 zal de voorjaarsbijeenkomst van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (NIVR) te Den Haag worden gehouden. Het onderwerp is «Volkenrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van de bestrijding van internationaal terrorisme». Sprekers zijn prof. N.J. Schrijver en prof. mr. A.H. Klip.

Inlichtingen en inschrijvingen: J.J. van Haersolte-van Hof, secretaris van de NIVR, tel. (31)070/328.55.19, fax (31)070/324.20.95 en e-mail: jjvanhaersolte@dbbw.nl.

Vormingsdag: Collectieve schuldenregeling

Op 25 mei 2002 heeft er te Brussel een vormingsdag plaats in verband met collectieve schuldenregeling. Voorwerp van de opleiding is het chronologisch en praktisch verloop van de collectieve schuldenregeling, met aandacht zowel voor de juridische als sociale en psychologische aspecten. Op die dag wordt tevens een geïnformatiseerd hulp- en werkpakket voorgesteld.

Promotor en voorzitter van de opleidingsdag is mevr. D. Cooreman, Ondervoorzitter en Beslagrechter te Brussel.

Inlichtingen en inschrijvingen: Jo van Campenhout, tel. 02/463.30.67 en Steven De Coster, tel. 02/238.54.22.



Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten

Het I.A.B., gevestigd te Brussel, is de bij wet opgerichte professionele organisatie voor accountants en belastingconsulenten. Het Instituut heeft als belangrijkste opdracht de hoge kwaliteit te waarborgen van de accountancy- en fiscale activiteiten die door de ca. 7.000 leden worden uitgeoefend, en treedt op als officiële vertegenwoordiger van het beroep in de maatschappelijke en politieke context.

In het kader van onze uitgebreide wettelijke opdrachten zijn wij, **voor onmiddellijke indiensttreding**, op zoek naar een (m/v):

ADVISEUR JURIDISCHE DIENST

Functie:

- * Behandeling van dossiers inzake inbreuken op de deontologie;
- * Behandeling van dossiers inzake bescherming van de wettelijke opdrachten en de titel van 'accountant' en de titel van 'belastingconsulent';
- * Intern en extern advies m.b.t. deontologie, wetgeving betreffende accountants en belastingconsulenten en andere juridische materies;
- * Meewerken aan de publicaties van het Instituut (tweewekelijkse nieuwsbrief, driemaandelijks tijdschrift, jaarverslag, ...);
- * Coördineren van de werking van de arbitragecommissies (scheidsrechterlijke behandeling van geschillen tussen leden en cliënten);

Profiel:

- * Licentiaat in de rechten met bijzondere interesse voor deontologie, beroepsreglementering en administratief recht;
- * Interesse voor de professionele wereld der accountants en belastingconsulenten;
- * Communicatievaardig, met een vlotte pen;
- * Nauwgezet, discreet, flexibel;
- * Moedertaal Nederlands, met goede kennis van Frans.

Ons aanbod:

U komt terecht in een gemotiveerd team van medewerkers in een dynamische omgeving, waar u als stafmedewerker contacten onderhoudt met de academische, politieke en professionele wereld. Als adviseur legt u de basis voor de besluitvorming van de organen binnen het Instituut, en wordt u nauw betrokken bij het beleid. Voor deze functie bieden wij een aantrekkelijk salaris in verhouding tot uw kwaliteiten en inzet, aangevuld met een pakket extra-legale voordelen.

Geïnteresseerd?

Gelieve uw sollicitatiebrief, vergezeld van uw C.V., te richten aan I.A.B., de heer Philip VAN EECKHOUTE, Secretaris-generaal, Livornostraat 41 te 1050 Brussel, (e-mail: p.vaneeckhout@iec-iab.be).



wij hebben de wet veranderd

... door het kantoor aangenamer te maken om in te werken

Functioneert uw juridische praktijk zoals het zou moeten? Bent u tevreden over de snelheid van de computers en over de manier waarop u informatie deelt met uw collega's? Bent u tevreden over de printkwaliteit? En over de toegang tot het internet? Kortom bent u tevreden over de manier waarop uw praktijk waardevolle data van cliënten bijhoudt en opslaat?

HP stelt producten en oplossingen voor die de behoeften van uw praktijk begrijpen en uw kabinet op een **productieve, eenvoudige** en **betrouwbare** manier laten evolueren.

HP en partners: informatica voor de KMO

ontdek de promoties van de
maand voor de KMO op

www.hp.be/topvalue

- de beste prijzen
- de nieuwste technologieën
- onmiddellijk beschikbare producten

