

DE TOEKOMST VAN HET BURGERLIJK PROCES - HET PROCES VAN DE FEITEN ?

*Openingsrede gehouden door mr. Matthias E. STORME
op de plechtige openingszitting van het Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel
op vrijdag 8 november 1991**

1. *Zeug geel 113.* — In september 1978 werd de varkensstapel van varkensboer Bardeel gedecimeerd door varkenspest overgebracht door een zeug genaamd geel 113, die bij zijn buurman Swinkels ontsnapt was. In deze zaak wees de Hoge Raad der Nederlanden een arrest dat beschouwd wordt als een standaardarrest inzake de risico-aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de daad van een dier. Boer Swinkels werd noch op basis van fout noch op basis van risico aansprakelijk gesteld. Twee feiten speelden uitdrukkelijk een rol bij de afwijzing van de foutloze aansprakelijkheid van Swinkels. Het eerste was dat het niet echt om een daad van een dier gaat bij het overbrengen van een besmettelijke ziekte. Het tweede was dat Bardeel de zeug buiten zijn wei zou hebben gevonden en, denkende dat het de zijne was, ze zelf zou hebben binnengelaten. Een derde feit speelde impliciet een rol bij de afwijzing van een op fout gebaseerde aansprakelijkheid van Swinkels, namelijk dat — zo zei de Hoge Raad — er in het geding van moest worden uitgegaan dat de boer het besmettingsgevaar niet kende noch behoorde te kennen. Een van de raadsheren die het arrest wezen, benadrukte dit derde feit later, als regeringscommissaris voor het nieuw burgerlijk wetboek¹: «Aan de eis dat de eigenaar wist of behoorde te weten dat de zeug met de betreffende ziekte besmet was en deze dus kon overbrengen was in dit geval niet voldaan. Was dat wel het geval geweest, dan was de afloop, naar het arrest impliceert, anders geweest.»

Boer Swinkels werd jaren later geïnterviewd over deze zaak. Hij bevestigt dat hij natuurlijk wél wist dat zijn varkens een besmettelijke ziekte hadden. Hij had het overigens direct gemeld bij het Centraal Diergeneeskundig Instituut. Daar kon men de oorzaak evenwel niet vinden.

Een vierde feit ten slotte dat ten processe vaststond, en meer bepaald door de advocaat-generaal in zijn conclusie werd vermeld, was dat beide partijen voor de schade verzekerd zouden zijn geweest. In werkelijkheid was boer Bardeel alleen verzekerd voor rechtsbijstand, niet voor schade. En U weet allemaal dat, hoewel het feitelijk verzekerd zijn van partijen geen rol zou mogen spelen voor de aansprakelijkheid, ook hier het bloed der veronderstelde billijkheid kruipt waar het niet gaan kan². Het verhaal, en meer bepaald het

interview, wordt samengevat in het boek *De Hoge Raad van onderen*³, dat het zogenoemde consumentenperspectief op het rechtspraakbedrijf wil beschrijven. Het is een van de meer flagrante, maar zeker nog niet het meest schokkende verhaal uit het boek. U zou het met plezier uitlezen, en U zal dan aan het einde met de auteurs tot het besluit komen dat «het voor het algemene vertrouwen in de rechtspraak maar goed is dat zo weinig mensen tot de Hoge Raad doorprocederen, waarmee niets gezegd is over de juridische kwaliteit van die rechtspraak».

Dames en Heren, ik heb dit verhaal als inleiding gekozen omdat het het hoofdthema van mijn verhaal illustreert, namelijk de rol van de feiten in het proces. Ik heb het ook gekozen omdat in het zopas aangehaalde besluit de dubbele betekenis van het burgerlijk proces besloten ligt. Alvorens U te onderhouden over het proces van de feiten wil ik met U deze dubbele betekenis van het burgerlijk proces in het algemeen nagaan.

2. *Maatschappelijke betekenis van het proces.* — Dat «het voor het algemene vertrouwen in de rechtspraak maar goed is dat zo weinig mensen doorprocederen» drukt het consumentenperspectief uit op het rechtsbedrijf. Het burgerlijk proces in twintigste eeuw is vanuit consumentenperspectief naar het woord van sir Jack Jacob «a threeheaded hydra: delay, costs and vexation»⁴. Vandaar dat het een belangrijke taak is voor ons allen om de mogelijkheden om het burgerlijk proces en de alternatieve vormen van geschillenbeslechting sneller, goedkoper en minder tergend te laten verlopen, om het proces voor de erbij betrokken consument meer weldaad

Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, rede Rotterdam 1955, 's-Gravenhage, 1955, 12 v., ook in *Geschriften*, 1982, 53 v.; W. VAN GERVEN, «De invloed van de verzekering op het verbintenissenrecht», *R.W.*, 1962-63, (777), nr. 6, 15-16; A. TUNC, «Responsabilité civile et assurance», *Hulde René Dekkers*, (343), 351, en B.S. MARKESINIS, «La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance», *R.I.D.C.*, 1983, 302 v.; ook D. SIMOENS, «De invloed van de verzekering op de aansprakelijkheid», noot onder Vred. Merkssem, 9 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 1282; mijn bijdrage «Aspects de la causalité en droit des obligations et des assurances», *T.Verz.*, 1990, 444 v.; M. FAURE & VAN DEN BERGH en R.J. TJITTES & T. HARTLIEF, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, Preadviezen voor de Vereniging voor burgerlijk recht, 1990; M.J. TREBILCOCK, «The role of insurance considerations in the choice of efficient civil liability rules», 4, *Journal of Law, Economics and Organization*, 1988, 243 v..

³ F. BRUINSMAN en R. WELBERGEN, *De Hoge Raad van onderen*, Zwolle, 1988, boekenreeks NJB, nr. 12, m.b. pp. 85 en 113.

⁴ «Justice between man and man», in *Current legal problems*, 1985 (211), 226.

* De repliek van de stoffhouder van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel werd gepubliceerd in *Berichtenblad Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel*, 1991-92, nr. 1, pp. 7-13.

¹ SNIJDERS, in *Handelingen Tweede Kamer*, 17541, nr. 8, pp. 57-58.

² Zie over deze problematiek naast de klassieke bijdragen van Albert A. EHRENZWEIG, «Assurance oblige — a comparative study», 15, *Law and contemporary problems*, 1950, (445), 451 v.; H. DRION,

dan kwaad te laten zijn⁵, te onderzoeken en te verwerken. De eenentwintigste eeuw zal ons enorme technische en menselijke mogelijkheden bieden om dit te doen⁶. Ik zal U misschien teleurstellen door U te zeggen daarover niet te zullen spreken en U zelf te laten oordelen welke richting wij daarmee uit moeten.

Nu is het proces maar het topje van de conflictuele ijsberg⁷. Naast de genoemde microjuridische betekenis, namelijk de beslechting van het geschil tussen de erbij betrokken partijen, heeft het burgerlijk proces ook een macrojuridische betekenis. Die bredere maatschappelijke betekenis wil ik samenvatten in twee punten.

1° Ten eerste is het burgerlijk proces in ons recht in feite een van de belangrijkste wijzen waarop rechtsregels gevormd worden. Hoe men verder ook moge denken over de verhouding tussen de door de rechter gevormde regels en de door andere maatschappelijke krachten, zoals de wetgever of de rechtspraak gevormde regels, het zou slechts van verblinding getuigen te ontkennen dat er door de rechter rechtsregels gevormd worden en dat de door rechters naar aanleiding van concrete geschillen verwoorde regels niet zomaar kunnen worden herleid tot iets wat voordien reeds bestond. Het duidelijkst is dit vanzelfsprekend het geval in die procedures waarin over de zaak zelf géén beslissing wordt genomen, zoals in de cassatieprocedure en in de prejudiciële procedures voor het Arbitragehof of het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Ook algemene rechtsbeginselen, al komen zij niet uit de lucht gevallen, worden slechts *regel* door de verwoording ervan door de rechter.

2° Ten tweede is het burgerlijk proces ook voor de daar niet rechtstreeks bij betrokken partijen stéeds opnieuw een illustratie op welke wijze in onze maatschappij aan feiten recht gedaan wordt. Het toont de burger hoe feiten in geval van geschil komen vast te staan, hoe zij gekwalificeerd worden, hoe zij gewaardeerd worden, kortom alles wat wij juristen zo graag feitelijke vragen noemen. Dit geschiedt weliswaar vooral in bodemprocedures, doch het geschiedt

natuurlijk ook in cassatiearresten, zelfs wanneer zij oordelen dat het antwoord op een bepaalde vraag tot de onaantastbare appreciatie van de bodemrechter behoort, aangezien dit precies impliceert – althans behoort te impliceren – dat die dan verplicht is alle opgeworpen omstandigheden te waarderen en ze niet buiten beschouwing mag laten op de enkele grond dat zij nooit relevant zouden zijn. Zo wordt de rechter gecensureerd die op de betwisting omtrent het bestaan van een wilsverklaring niet in feite oordeelt, maar wel stelt dat een wilsverklaring nooit stilzwijgend kan zijn.

Erkennen we deze dubbele betekenis van het proces voor de maatschappij *at large*, dan moeten we ook onderzoeken hoe we ervoor kunnen zorgen dat ons burgerlijk proces ook déze dubbele taak in de toekomst nog beter kan vervullen. Ook hiervoor wil ik niet pretenderen U pasklare oplossingen aan te reiken. Ik zal U enkel het heden dusdanig schetsen dat U zelf de besluiten zult willen trekken...

3. *Maatstaven voor een goede rechtsbedeling: welke zekerheid?* – Ik wil daarbij eerst nog eens benadrukken waar het niet om gaat. Het gaat er namelijk niet om hoeveel geschillen in absolute cijfers bij de advocatuur of bij de rechtbanken belanden, en de vrees waarmee sommigen dienaangaande de toekomst tegemoet zien, wordt door empirische studies overigens eerder ongegrond bevonden⁸. Het gaat er ook niet om welk aandeel van de grieven en geschillen bij de rechtbank terecht komt. De maatschappelijk relevante vragen luiden waarom slechts 10% ervan voor de rechtbank verschijnt en of de andere 90% al dan niet bevredigend worden opgelost buiten rechte. Zoals Calamandrei schreef in zijn *Lof der rechters*⁹: «Indien ik op een dag alle rechtszalen zou zien sluiten bij gebrek aan processen, zou ik niet weten of ik blij of droevig moet zijn; blij als dit zou betekenen dat er algemene menslievendheid heerst in een wereld, waarin niemand meer geneigd is zijn naaste onrecht te doen, droevig wanneer dit de triomf der algemene laagheid zou beduiden omdat niemand meer geneigd is in opstand te komen tegen het machtsmisbruik van anderen.»

Het proces vervult dan ook zijn maatschappelijke rol wanneer het, eenvoudig uitgedrukt, voor de betrokken partijen *vrede* brengt en voor de maatschappij *at large* *zekerheid*.

Het allereerste vereiste voor een goede rechtsbedeling is daarbij de toegankelijkheid van het proces. Zekerheid omtrent de regel, ja zelfs zekerheid omtrent de zogenaamd feitelijke vragen brengt nog geen vrede wanneer processen zo duur, lang of stresserend zijn dat velen, ja de meesten, geen verweer hebben tegen willekeur of machtsmisbruik.

Daarnaast omvat het begrip zekerheid meerdere aspecten. Het bekendste aspect is de zekerheid omtrent de rechtsregels, die meestal onder rechtzekerheid wordt begrepen.

Even belangrijk is evenwel zekerheid omtrent de wijze waarop de feiten in een proces vastgesteld en gewaardeerd zullen worden, de zekerheid omtrent de onaantastbare appreciaties van de rechter.

⁸ Zie bv. GALANTER, «The Day after the Litigation Explosion», 46, *Maryland Law Review*, 1986, 3 v.; B.S. MARKESINIS, «Litigation mania in England, West Germany and the USA: are we so different?», Atkin lecture Reform Club London, 1989, *Cambridge LJ*, 1990.

⁹ *Lof der rechters*, 83.

⁵ Marcel L., STORME, *Het proces: weldaad of kwaad?*, Gent, 1991.

⁶ Zie bv. voor de mogelijkheden van de computer bij de organisatie en het beheer van de rechtsbedeling o.m. A. W. KOERS en W.D. PELGER, «Information technology and court administration», *Justice and Efficiency*, General Reports VIII the World Congress on Procedural Law, Utrecht, 1987, 407 v.; en voor de mogelijkheden bij het rechtspreken zelf H.J. VAN DEN HERIK, *Kunnen computers rechtspreken?*, inaugurale rede Leiden, 1991.

⁷ E. DELANOËJE, F. VAN LOON en Y. WOUTERS, «Reconstructie van de pyramide van conflictafhandeling in Vlaanderen», *R.W.*, 1991-92, 144-149. Volgens een recent onderzoek naar de aanpak door de doorsneeburger van doorsnee-rechtsproblemen bereikt slechts ongeveer 10% van de «grieven» de rechtbank. Het gaat van 14% in schadegevallen over 10% in geval van conflict met de overheid tot slechts 5% in verbruikerszaken, die nochtans voor de doorsneeburger in aantal duidelijk het belangrijkste zijn – met als uitzondering enkele problemen die nauwelijks anders dan via de rechtbank kunnen opgelost worden – zoals problemen na echtscheiding (37%). Volgens dat onderzoek is het verder niet zozeer de drempel van de rechtbank die hoog blijkt te zijn in verhouding tot de vorige stap, maar de drempel van inschakeling van een derde persoon, in het bijzonder die van een advocaat. Dit hoeft overigens geen reden tot leedvermaak te zijn voor de magistraten, want de ontevredenheid over de uitslag van een rechtsgeding loopt gemiddeld op tot 62% (van de 10% die bij de rechtbank belandt).

Voor de burger zijn deze twee aspecten van zekerheid evenwel nog bijlange niet voldoende. Aan de zekerheid omtrent de regel heeft de burger enkel dan iets wanneer die zekere regel ook kenbaar is, wanneer die regel aansluit bij wat in de betrokken kringen leeft. Hij heeft er niets aan indien het alleen maar de zekerheid is van de hooggeschoolde jurist, de zekerheid van de juridische spitstechnologie. Moeten we niet met zijn allen erkennen dat, zoals de Vrederechter van Sint-Gillis onlangs oordeelde «zoals nog geïllustreerd door de in het dagdagelijkse leven van allen ingrijpende en als door allen leesbaar bedoelde huurwet van 20 februari 1991, het recht en de rechtstaal enkel voor ingewijden toegankelijk zijn en dat de nostalgie door anderen begrepen te worden door haar recurrentie niet ophoudt te behoren tot de droomwereld van gefrustreerde juristen en vervreemde rechtzoekenden»¹⁰?

Zelfs die regelzekerheid is niet voldoende wanneer het gelden van de regel niet voorspeld kan worden omdat de rechtsfeiten waaraan die regel vastknoopt rechtsfeiten zijn, waarvan de aanwezigheid of afwezigheid in het verkeer niet eenvoudig met zekerheid vast te stellen zijn (bv. bij een keuze voor de zogenaamde wilsleer in plaats van de vertrouwensleer) of omdat de feitelijke appreciatie gebeurt op een wijze die de feiten voor de burger niet herkenbaar of hun vaststelling niet redelijkerwijze aanvaardbaar maakt (bv. omdat hij de in de regel aangegeven feiten niet kan of mag bewijzen).

Verder kan zelfs een dergelijke zekerheid niet voldoende zijn indien zij geen vrede kan brengen omdat op grond van een te absolute verwoording van de regel geweigerd wordt rekening te houden met feitelijke omstandigheden die voor de burger wél relevant zijn of geworden zijn, en de uitspraak om die reden niet aanvaardbaar is. Dit is bv. het geval met regels van contractenrecht die het onmogelijk zouden maken rekening te houden met de machtspositie van de onderscheiden partijen, met de vraag of niet één partij te zwak is om de nadelen van de regel af te kopen, af te wentelen, weg te bedingen of te ontduiken.

Ten slotte zijn zelfs al deze zekerheden en het bevredigend karakter van de uitspraak nog niet voldoende indien de uitspraak niet ook werkelijk kan worden waargemaakt.

Kortom, de zekerheid die de burger aanbelangt, is de zekerheid dat er recht gesproken wordt, en dat is veel meer dan enkel de zekerheid omtrent de regel. Zelfs indien de zekerheid omtrent de regel alléén het aantal processen zou verminderen, of een bepaald soort procedures, zoals bv. cassatieprocedures, zou verminderen, mogen wij ons daar niet op blindstaren. Want, naar het woord van Lord Devlin¹¹: «Where injustice is to be found is not so much in the cases that come to Court, but in those that are never brought there. The main field of injustice is not litigation, but non-litigation.»

Dit alles is ook de taak van de rechtsbedeling, de taak van ons allen hier aanwezig. De verantwoordelijkheid hiervoor enkel naar de wetgever afschuiven zou vluchtmisdrijf zijn.

4. *Over welke feiten hebben we het?* – Ik heb beloofd U iets te zeggen over de betekenis van feiten in het proces. Ik heb ook beloofd dat ik U zélf zal laten oordelen of deze betekenis beantwoordt aan de criteria die ik U zopas voor een behoorlijke rechtsbedeling heb gegeven.

Welnu, wanneer wij juristen, minstens in het raam van een proces, doch veelal ook daarbuiten, het over feiten hebben, dan hebben we het namelijk volstrekt niet over een buiten-juridische, «levensfeitelijke» werkelijkheid. Die werkelijkheid is voor ons chaotisch, onverteerbaar en gevaarlijk. In haar brute vorm moeten we die dan ook zo veel mogelijk buiten houden. Dat het recht in het geval besloten zou kunnen liggen, dat de rechter de beslissing zou nemen door de waardering van het geval in zijn geheel, naar de stelling van Paul Scholten in zijn onovertroffen Algemeen Deel, *Ius in causa positum*¹², dat is voor elk rechtgeaard, democratisch jurist toch een schandaal¹³. En als in een bepaald proces ooit «de feiten voor zichzelf spreken», dan moeten wij de vraag stellen wat wij eerst allemaal met die feiten gedaan hebben opdat ze zo zouden kunnen spreken. Vooraleer de levensfeiten op de tafel van het gerecht mogen «verschijnen», vooraleer zij «gerecht» mogen worden, moeten zij verteerbaar gemaakt worden, moeten zij op een dubbele manier «klaargeemaakt» worden. Vooraleer de feiten in onze wereld van het proces mogen verschijnen, moeten zij voldoen aan twee vereisten: enerzijds het bewijs, anderzijds de relevantie voor een rechtsregel. Over deze beide bewerkingen wil ik het met U hebben. De eerste betreft het zogenaamde oordeel in feite, de tweede het zo te noemen oordeel naar recht.

5. *De rol van het bewijsrecht.* – Het is een gemeenplaats te zeggen dat de feiten in het proces maar ter sprake kunnen komen indien ze bewezen zijn¹⁴. Gerbrandy zei het mooier: «De dagvaarding schept een rechtelijk luchtledig»¹⁵.

¹² ASSER-SCHOLTEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Zwolle, 1954, 11. De stelling vinden we ook terug bij oud-eerste voorzitters van de (Noordnederlandse) Hoge Raad, zoals o.m. DUBBINK en WIARDA. Vgl. ook nog raadshere em. A. MEEUS, «L'art de juger», in *Mélanges offerts à Robert Legros*, U.L. Bruxelles, (437) 438.

¹³ Zie bv. F. DUMON, «De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen», *R.W.*, 1975-765, 265 v.; «Billijkheid en recht – enkele overwegingen», 42, *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België*, 1980, nr. 5.

¹⁴ Men kan dit zelfs stellen indien feiten ten processe komen vast te staan enkel omdat zij niet betwist zijn. Weliswaar geldt het niet betwisten niet als bekentenis (Cass., 18 september 1964, *Pas.*, I, 61, *J.T.*, 1965, 120), zodat een latere betwisting in beginsel nog mogelijk blijft, maar zolang die niet plaatsvindt, geldt het feit in een dispositief proces (een door het beschikkingsbeginsel beheerst proces) als vaststaand. Meer nog, feiten kunnen zelfs vaststaan zolang ze niet voldoende en gemotiveerd betwist worden. Zie daarvoor mijn «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrechts- en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, nrs. 107-108 en 117-118; Hof Brussel, 2 november 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1475, *Journal des Procès*, nr. 161, 30, noot B. JADOT en F. OST.

¹⁵ S. GERBRANDY, «Het waarheidsprobleem in het burgerlijk procesrecht», 45. *Handelingen van de Vereniging voor de wijsbegeerte des rechts*, 1961, (3), 12-13.

¹⁰ Vred. Sint-Gillis-Brussel, 5 juni 1991, *R.W.*, 1991-92, 306.

¹¹ LORD DEVLIN, «Who is at fault when injustice occurs», *What's wrong with the law* (red. M. Zander), BBC, 1970, 72.

We vergeten er evenwel soms ook de keerzijde aan toe te voegen: wat uit de bewijsmiddelen blijkt, geldt evenzeer als feiten, zelfs al hebben ze zich niet voorgedaan. Of, zoals een commentator van een arrest van de Hoge Raad het zei: «Ook al weten wij, althans kunnen wij weten, dat de feiten niet kloppen, dan nog oordelen wij. Dat de beslissing dan betrekking heeft op een imaginaire casus mag de pret niet drukken»¹⁶.

De schijn heeft hoe dan ook zijn voorlopige rechten. De rechter is immers bevoegd om voortgaande op de schijn alle maatregelen te bevelen, ook zonder dat zij spoedeisend zijn, in België enkel wanneer het bodemgeschil voor hem aanhangig is (art. 19, tweede lid, Ger.W.)¹⁷, in Frankrijk zelfs gewoon in kort geding (art. 809 NCPC)¹⁸, met als enige begrenzing dat zijn beschikking geen gezag van gewijsde heeft. Dit belet niet dat de kracht van het rechterlijk bevel vaak groter is dan de kracht van zijn gewijsde¹⁹. Bovendien is het kort geding bij uitstek de rechtsgang van de sociaal en economisch zwakke²⁰. Wanneer wij een dusdanig gewicht geven aan het eerste gezicht – prima facie – de eerste geur – *fumus boni iuris* –, is dit dan niet «transformer la justice en théâtre d'apparences»²¹?

Doch keren we terug naar het gewone geding en de behandeling van de feiten in zaken waarin wel recht gesproken wordt, althans waarin dat de bedoeling is.

Vandaar mijn vraag: aan welke feiten wordt in een bodemprocedure recht gedaan?

De essentie van ons bewijsrecht werd zeer scherp gesteld door prof. Paul Foriers: ze bestaat erin «à privilégier la régularité par rapport à la réalité». Het komt er niet op aan of feiten juist zijn, maar of zij in het proces regelmatig «geproduceerd» worden, dit is volgens de regels, en dit wil hoofdzakelijk zeggen volgens de procedures bepaald door het Gerechtelijk Wetboek. Laat mij daartoe met U een aantal technieken van ons bewijsrecht nader bekijken. Ik zou U willen vragen bij die analyse te willen letten op twee meer algemene aspecten.

Het eerste aspect is de functie van rituele reiniging: het feitenmateriaal moet zoveel mogelijk geneutraliseerd worden, dit is ontdaan worden van al wat subversief of schandelijk zou kunnen zijn, van al wat de maatschappelijke rust zou kunnen storen. Dit aspect vinden we duidelijk in het adagium *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*: met vuile zaakjes wil de rechter niets te maken hebben. We vinden het

¹⁶ VAN MOURIK, *W.P.N.R.*, nr. 5712 (over H.R., 16 maart 1984); vgl. ook P. FORIERS, «Introduction au droit de la preuve», in *La preuve en droit, Travaux du Centre national des recherches de logique*, Bruylant, Brussel, 1981, 12.

¹⁷ Marcel STORME en P. TAELEMAN, «Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, red. Marcel Storme en A. Beirlaen, Antwerpen, 1991, (1) 27-28, nr. 22.

¹⁸ «Le Président peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (...) pour faire cesser un trouble manifestement illicite». Zie R. MARTIN, «Le référé, théâtre d'apparence», *Dalloz*, 1979, C, 158, nr. 26.

¹⁹ Over de «definitivering» van het kort geding, zie behalve R. MARTIN, *a.w.*, ook M. STORME en P. TAELEMAN, in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, (1), 71, nr. 67.

²⁰ B. ASSCHER, *Meesters der metamorfose*, 47.

²¹ R. MARTIN, *Dalloz*, 1979, C, 158.

in allerlei wettelijke vermoedens en bewijsbeperkingen, waarvan het bekendste voorbeeld tot voor enige jaren te vinden was in de beperking van het onderzoek naar het vaderschap²². Wat de maatschappelijke rust betreft, kan ik ook het gezag van gewijsde vermelden²³.

Het tweede aspect hangt samen met de legitimerende rol van het proces²⁴: het feitenmateriaal wordt door de partijen geproduceerd in woord en wederwoord, in onderlinge tegenspraak, en wordt maar tot het proces toegelaten in zoverre het in woorden is omgezet.

De regels en gebruiken omtrent de bewijsvoering hebben dan ook de bedoeling de feiten zo weinig als maar mogelijk is in hun onmiddellijkheid in het proces binnen te laten. Ik heb het daarbij niet alleen over de regels zoals ze in het Gerechtelijk Wetboek staan. Ik heb het vooral over de regels die in onze dagdagelijkse rechtspleging gelden en die daarvan wel eens flink durven afwijken. Zij hebben de neiging uit te gaan van de boutade van Georges Braque dat «les preuves fatiguent la vérité».

Ik kan U hiervan venzelfsprekend geen volledig bewijs leveren, maar toch een aantal aanwijzingen. Het zijn er een zestal.

6. *Eerste aanwijzing: bewijsmiddelen zijn een zaak van de partij.* – Een eerste aanwijzing vinden we reeds in de klasieke handboeken over het beroep van advocaat. De advocaat oefent zijn beroep in beginsel uit op zijn kantoor, en begeeft zich niet naar een plaats waar de feiten hem zouden kunnen overrompelen. Het is in beginsel de cliënt, en niet de advocaat, die het dossier met de bewijsstukken dient samen te stellen²⁵. Met een detective mag hij zich slechts node

²² Zie de bespreking door P. FORIERS, «Considérations sur la preuve judiciaire», *La preuve en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique* (red. Ch. Perelman en P. Foriers), Bruylant, Brussel, 1981, (315), 319.

²³ De rol van het gezag van gewijsde zal in de eenentwintigste eeuw waarschijnlijk nog toenemen. Meer bepaald in Noord-Amerika ontwikkelt de leer zich in de richting van een «non-mutual issue estoppel», d.i. een eenzijdige gezag van gewijsde waardoor een partij die in een proces tegen één persoon aansprakelijk is bevonden, zijn aansprakelijkheid niet meer kan betwisten in latere procedures door andere personen op grond van dezelfde feiten, veelal massale schadegevallen. Zie over deze problematiek in het bijzonder G. WATSON, «Duplicative litigation: Issue estoppel, abuse of process and the death of mutuality», 69 *Canadian Bar review*, 1990, 623, en «Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality», in *International Perspectives on Civil Justice*, red. I. Scott, London, 1990, 179. De vraag rijst daarbij of men dan ook niet de andere schadelijders zou moeten verplichten zich bij een eerdere procedure aan te sluiten (op een wijze die dicht bij onze burgerlijke-partijstelling komt), om «wait and see plaintiffs» te vermijden. De eerste vraag is helemaal niet in strijd met de nieuwe leer betreffende het iuris tantum karakter van het gezag van gewijsde in strafzaken tegenover derden die geen partij waren bij het strafproces (Cass., 15 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1159, noten F. PIEDBOEUF en G. SCHAMPS), de tweede vraag heeft daarmee wel raakpunten.

²⁴ Zie N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, 1975, 55 v., m.b. 82 v.; Zie ook W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, 93 v.

²⁵ BRAUN en MOREAU, *La profession d'avocat*, Brussel, 1985, nr. 583.

inlaten²⁶. Aan de advocaat wordt de raad gegeven zoveel mogelijk afstand te bewaren tegenover zijn cliënt en zich zo ver mogelijk te houden van het onderzoek naar de levensfeiten. Zich daarmee inlaten is beneden zijn waardigheid. Het wordt beschouwd als een vorm van ongezonde nieuwsgierigheid, van voyeurisme. Het zou bovendien fataal kunnen zijn voor zijn gemoedrust. Speciaal aan de jonge advocaten, aan de stagiairs wordt zulks op het hart gedrukt. Hoor ik hier niet de grijsaard uit het gedicht van Hendrik Marsman? Wanneer de jongeling uitroept:

«Groots en meeslepend wil ik leven!

«hoort ge dat, vader, moeder, wereld, knekelhuis dan antwoordt hij:

«(...) laat alles wat tot u komt

onder grote en oorlogszuchtige namen

buiten uw raam in den regen staan:

het is slecht te vertrouwen en niets gedaan.»

Nu kunt U opmerken dat, precies om de waarheid beter in het proces te laten komen, de advocaat de nodige afstand moet bewaren, en zo bv. geen enkel contact mag hebben met getuigen die in het geding kunnen worden opgeroepen²⁷, althans niet in binnenlandse procedures²⁸. Sta mij toe hieraan te twijfelen. Het is niet zo gewaagd om voor onze toekomst te voorspellen wat in Amerika heden is: de overtuiging dat de waarheid aan het licht zal komen door de confrontatie van subjectief onderzoek door partijen met tegengestelde belangen, gepaard met de verplichting om *alle* bewijsmateriaal aan de wederpartij mee te delen, een verplichting die ook een middel is om minnelijke schikkingen te bevorderen.

Wel is het volkomen juist, zoals eerste voorzitter Soetaert schreef, dat hoe meer tussenpersonen tussen de partij en de rechter worden opgesteld, des te talrijker de kansen worden dat de waarheid wordt vervormd²⁹. Maar in ons positief bewijsrecht gaat het er blijkbaar niet om een direct contact tussen de rechter en de werkelijkheid, namelijk de partij, de getuige, de plaats, in te stellen, zoals uit de rest van mijn verhaal moge blijken. De reden daarvoor is m.i. onder meer dat wij gewoon een hekel hebben aan alles wat geen papierwerk is, dat wij de feiten eigenlijk oervervelend vinden. Wij zouden het liefst hebben dat alle feiten reeds van voren af aan in onze modellenverzameling passen. De feiten zijn evenwel weerbarstig, ze verstellen³⁰ zich voortdurend. Indien we de feiten recht zouden willen doen, zou het geen kwaad kunnen mochten wij advocaten zelf actiever op zoek gaan naar bewijsmiddelen, zodat we misschien minder vaak

dingen zouden schrijven die tegenover de werkelijkheid staan als de ondertiteling: «Ceci n'est pas une pipe»³¹.

7. *Tweede aanwijzing: het contact van de rechter met de feiten.* – Ook een direct contact tussen de rechter en de levensfeiten moet vermeden worden, en dat is mijn tweede aanwijzing. De rechter mag zijn persoonlijke kennis van omstandigheden van de zaak niet gebruiken. Een rechter te Gent mocht dit ondervinden: toen hij verklaarde uit de door hem persoonlijk ter plaatse gedane vaststellingen te hebben afgeleid dat de Koersenstraat niet verder loopt dan haar aansluiting met de Maaltebruggestraat, werd hij gecensureerd door het Hof van Cassatie omdat hij buiten weten der partijen tot een plaatsopneming zou zijn overgegaan³².

Nu zult U waarschijnlijk opmerken dat het Gerechtelijk Wetboek het rechtstreeks contact tussen de rechter en de feiten precies wil bevorderen, bv. door hem toe te staan ambtshalve een plaatsopneming, een getuigenverhoor of een persoonlijke verschijning van partijen te organiseren, mits dit alles maar op tegenspraak geschiedt, met eerbiediging van het recht van verdediging. U weet wat dit in de praktijk betekent. Deze «contacten» worden gedelegeerd, en bovendien meestal uitgevoerd door een rechter die nadien geen zitting neemt bij de beraadslaging. Dienen zij in een ander rechtsgebied te worden georganiseerd, dan moet dit via een ambtelijke opdracht aan een andere rechtbank geschieden³³. Ligt de toekomst hier niet in een terugkeer naar de idee der reizende rechters³⁴, die in de arbitrage reeds dagelijkse werkelijkheid is?

8. *Derde aanwijzing: voorrang aan de schriftelijke verbalisering.* – Er is evenwel nog een meer fundamentele belemmering, die ons hele bewijsstelsel kenmerkt. Zij vormt mijn derde aanwijzing. Het is deze, dat zelfs in die gevallen waarin er een onmiddellijk contact is geweest tussen de rechter en de levensfeiten, dit contact géén rol mag spelen bij de motivering van het vonnis. In onze beste rechtsleer³⁵ is be-

²⁶ Art. 186 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel (aanbeveling van de Orde van Brussel van 17 maart 1981).

²⁷ MAHIEU en BAUDREZ, *De Belgische advocatuur*, Kurne, 1980, nrs. 2707-2719; BRAUN en MOREAU, *La profession d'avocat*, nr. 596; art. 165 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel. Zie ook art. 937, 3°, Ger.W.; Cass., 21 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 553.

²⁸ Art. 168-1 Codex deontologie van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel.

²⁹ R. SOETAERT, «Waarheid in het gewijsde», *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder René Victor*, Antwerpen, 1973, II, (881), 884.

³⁰ In het Duits heeft «verstellen» naast verplaatsen ook nog de betekenis van veinzen, verbergen, zich onttrekken, ongeveer zoals het Franse se dérober.

³¹ Zie de commentaar op dit schilderij van Magritte door M. FOUCAULT, onder dezelfde titel, *Fata Morgana*, 1986. Voor voorbeelden van wat ik bedoel, zie nogmaals R. SOETAERT, «Waarheid in het gewijsde», in *Recht in beweging*, m.b. 885.

³² Cass., 29 november 1954, *Arr.*, 201. Vgl. Cass., 25 september 1959, *Pas.*, I, 123; Cass., 15 maart 1963, *Pas.*, I, 775; Cass., 24 september 1964, *Pas.*, I, 78.

³³ Zie de vernietiging door Cass., 19 september 1974, *Arr.*, 84, van Rb. Aarlen, 27 juni 1967, wegens plaatsopneming buiten het rechtsgebied.

³⁴ Voor de redenen van verzet daartegen kan men de vergelijking maken met het probleem van de reizende notaris, zie F. STEVENS, «La question du ressort notarial ou le spectre du notaire vagabond», in *Houd voet bij stuk, Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Leuven, 1990, 405 v.

³⁵ E. CAUSIN, «La preuve et l'interprétation en droit privé», *La preuve en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique (red. Ch. Perelman en P. Fofiers), Brussel, 1981, (197) 201-204. Zie voor fundamentele rechtsvergelijkende literatuur hierover R.W. MILLAR, «The formative principles of civil procedure», 18, *Illinois Law Review*, 1923, 1 e.v., i.h.b. §§ 7 en 8 (deze auteur spreekt in dit verband van een «principle of recordation»); M. CAPPELETTI, *Procédure orale et procédure écrite*, 1971; V. DENTI en M. TARUFFO, «Simplifying the taking of evidence», in *Justice and efficiency*, (317) 322 v., en voor een rechtshistorisch overzicht, M. CAPPELETTI en B.

schreven hoe elk bewijs in ons burgerlijk procesrecht schriftelijk is in die zin dat de bewijsvoering stéeds vermiddeld wordt door één of meer geschriften, en hoe al deze geschriften beheerst worden door dezelfde canon van de letterlijke uitleg, de uitleg volgens de gebruikelijk betekenis der woorden. Dat het hier gaat om «dingen die niet overgaan», blijkt al daaruit dat dit reeds een fundamenteel kenmerk was van de gemeenrechtelijke laatmiddeleeuwse procedure.

En inderdaad, ook al is de beschreven stelling m.i. te absoluut – omdat ze niet opgaat voor een aantal vermoedens –, het getuigenverhoor, het verhoor van partijen en de plaatsopneming worden schriftelijk verslagen, evenals de gerechtelijke bekentenis en de eed, en de deskundige doet schriftelijk verslag van zijn onderzoek, en het is slechts in deze geschriften dat het bewijs mag worden gevonden, niet in de daarin verslagen feiten zelf. En wat zien we verder? De leer van de zogenaamde bewijskracht van akten verplicht ons om al deze teksten uit te leggen volgens de gebruikelijke betekenis van de woorden, tenzij in het geval waarin er elke bewijswaarde aan ontzegd wordt³⁶. En behalve voor het deskundigenverslag gaat het om authentieke akten zodat dit laatste enkel kan geschieden door middel van een valsheidsprocedure. Dit geldt volgens de heersende leer niet alleen voor een materiële valsheid, maar ook voor een zogenaamde intellectuele valsheid, dit hoewel het toch voor iedereen duidelijk moet zijn dat een intellectuele valsheid niet op te sporen is met de door het wetboek voorgeschreven procedure van schriftvergelijking³⁷!

GARTH, *International Encyclopedia of comparative law*, XVI, Ch. 1, Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, 3-9. Zie ook de rapporten van het XVIIe Colloquium van de Instituts d'Etudes judiciaires français, Grenoble, januari 1988, *Pouvoirs des parties et du juge*, m.b. de rapporten van J. NORMAND en R. PERROT.

³⁶ Onaanvaardbaar is overigens aan deze traditionele leer dat zij geen onderscheid maakt tussen declaratieve en dispositieve akten (een onderscheid dat we nog terugvinden in art. 1320 B.W., duidelijker in POTHIER'S *Traité des obligations*, nrs. 735-737), hoewel het hier om twee totaal verschillende soorten akten gaat, die volgens geheel andere regels dienen te worden uitgelegd (zie daarvoor mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Brussel, 1990, nr. 46): in tegenstelling tot declaratieve of mededelende akten (énonciations), waarin bepaalde feiten worden verhaald, en die dan ook naar spraakgebruik moeten worden uitgelegd onder voorbehoud van de toepassing van de regels der historische kritiek, gaat het in dispositieve akten helemaal niet om het verhalen van bepaalde feiten, maar om het aangaan van een verbintenis, het doen van een belofte, het beschikken over een vermogensbestanddeel e.d.m. door middel van de ondertekening en terbeschikkingstelling van de akte, zodat dergelijke akten moeten worden uitgelegd volgens de regels die gelden voor het soort rechtshandeling dat in die akte wordt geïncorporeerd, en wel ongeacht of men nu van mening is dat rechtshandelingen psychologisch moeten worden uitgelegd (volgens de bedoeling van de auteur) dan wel naar goede trouw. Als de «bewijskracht» in tegenstelling tot de «bewijswaarde» niets met bewijs, maar alles met uitleg te doen heeft, dan is het volkomen verkeerd de uitleg van rechtshandelingen nog mede door bewijsregels te laten bepalen. Vgl. verder over dit vraagstuk ook E. CAUSIN, in *La preuve en droit*, nr. 14, en vooral zijn «L'interprétation des contrats en droit belge», *L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, 281.

³⁷ Zie N.K.F. LAND, *Verklaring van het burgerlijk wetboek, deel VI (Bewijs)*, door J. EGGENS, Haarlem, 1933, 96 v.

Mijn indruk is veeleer dat het in al deze bewijsprocedures eigenlijk nauwelijks gaat om de werkelijkheid van de geverbaliseerde feiten. Het gaat erom dat er door tussenkomst van personen die geacht worden een zeker maatschappelijk gezag te bezitten (de aangewezen rechter, advocaten, deskundigen, e.d.m.) feiten worden *geproduceerd*³⁸ die het mogelijk moeten maken op het geschil regels toe te passen en de partijen dusdanig bij die productie van feiten te betrekken dat zij ze voor waar zullen aannemen, ook indien ze puur imaginair zijn. Daarom is het van wezenlijk belang dat de partijen, of bij voorkeur hun technische of juridische raadslieden, bij al deze verrichtingen betrokken worden. Zij moeten immers garanderen dat de veelvormige, brute, glibberige werkelijkheid gereduceerd wordt tot woorden die een louter juridisch gesprek mogelijk maken.

Wat dit laatste betekent, zal verderop ter sprake komen als ik over de relevantie of subsumeerbaarheid van de feiten spreek. Maar ieder van U die reeds vaker expertiseverrichtingen heeft meegemaakt, zal begrijpen wat ik bedoel: de meeste vaststellingen van deskundigen zijn geen vaststellingen van de deskundige zelf, maar vaststellingen waarover partijen het eens waren dat de deskundige ze zo gezegd deed. Ik geef U een voorbeeld uit het besmette-zeug-arrest waarmee ik deze rede begonnen ben. Een van de motieven waarom boer Swinkels niet aansprakelijk werd gesteld, luidde dat boer Bardeel de zeug, die hij per vergissing voor een van de zijne aanzag, buiten zijn wei zou hebben gevonden en zelf in zijn eigen wei zou hebben gedreven. Deze «vaststelling» werd gehaald uit een expertiseverslag opgemaakt door de expert van de rechtsbijstandsverzekeraar van Bardeel en de expert van de aansprakelijkheidsverzekeraar van Swinkels. Daarover geïnterviewd³⁹ beweert Bardeel zelf evenwel dat hij de zeug in zijn eigen wei heeft gevonden, en Swinkels geeft een verklaring die daarmee overeenstemt. Het verslag werd opgemaakt in de boerderij zonder dat beide experts ook maar in de wei waren geweest, dit omdat het hard regende en ze geen zin hadden om in modder te gaan ploeteren. Bovendien bleek achteraf dat de rechtsbijstandsverzekeraar van de ene partij en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de andere beiden tot dezelfde groep behoorden. Dit laatste zal wellicht geen enkele rol gespeeld hebben, maar het is allemaal niet geschikt om het vertrouwen van de burger in de juridische bewijsvoering te versterken.

Wie een getuigenverhoor of een persoonlijke verschijning heeft meegemaakt, zal eveneens begrijpen wat ik bedoel. De vragen aan de getuige of partij in persoon zijn het product van een compromis tussen advocaten en rechter, en de antwoorden, niet de uitgesproken, maar de op schrift gestelde antwoorden, zijn dat evenzeer. Heeft iemand van U ooit een woordelijke opname van een getuigenverhoor meegemaakt, zoals die krachtens (art. 952 van) het Gerechtelijk Wetboek

³⁸ Dat feiten in het recht natuurlijk steeds door het recht zelf geproduceerd worden, is een inzicht dat radicaal werd uitgewerkt in de zgn. «autopoietische» theorie van het recht, meer bepaald door N. LUHMANN en G. TEUBNER. Zie o.m. N. LUHMANN, «Die Einheit des Rechtssystems», *Rechtstheorie*, 1983, 129 v. Op een andere wijze vinden we de idee ook uitgewerkt bij B. VAN ROERMUND, «The instituting of brute facts», *International Journal for the Semiotics of Law*, 1991, 279 v. (eerst ter kennis genomen na het uitspreken van deze rede).

³⁹ In E. BRUINSMA en R. WELBERGEN, *De Hoge Raad van anderen*.

kan worden gevraagd? Ik vermoed van niet, want het uitvoeringsbesluit ter bepaling van de erkende personen en geoorloofde procédés is nooit genomen. Daaruit blijkt dat de «getrouwe en zekere weergave» die daardoor volgens de wet moet worden gegarandeerd, geen prioriteit is. De feitelijk toegepaste procedure maakt het mogelijk de uitspraken van getuigen en partijen te verzachten, het onjuridische, het schandalige, het subversieve weg te laten, de weg naar een compromis open te houden, en last but not least, de confraterniteit hoog te houden. Door de tussenkomst van genoemde tussenpersonen wordt het later bestrijden van de aldus geproduceerde feiten dan beschouwd als een miskenning van het vertrouwen dat in die tussenkomende personen (magistraten, deskundigen, advocaten) dient te worden gesteld. Het wordt aldus meestal in de kiem gesmoord.

Indien het er niet om ging feiten te produceren op een dergelijke wijze dat partijen er achteraf nog moeilijk bezwaar tegen kunnen aantekenen, indien het integendeel om de feiten zelf ging, dan zouden wij al die genoemde geschriften allereerst niet volgens hun gebruikelijke betekenis dienen uit te leggen maar wel volgens de regels der historische kritiek⁴⁰. Meer nog, indien het om de feiten zelf ging, en daarmee bedoel ik in deze context alleen nog maar het getuigenis zelf, de plaatsgesteldheid zelf, de door de deskundige vastgestelde feiten zelf, dan moeten we verder gaan dan alleen maar het verbaliseren van deze feiten, het vermiddelen ervan in woorden. Dan zouden we precies alle technische middelen moeten aanwenden om deze feiten in hun onmiddellijkheid in het proces te brengen. Dan zouden we getuigenverklaringen en partijverklaringen niet slechts op band moeten nemen, maar zelfs op video, zodat de hele gedraging van de getuige of partij bij het verhoor kan worden gereproduceerd⁴¹; dan zouden we de plaatsopname op video moeten opnemen; dan zouden we de expertiseverrichtingen op video moeten opnemen. Het gebeurt, althans wat sommige expertises betreft, maar U weet wellicht allemaal beter dan ik hoe zelden het gebeurt. En als U vindt dat ik voor een getuigenverhoor nu wel echt overdrijf, dan wil ik de vraag stellen of dan ook het mondeling verhoor van getuigen niet evengoed overbodig is en kan worden vervangen door een schriftelijke getuigenverklaring onder eed, een affidavit, eventueel betreffende een vooraf te bepalen vragenlijst⁴². Als dat niet volstaat, volstaat een proces-verbaal van

een mondeling verhoor ook niet en stappen we het best dadelijk naar de video over.

Doch met bandopnames, video-opnames en dergelijke is er iets aan de hand wat mij tot een vierde aanwijzing brengt dat het niet om de feiten zelf gaat.

9. *Vierde aanwijzing: weerstand tegen reproductieve akten en weren van onrechtmatig verkregen bewijs.* — Die vierde aanwijzing is de enorme weerstand van de jurist tegen die documenten die geen verbalisering vormen van vaststellingen (declaratieve akte), noch een belichaming van een rechtshandeling (dispositieve akte): de zogenaamde reproductieve documenten⁴³, zoals foto's, geluids- en videobanden, maar ook wetenschappelijke bewijsmiddelen als bloedproeven en genetische vingerafdrukken. Vooral bij de eerste categorie bestaat het schandaal er blijkbaar in dat zij de profane werkelijkheid zomaar onmiddellijk in het sacrale van het proces binnenbrengen en zo de sacraliteit van ons recht profaneren. Elke rechtsplaats is immers «een gewijde plaats, die uit de gewone wereld is uitgesneden, afgebakend»⁴⁴. Het opvallende bij de waardering van reproductieve documenten is namelijk dat de betwistingen daaromtrent zelden betrekking hebben op de realiteit van de gereproduceerde feiten, op de intrinsieke waarde van de reproductie (bv. op de datum van de opname, op mogelijke trucage), maar des te meer op de zogezegde wettigheid van de opname zelf, d.i. op extrinsieke kenmerken⁴⁵. We bekritisieren het gebruik van dergelijke documenten meer bepaald wanneer de opname niet op tegenspraak is gebeurd of zonder medeweten van de betrokkenen, en dit veelal zonder de realiteit van de gereproduceerde gebeurtenissen ernstig te betwisten. Met andere woorden, wij proberen de toelaatbaarheid van dergelijke bewijsmiddelen te beperken tot die gevallen waarin het zeker is dat ze niet meer de werkelijkheid zelf weergeven, maar enkel nog de werkelijkheid zoals partijen overeenkomen ze te willen zien of zoals zij door de rechter verplicht worden die te zien. Nog anders gezegd: ons recht heeft een voorkeur voor bewijsmiddelen opgesteld *in tempore suspecto* boven bewijsmiddelen opgesteld *in tempore non suspecto*.

Bij nader toezien bestaat die weerstand niet alleen tegen reproductieve documenten, maar tegen alle bewijsmiddelen die niet door de persoon tegen wie ze aangevoerd werden, uitdrukkelijk tot bewijs werden bestemd. De weerstand betreft dus onder meer geschriften die geen akten zijn omdat ze niet zijn opgesteld in een vorm waaruit blijkt dat ze tot bewijs strekken, zoals bv. brieven.

⁴⁰ Zie voor een aanzet daartoe J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, 15 v.

⁴¹ Het gebruik van technische middelen bij het getuigenverhoor was het voorwerp van een uitvoerig rapport van prof. PESSOA VAZ op het 9e Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra, 1991, «Les systèmes informatiques d'aide à la décision judiciaire». Art. 952, derde lid, Ger.W. bepaalt dat «ieder stenografisch, mechanisch of ander procédé voor opname van het gesprokene mag worden aangewend, op voorwaarde dat aldus een getrouwe en zekere weergave wordt gekregen», maar zoals gezegd is het uitvoeringsbesluit hiertoe nooit genomen.

⁴² Dit vonden we in het oude wetboek van rechtsvordering terug voor het (mondeling) partijverhoor, dat «sur faits et articles» diende te geschieden (art. 324 Rv.), een late nakomeling van de middeleeuwse argumentatieleer, waarvan de zin ons zozeer verloren is gegaan dat ook dit laatste spoor ervan in het Gerechtelijk Wetboek is uitgewist.

⁴³ Een begrip gebruikt door G.A. MICHELI en M. TARUFFO, «L'administration de la preuve en droit judiciaire», Algemeen Rapport voor het Wereldcongres voor procesrecht, Gent, 1979, in *Towards a justice with a human face*, (105), 113.

⁴⁴ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Haarlem, 1938, 112. Zie verder ook Mircea ELIADE, *Das Heilige und das Profane*, in de Franse vertaling *Le sacré et le profane*, Parijs, 1965, 21: «Pour l'homme religieux, l'espace n'est pas homogène; il y a des portions d'espace qualitativement différentes des autres. Plus encore, pour l'homme religieux, cette non-homogénéité spatiale se traduit par l'expérience d'une opposition entre l'espace sacré, le seul qui soit réel, qui existe réellement, en tout le reste, l'étendue informe qui l'entoure.»

⁴⁵ De terminologie komt van J. SIMONS, «Photographie, cinéma et télévision: l'avenir de la preuve par l'image», *J.T.*, 1988, 613 v.

Zo gaan we bv. voor de produktie van briefwisseling de voorwaarde stellen dat de wederpartij regelmatig in het bezit ervan is gekomen⁴⁶. Zo leert een beslissing van onze Orde dat wij geen gebruik mogen maken van stukken die op bedrieglijke of indelicat wijze door onze cliënt verkregen zijn, zelfs niet om daarmee onregelmatigheden te bewijzen⁴⁷.

Als we het probleem van het beroepsgeheim nog even terzijde laten, dat het voorwerp zal zijn van mijn vijfde aanwijzing, dan gaat het hier voornamelijk om het vraagstuk van de bescherming van het privé-leven. Om een bewijsmiddel wegens onrechtmatige verkrijging uit het debat te weren, moet men m.i. toch minstens eisen dat er een specifieke rechtsregel geschonden is, die tot doel heeft de wederpartij te beschermen (een Schutznorm)⁴⁸, en die vinden we enkel in art. 8 E.V.R.M. Anders dan sommigen menen, kunnen we uit art. 8 E.V.R.M. evenwel niet afleiden dat een schending van het privé-leven, behalve schadevergoeding, noodzakelijk ook moet leiden tot het uit het debat weren van onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen, althans niet wanneer de schending niet het werk is van een overheid die tegelijk partij is – en ik verwijs graag naar het Straatsburgse arrest Schenck t. Zwitserland van 12 juli 1988⁴⁹. Het tegendeel wil ik maar aannemen bij schending van het intieme leven, wat een veel beperkter begrip is dan het privé-leven⁵⁰. Gelukkig laat niet de hele privaatrechtelijke rechtspraak zich verleiden tot een ongenueanceerde overname uit het strafrecht van de regel dat onrechtmatig verkregen bewijs uit het debat moet worden geweerd, of acht zij minstens het feit dat de opname zonder medeweten van de betrokkene is gebeurd,

⁴⁶ Voor alle duidelijkheid wil ik er nog op wijzen dat het hier behandelde probleem niets te maken heeft met de regel die inzake onderhandse akten stelt dat ze geen dwingend bewijs opleveren tegen de ondertekenaar zolang ze in diens bezit zijn gebleven (R. POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 748). Daar gaat het immers om beschikbare akten, niet om feitenbeschrijvende akten, en die moeten dan ook ter beschikking worden gesteld eer ze dwingend bewijs kunnen opleveren, behalve in de wettelijk aangegeven gevallen zoals de boekhouding en de huiselijke papieren (zie artt. 1331 en 1333 B.W.).

⁴⁷ Art. 169, Codex deontologie van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel (beslissing van de Orde van Brussel van 29 mei 1956).

⁴⁸ Een dergelijke voorwaarde wordt – m.i. terecht – gesteld door advocaat-generaal W.D.H. ASSER, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, 1990, Deventer, 1991, 15.

⁴⁹ Vgl. Hoge Raad, 16 oktober 1987, *N.J.*, 1988, nr. 850; Hoge Raad, 7 februari 1992, *N.J.B.*, 1992, 94. De in de tekst gegeven nuances vinden we reeds in de discussies tijdens de Conferentie gehouden te Firenze in 1973 over *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milano, (779), 810-811.

⁵⁰ Zie daarvoor W. HABSCHIED «Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung in Prozeßrecht», in *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Heidelberg, 1967, (840), 845-846; W. HABSCHIED, «Das Recht auf Beweis», 96, *Z.Z.P.*, 1983, (306), 332-333. Vgl. Cass., 7 maart 1975, *Arr.*, 764, noot E. KRINGS, *R.W.*, 1974-75, 2335, en de bespreking door P. LEMMENS, «Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek», *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Brussel, 1991, 659.

daartoe niet voldoende⁵¹. Ook hier waag ik mij aan een voorspelling: dat, met enige vertraging op andere landen, ook in ons recht de botte bijl van het onrechtmatig verkregen bewijs de plaats zal ruimen voor meer genuanceerde sancties.

10. *Vijfde aanwijzing: beroepsgeheim en bewijs.* – Een vijfde aanwijzing voor mijn stelling dat het in het proces niet gaat om de levensfeitelijke werkelijkheid, maar wel om de feiten die de partijen op tegenspraak produceren, en om het handhaven van het vertrouwen in de tussenpersonen die daarvoor bij voorkeur worden ingeschakeld, zoals meer bepaald wij advocaten, vinden we in de regels omtrent het beroepsgeheim en het uit het debat weren van documenten waarvan de openbaarmaking een schending van dat beroepsgeheim zou vormen. Als men de rechtvaardigingen voor een absolute opvatting over het beroepsgeheim leest, dan valt het immers steeds op hoe weinig belang daar gehecht wordt aan de belangen van de cliënt: de volle nadruk ligt steeds op de belangen van de beroepsgroep⁵². Slechts één auteur, prof. F. Van Neste, heeft het aangedurfd het beroepsgeheim te willen afwegen tegen het recht op waarheid⁵³. En hoeveel moeite heeft het niet gekost te aanvaarden dat een cliënt het recht heeft de briefwisseling met zijn advocaat tegen hem te gebruiken⁵⁴. En nog steeds worden cliënten absoluut beschermd tegen feiten die ze aan hun vertrouwensman hebben meegedeeld, zelfs tegen onschuldige derden aan wie ze de mededeling van die feiten verplicht waren in. Zo bv. werd nog op 18 april 1985⁵⁵ door het Hof van Cassatie een voorziening verworpen tegen een arrest waarbij levensverzekeraar la Cité veroordeeld werd tot uitkering aan de erfgenamen van de verzekeringnemer, dit ondanks het feit dat de eisers eerder uitdrukkelijk hadden erkend dat de gezondheidstoestand van de verzekeringnemer niet met de door hem ondertekende verklaring overeenstemde, en in hun tegenverweer de schuld voor het bedrog op de makelaar schoven. De verzekeraar werd dus veroordeeld en wel omdat die erkenning slechts gedaan zou zijn in antwoord op de mededeling van een getuigschrift over de toenmalige gezondheidstoestand van de verzekeringnemer verkregen van een arts, en dus doordat deze zijn beroepsgeheim geschonden had.

⁵¹ Zie bv. Arbrb. Brussel, 7 februari 1990, *Pas.*, III, 88. Zie ook de cassatiearresten van 17 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 463, noot L. HUYBRECHTS (onrechtmatige verkrijging door een derde maakt de produktie nog niet ontoelaatbaar) en 17 augustus 1979, *Pas.*, I, 1309, *J.T.*, 1980, 104, noot S. NUDELHOLE (reproduktie van vrijwillig meegedeelde gegevens). Voor een uitvoeriger bespreking, zie mijn rapport voor het negende Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra Augustus 1991, *Déontologie professionnelle et conduite loyale du procès*, ook te verschijnen in *Rapports belges au IXe Congrès mondial de droit processuel de droit judiciaire*, Antwerpen, 1992.

⁵² Zie bv. Hof Brussel, 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42. Wil men het nog absoluter zien, dan moet men E. REUMONT herlezen, «Le secret professionnel des avocats», *J.T.*, 1948, 585 v.

⁵³ F. VAN NESTE, «Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden», *R.W.*, 1977-78, (1281), 1286 v.

⁵⁴ Zie bv. nog Hof Luik, 7 januari 1991, *J.L.M.B.*, 773, noot P. LAMBERT.

⁵⁵ Cass., 18 april 1985, *J.T.*, 421, besproken door P. VASSART, «Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat», *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Brussel, 1986, II, (835), 841.

Ik ga natuurlijk niet betwisten dat de schending van het beroepsgeheim dient te worden gesanctioneerd, deontologisch en op grond van aansprakelijkheidsregels. Maar wie moet worden gesanctioneerd? Kan dit nog betekenen dat een onschuldige derde, die bedrogen is door een partij wiens geneesheer zijn boekje te buiten is gegaan, daarvoor moet worden gestraft? Of moet uit dit voorbeeld nogmaals blijken dat het in het proces helemaal niet om de waarheid gaat, zelfs niet in een geval waarin het materieelrechtelijk precies om verzwijging of bedrog ging, maar veel meer om het verplichten van partijen om de gestelde machten in de maatschappij te eerbiedigen?

En getuigt ten slotte ook het reglement betreffende de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaten er niet van dat het veeleer gaat om een bescherming van ons advocaten dan van onze cliënten? Getuigt het feit dat men dit als een aspect van het beroepsgeheim beschouwt, er niet van dat het er misschien om gaat ons advocaten te beschermen tegen onze ongewilde loslippigheid, of misschien zelfs tegen onze gewilde loslippigheid, die het ons mogelijk moet maken samen druk op onze cliënten uit te oefenen om de soep niet zo heet te willen eten als ze opgediend wordt? Ook hier weer krijgt de maatschappelijke rust blijkbaar voorrang op de waarheid. Doch het «Gesetz des Wiedersehens»⁵⁶ dat ons wereldje beheerst, mag niet leiden tot een verkeerd begrepen confraterniteit ten koste van de belangen van de cliënt⁵⁷. Veeleer moeten we de postmoderne filosofie beluisteren, die de consensus, anders dan de rechtvaardigheid, een verouderde en verdachte waarde noemt en stelt dat we tot een theorie en praktijk van de rechtvaardigheid moeten komen die niet verbonden is aan die van de consensus⁵⁸.

11. *Zesde aanwijzing: het weren van tardieve stukken.* Een zesde aanwijzing ten slotte vinden we in de groeiende rechtspraak waarin stukken die te laat worden meegedeeld, uit de debatten worden geweerd⁵⁹. Dit is met name het geval indien de stukken eerst meegedeeld worden nadat alle partijen geconcludeerd hebben (ook al is het debat nog niet gesloten) terwijl ze reeds eerder ter beschikking waren van de partij en reeds eerder relevant waren voor het geding. Juridisch is hier weinig tegen in te brengen, gezien de recht-

spraak betreffende art. 51, Ger. W.⁶⁰. Het verzoek tot wering moet enkel verworpen worden indien de verzoeker daardoor in strijd met de goede trouw zou handelen, namelijk wanneer die stukken de verzoeker niet tot nader verweer nopen noch de rechtsgang vertragen.

Uit deze rechtspraak spreekt m.i. niet alleen de bedoeling om de rechtspleging niet te laten aanslepen, maar ook om het geschil zoveel mogelijk te beperken. Daarmee is dan ook niet in strijd het Gordinne-arrest van het Hof van Beroep te Brussel dat zich op een eerst in hoger beroep door geïntimeerde overgelegd stuk grondde om de appellante te veroordelen wegens tergend en roekeloos geding: die zaak betrof immers de uitleg van een beding over de prijsbepaling in een overeenkomst die een aandelenoptie verleende, en het nieuwe stuk – dat overigens in hoger beroep tijdig werd meegedeeld – was een de overeenkomst voorbereidend stuk, opgesteld door appellante zelf, dat de uitleg van de eerste rechter en geïntimeerde naar het oordeel van het hof overduidelijk bevestigde, en waarvan het achterhouden door diezelfde appellante dan ook als een bewijs van kwade trouw werd beschouwd⁶¹.

In zoverre de beperking van de omvang van het geschil geschiedt op grond van de gedraging van de daarbij betrokken partij zelf, gaat het hier overigens niet om een louter procesrechtelijke figuur. Het is immers een van de grondgedachten achter de figuur der rechtsverwerking: een recht gaat verloren wanneer het bewijs ervan door eigen nalatigheid niet meer behoorlijk geleverd kan worden. Een andere procesrechtelijke variant daarvan vinden we bij het tegenstrijdig verweer⁶². Zo bv. de partij die een Chinese vaas geleend had, die bij teruggave een barst blijkt te hebben. Desgevraagd verweert zij zich als volgt: «Ten eerste heb ik de vaas nooit geleend; ten tweede heb ik ze al eerder teruggegeven; ten derde zat de barst er al in (toen ik ze ontving)»⁶³. Geen rechter zal deze dame gelijk geven, behoudens verschoning op grond van haar geestestoestand.

12. *De dwang tot narratieve coherentie.* – Ik moge deze zes aanwijzingen besluiten met de stelling dat ons bewijsrecht ertoe strekt het «geschil» zoveel mogelijk te beperken: de categorie van de gestelde en bewezen rechtsfeiten moet de werkelijkheid reduceren tot een die voor ons handelbaar is. Dit geschiedt door een systeem dat partijen dwingt tot samenhang in hun verhaal, tot «narratieve coherentie». Een mooi voorbeeld daarvan vinden we reeds in het treurspel *Oedipus Rex*: de enige getuige van de moord op Laios, die eerder had verteld dat de moord door een hele groep werd

⁵⁶ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 75 v.

⁵⁷ Marcel L. STORME, *Het proces. Als in een spiegel*, Cleveringa-oratie Leiden, 1987, Deventer, 1988, 23.

⁵⁸ Zo J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Parijs, 1979, Ned. vertaling, *Het postmoderne weten*, 1987, 168. Dat consensus het recht veeleer ondergraaft werd in een heel andere context ook reeds gethematiseerd door N. LUHMANN, «Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen», 6, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechts-theorie*, (99), 105.

⁵⁹ Bv. Rb. Brugge, 1e K., 12 september 1988, Van der Poele t. Maes, Kerremans, Kh. Tongeren, 6 november 1989, Belmans t. Gemeente Genk; Hof Brussel, 5e K., 13 december 1989, OIL t. Palm & Max Perles; Rb. Brugge, 24 oktober 1990, Van Coillie t. Belgische Staat. Zie verder mijn rapport, *T.P.R.*, 1990, nrs. 62-64. Vgl. R. DE CORTE, «Sancties tegen een onwillige procespartij», *T.P.R.*, 1971, (217) 233, nr. 27. Vgl. P. TAEELMAN, «Gebruik en misbruik van procesrecht», *T.P.R.*, 1988, (89), nr. 22.

⁶⁰ Cass., 8 februari 1979, *J.T.*, 320, noot A. FETTWIS, *R.T.D.Fam.*, 168. Adde, betreffende art. 748, Ger.W., Cass., 31 oktober 1991, *J.T.*, 791, *J.L.M.B.*, 1991.

⁶¹ Hof Brussel, 13 mei 1987, *J.T.*, 613.

⁶² Zie GERBRANDY, 30-31; mijn rapport, *T.P.R.*, 1990, nrs. 108-109, en mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuld-vorderingen*, hoofdstuk 7 en 8; H.R., 8 mei 1942, *N.J.*, 526; Vred. Zele, 29 september 1987, A.R. nr. 23.067, A. De Maeyer t. Yan Man Tai (besproken in mijn rapport, nr. 45). Vgl. o.m. ook J.Ph. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, 85, nr. 367; C.W. STAR BUSMANN, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 182, nr. 209.

⁶³ Naar J.M. VAN DUNNÉ, «Recht en dialectiek of: de uitzondering die de regel bevestigt», *R & R*, *Handelingen van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht*, (180), 187.

gepleegd, werd namelijk nooit ondervraagd over de moord zelf, maar enkel over de vraag of Oidipous de zoon van Laios was, de zoon van wie voorspeld was dat hij zijn vader zou doden. Eerst bij het zoeken naar de moordenaar «wordt Oidipous de moordenaar van zijn vader, niet door een gewelddaad die in een proces onthuld wordt, maar door zich te plooiën naar de eisen van de narratieve coherentie en de daad gepleegd te achten»⁶⁴. Ook hier is de juridische waarheid niet meer het voorwerp van het proces, maar het produkt ervan.

Plooiën wij niet te snel voor de narratieve coherentie, zoals Guglielmo da Baskerville in *De naam van de roos*, die ervan overtuigd was dat de moorden geschieden volgens een plan, waarvan de sleutel in de zeven bazuinen van de Apocalyps van Johannes lag, terwijl de tekens puur toevallig samenvielen?⁶⁵

13. *De feiten van de juridische adviespraktijk*. – Zes aanwijzingen voor mijn stelling dat het in het bewijsrecht niet gaat om «réalité», maar om «régularité». Nu U ze gehoord hebt, zult U misschien opmerken dat ik het hele rechtsgebeuren toch wat te pathologisch bekijk, dat mijn beschrijving enkel dienend is voor die zeldzame gevallen waarin men er achteraf niet meer in slaagt de waarheid te bewijzen. U zult mij voorwerpen dat het rechtsbedrijf toch veel meer omvat, en op de eerste plaats de talloze transacties die niet tot betwistingen aanleiding geven.

Doch waaruit bestaat dat niet-pathologische werk van de jurist? Ook het preventiewerk bestaat er precies in feiten te scheppen die door de juridische beugel kunnen, en de bewijsmiddelen daarvoor te (pre)constitueren. De hele activiteit van de preventieve advocatuur gaat precies uit van het axioma dat het rechtsbedrijf zich niet aan de werkelijkheid aanpast, zodat het erop aankomt de werkelijkheid aan het recht aan te passen. De hele «adviespraktijk» heeft niet tot doel afstandelijk advies te geven over de staat van het recht of de rechtsgevolgen van een gegeven situatie. Zij heeft tot doel dié werkelijkheid te scheppen die de cliënt de grootste juridische voordelen kan opleveren⁶⁶. Het komt er dan ook

meer en meer op aan de feiten eerst juridisch te scheppen, en ze pas nadien in werkelijkheid om te zetten, zoals vooral in fiscale zaken duidelijk is geworden. Alles wat ik zeg of schrijf, kan immers tegen mij worden aangevoerd. Is het wellicht daarom dat niet alleen de briefwisseling in het kader van de verdediging van de cliënt, maar ook die welke elk geschil voorafgaat, onder het beroepsgeheim valt⁶⁷? Omdat zij zou kunnen laten zien dat er voorafgaand aan de juridische constructie ook nog een werkelijkheid was, een van belangen, verlangens, een zogezegde economische werkelijkheid?

14. *Besluit over bewijs en oordeel in feite*. – Ik moge mijn bespreking van de bewijsvoering afsluiten met de wijze woorden van eerste voorzitter Soetaert: «Een beslissing die alleen op formele waarheid steunt, brengt orde, geen vrede»⁶⁸. Ik zou er die van advocaat-generaal Asser aan willen toevoegen: «Wil de rechter, die er niet alleen maar is om partijen te dienen, maar ook om het recht te ontwikkelen, maatschappelijk geloofwaardig blijven, dan moet hij binnen het door de partijen getrokken kader van de rechtsstrijd zoeken naar de materiële waarheid»⁶⁹.

Moeten wij in die optiek niet stellen dat onze maatschappij aan de vooravond van de eenentwintigste eeuw langzamerhand zo ver gevorderd is dat zij iets meer schandaal aan kan, dat zij voldoende bestand is tegen het subversieve van de werkelijkheid om die werkelijkheid ook in het proces een kans te geven? Wij hebben bij de wijziging van de bepalingen betreffende het onderzoek naar het vaderschap gezien dat het enigszins kan zonder dat de maatschappelijke orde nog in elkaar stort. Misschien kunnen de wetenschappelijke en technische bewijzen nu ook in andere materies een kans krijgen.

Natuurlijk gaat het in het proces uiteindelijk nooit om een geheel buitenjuridische waarheid. Het recht kan zelfs één grandioze simulatie genoemd worden⁷⁰. Niet een buitenjuridische waarheid is dan ook het tegendeel van een louter formele waarheid, maar een waarheid die voor partijen herkenbaar en dus begrijpbaar is, in de betekenis van redelijk

⁶⁴ J. CULLER, *The pursuit of signs. Semiotics, Literature, Deconstruction*, Londen, 1981, hst. 9, «Story and Discourse in the Analysis of Narrative», m.b. 174 («Oidipus becomes the murderer of his father not by a violent act that is brought to light but by bowing to the demands of narrative coherence and deeming the act to have taken place»). De band met het recht werd uitgewerkt door N. VAN ROERMUND, «On narrative coherence in legal contexts», *Reason in Law*, Milaan, 1988, red. C. Faralli en E. Pattaro, III, 159 v., en in «Narrative coherence and the guises of legalism», *Law, interpretation and reality*, red. P. Nerhot, Dordrecht, 1990, (310), 328 v.

⁶⁵ U. Eco, *Il nome della rosa*; zie het laatste gesprek in de zevende nacht, p. 495, in de 13e uitg., Bompiani, 1984. Zie ook p. 473: «Ik heb een vals schema gefabriceerd om de bewegingen van de schuldlige uit te leggen, en de schuldlige heeft zich aangepast.»

⁶⁶ Zie in dit verband bv. J. DEFOORT, «De simulatie voorbij», *Liber amicorum Albert Tiberghien*, (113) 118; «De simulant zal eerst de fiscaal-gunstige gedragspatronen opzoeken, afgezien van de werkelijke rechtshandelingen die eraan beantwoorden en pas nadien zal hij in de mate dat dit mogelijk is, de rechtshandelingen die met deze gedragspatronen overeenstemmen invullen, bijvoorbeeld door partners op te zoeken met wie hij kan komen tot een wilsovereenstemming die in het fiscaal-gunstige gedragspatroon op een authentieke manier – d.i. op een waarachtige manier – tot uitdrukking

komt. Zo'n geesteshouding vraagt een zekere ascese en een grote dosis voorzichtigheid. Alles wat gezegd of geschreven wordt, ook buiten het enge kader van de rechtshandeling, heeft ergens een normatief karakter en kan tegen mij ingeroepen worden (...). Het komt er bijgevolg op aan zich niet te laten meeslepen in gedragspatronen van rechtshandelingen waarvan bij de aanloop de fiscale implicaties niet duidelijk te overzien zijn; eerst de juridische constructie zoeken om ze pas nadien economisch in te vullen, in de plaats van zich door het economische te laten overspoelen om achteraf opgescheept te zitten met een fiscaal onbetaalbare juridische vorm die onafscheidelijk aan de economische gegevens vastgekleefd zit.»

⁶⁷ Zie bv. Raad van State, 8 juni 1961, nr. 8645, i.z. Delhauteur, *Arr.*, 487, *Pas.*, 1962, IV, 106, *J.T.*, 1962, 170, met het advies van auditeur HUBERLANT, in een geval waarin de bestreden beslissing nochtans uitdrukkelijk melding had gemaakt van het voorafgaand advies van de advocaat en erop gebaseerd was.

⁶⁸ R. SOETAERT, «Waarheid in het gewijsde», *Recht in beweging*, II, (881) 882.

⁶⁹ W.D.H. ASSER, boekbespreking J.L.M. Elders, Waardering van bewijs, *W.P.N.R.*, (1991), nr. 6021, 691.

⁷⁰ J. DEFOORT, «De simulatie voorbij», *Liber amicorum Albert Tiberghien*, (113), 125.

aanvaardbaar⁷¹. Maar na de schets die ik U zopas heb gegeven, zult U wel begrijpen dat ik het optimisme dat uit deze verwoording spreekt⁷², minstens voor het heden niet deel.

15. *De relevantie van de feiten voor het recht.* – Ik kom aan het tweede aspect van de feiten, dat ze situeert in het oordeel naar recht. De feiten waaraan recht wordt gedaan, die «gerecht» kunnen zijn op onze tafel, moeten niet alleen de bewijsvoering doorstaan, zij moeten ook «dienend» zijn⁷³. Dit betekent dat er een rechtsgevolg aan moet kunnen worden toegekend met tussenkomst van minstens een rechtsregel. Dit sluit niet uit dat die toekenning het gebruik van meerdere rechtsregels veronderstelt, of van ervaringsregels naast rechtsregels; ik zou zelfs zeggen dat dit laatste steeds het geval is. Maar er moet steeds een rechtsregel worden gevonden waarvoor het feit relevant is. Om de voorbeelden van oud-procureur-generaal F. Dumon te citeren: «Wanneer een rechtzoekende zich tot de rechter zou wenden om te klagen over de onbeleefdheid van zijn meerderjarige kinderen of van zijn buurlieden... of nog omdat zijn echtgenote alle dagen liegt... of nog omdat zijn echtgenote of zijn schoonmoeder lui is ... die rechter met inachtneming van art. 4 B.W., terecht en wettelijk zou beslissen 'Beste meneer, hiervoor bestaan er geen rechtsregels, de aangeklaagde toestanden liggen buiten het recht en ik moet derhalve uw eis afwijzen'⁷⁴.

Het voorbeeld zal voor U allicht vanzelf spreken. Die vanzelfsprekendheid is evenwel nog géén antwoord op de vraag wanneer een feit relevant is. De graad waarin rechtsregels ruimte laten voor feitelijke omstandigheden, de graad waarin zij kunnen aanvaarden dat feiten dienend kunnen zijn, verschilt sterk van rechtsregel tot rechtsregel. Wanneer art. 1386bis B.W. bepaalt dat de rechter uitspraak doet naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden en met de toestand van de partijen, dan betekent dit dat een enorme hoeveelheid feiten in beginsel dienend kan zijn, waaronder bv. het al dan niet verzekerd zijn der partijen. *Er zijn geen feitelijke omstandigheden die nooit, voor geen enkel geschil, relevant kunnen zijn.* Wanneer de echtgenote die alle dagen liegt, wordt opgeroepen om als getuige te verschijnen, dan kan dit feit wel relevant zijn voor de waarde van haar verklaring, aangezien die waarde op onaantastbare wijze door de rechter wordt bepaald; wanneer de luie echtgenoot het hoederecht opeist over een kind, kan die luiheid wel relevant zijn, aangezien de rechter beslist in het belang van het kind (art. 302 B.W.); wanneer de onbeleefde buurman als arbeider tewerkgesteld wordt in het driesterrenrestaurant van zijn buurman, dan kan die onbeleefdheid relevant zijn in geval van ontslag, aangezien een ontslag niet willekeurig is wanneer de redenen verband houden met het gedrag van de werkmans (art. 63, Arbeidsovereenkomstenwet).

En als we inzien dat er recht bestaat buiten de staat – meer en meer –, dat wij nu reeds leven in een wereld van

juridisch pluralisme⁷⁵, dan moeten we ook beseffen dat tussen deze vele «rechtsorden», de relevantie verschilt van rechtsorde tot rechtsorde⁷⁶.

Wordt de relevantie van feiten evenwel uitsluitend door rechtsregels bepaald, of zijn feiten soms zó sprekend dat zij hoe dan ook dienend zijn, ook al is er géén regel waarin zij als dusdanig worden erkend? Aanvaarden wij dat feiten kunnen spreken of mogen niet de feiten, maar alleen de regels in ons proces aan hun recht komen? Voor het antwoord op deze vraag, dat het laatste stuk van mijn rede vormt, wil ik ook enkele aanwijzingen geven, een drietal doch ditmaal wijzen ze niet (allemaal) in dezelfde richting.

16. *Eerste aanwijzing: het onderscheid tussen feit en recht.* – Mijn eerste aanwijzing gaat in de U intussen bekende richting. Bekijken wij namelijk waarover wij het allemaal hebben wanneer we over «feitelijke vragen» spreken, dan wordt duidelijk dat het begrip «feitelijke vraag» iets heel anders is dan «een vraag die op de feiten van het geval betrekking heeft».

Enerzijds zijn er een heleboel zogezegd feitelijke vragen, vragen die aan de onaantastbare appreciatie van de bodemrechter worden overgelaten, die duidelijk niet zozeer met de vaststelling van feiten als wel met hun waardering te maken hebben. Wanneer de rechter krachtens art. 1386bis B.W. uitspraak doet naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden en met de toestand van de partijen, dan noemen we dat een feitelijk oordeel. Wanneer de jeugdrechtbank beslist in het belang van het kind, noemen we dat een feitelijke vraag. Het is duidelijk dat het hier niet om zintuiglijk waarneembare feiten gaat.

Anderzijds wordt het ten processe vaststaan van feiten voor een deel door rechtsregels omtrent de bewijsvoering bepaald, zodat de vraag of een bepaald feit in het proces vaststaat, dan duidelijk een rechtsvraag wordt. Of een authentieke akte al dan niet volledig bewijs oplevert van de erin opgenomen feiten, is geen feitelijke vraag, maar een rechtsvraag.

Maar als wij inzien dat feitelijke vragen nauwelijks iets met feiten te maken hebben, waarom blijven we die terminologie dan toch maar gebruiken, ook al hebben de beste auteurs er ons op gewezen dat ze fout is⁷⁷? Wij doen dat omdat het in een proces niet om de buitenjuridische feiten gaat, omdat feitelijk in een proces nu eenmaal iets heel anders betekent dan feitelijk in het gewone spraakgebruik. «Feitelijk» betekent niet meer of niet minder dan een be-

⁷⁵ Het juridisch pluralisme is wellicht het belangrijkste kenmerk van het recht in een postmoderne tijd. Zie in dit verband o.m. de boeiende bijdragen van B. DE SOUSA SANTOS, «La transition post-moderne: droit et politique», 24, *R.I.E.J.*, 1990, 32; F. OST, «Jupiter, Hercule ou Hermes. Quel modèle pour le droit post-moderne?», *Journal des procès*, 1990, 14 v., nr. 179.

⁷⁶ Zie bv. B. DE SOUSA SANTOS, «Law: A Map of Misreading. Toward a postmodern concept of law», 14, *J. of Law & Society*, 1987, (279) m.b. 290 v. over de verschillende «drempels» van rechtssystemen. Zie over deze «drempels» ook nog N. LUHMANN, «Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen», 6. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 99 v.

⁷⁷ Bv. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, nr. 51; J. LENOBLE, «Le contrôle de la qualification par la Cour de cassation et la clôture du discours juridique», *R.I.E.J.*, 1980, 139 v.

⁷¹ S. STIJNS, «Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding, Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering», Openingsrede Jonge Balie Leuven, 1989, *R.W.*, 1989-90, (1003), 1005, nr. 3.

⁷² *Ibid.*, nr. 4.

⁷³ Zie daarover ook J. HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalls*, 41 v.

⁷⁴ *Billijkheid en recht – enkele overwegingen*, 19.

twisting die níet volgens rechtsregels in de strikte zin des woords beoordeeld wordt, maar volgens ervaringsregels. Wij noemen deze waardering «feitelijk» omdat deze ervaringsregels slechts in geringe mate normatief zijn en hoofdzakelijk cognitief, terwijl rechtsregels slechts in geringe mate cognitief zijn en hoofdzakelijk normatief. En dit laatste onderscheid heeft eenvoudig te maken met onze gedraging wanneer we ervaren dat een regel niet met de werkelijkheid overeenstemt. Dan zijn er immers twee mogelijkheden: ofwel houden we vast aan de regel tegen de feiten, en dan is hij normatief, ofwel passen we hem aan de feiten aan, en dan is hij cognitief⁷⁸. Regels zijn dan ook rechtsregels indien zij in beginsel slechts via de formele bronnen van het recht kunnen worden gewijzigd. Het zijn ervaringsregels indien zij in beginsel worden aangepast aan de ervaring. Doch ook ervaringsregels zijn gedeeltelijk normatief, en gaan veeleer uit van de maatschappelijke waardering dan van *id quod plerumque fit*. En het zou van oogverblindende getuigen nog te beweren dat de rechtsregels niet steeds ook gewijzigd worden door de hantering ervan in de rechtspraak⁷⁹. Partijen moeten in een proces in zekere zin zelfs meehelpen aan de formulering van de regel om hun gebondenheid aan de toepassing ervan achteraf te legitimeren.

Een oordeel is dan ook zuiver feitelijk in zoverre alle omstandigheden van het geval – d.w.z. alle door partijen opgeworpen omstandigheden – gewaardeerd moeten worden voor de beoordeling van het geval, ook die omstandigheden die nog niet tot voorwaarde van een regel gepromoveerd zijn; het is zuiver juridisch indien uitsluitend reeds in rechtsregels aangegeven feitelijke omstandigheden voor de waardering van het geval mogen meespelen. Hoe vager een norm, hoe meer ruimte daardoor wordt gelaten voor een beoordeling in feite, hoe preciezer een norm, hoe kleiner die beoordelingsruimte.

Als men dat inziet, kan men dan ook begrijpen dat het onderscheid tussen rechtsvraag en feitelijke vraag geen zwart-wit onderscheid is en dat er dus ook gradaties van toetsing kunnen bestaan, dat bepaalde vormen van cassatietoetsing dan ook als marginale toetsing kunnen worden begrepen⁸⁰.

17. *Tweede aanwijzing: de rol van de thematisering door de partijen.* – Mijn tweede aanwijzing gaat gedeeltelijk in dezelfde richting. Uit het voorgaande volgt dat het, wanneer wij het over feiten hebben, helemaal niet gaat om feiten die geabstraheerd zijn van elke juridische kleuring, van elke juridische kwalificatie, zoals een bepaalde rechtsleer ons wil

⁷⁸ Vgl. M.L. STORME en M.E. STORME *Algemene Inleiding tot het recht*, Antwerpen, achtste uitgave, 1990, 25, nr. 24, en 37, nr. 33; N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 30, 38-53.

⁷⁹ De mooiste analyse hiervan vind ik nog steeds bij E.H. LEVI, *An introduction to legal reasoning*, University of Chicago, 1949.

⁸⁰ Vgl. R. SOETAERT, «Is een cassatiearrest leesbaar?», *R.W.*, 1978-79, (2609) 2619, en vooral «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, (51) 58-61. Dit begrip is ook m.i. erg bruikbaar in de context van de cassatietoetsing (anders blijkbaar procureur-generaal H. LENAERTS, «Cassatierechtspraak vandaag», openingsrede, *R.W.*, 1991-92, (137) 140, nr. 16), ja zelfs eerder daar dan in de context van een bodemgeschil (voor een kritische beschouwing daarvan, zie mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 105 v).

doen geloven⁸¹. Integendeel, de feiten van het geval kunnen niet begrepen worden als «une tranche de vie découpée d'une réalité humaine et sociale exempte de toute imprégnation juridique», maar slechts als een reeds geconceptualiseerde levensverhouding, geconstrueerd met het oog op het voorwerp van de eis, van het geschil: «Le mélange de fait et de droit est nécessairement indissociable dans la présentation des 'faits' par les parties»⁸². Meer nog, rechtsfeiten zijn géén beschreven gebeurtenissen, maar begrippen die door benadering de rechtsgevolgen van gebeurtenissen verklaren, de juiste verhouding helpen wijzen⁸³.

En inderdaad, waar de gréns ligt tussen recht en feit, wordt misschien niet bepaald door de feiten, maar wordt in ieder geval niet alleen bepaald door de rechtsregels zelf, maar in grote mate door de wijze waarop partijen, en dat wil voornamelijk zeggen hun advocaten, het geschil gethematiseerd hebben⁸⁴. Immers, welke rechtsvragen kunnen rijzen in het geschil, hangt reeds af van het voorwerp en de oorzaak van de eis, niet van de blote feiten, maar van de feiten zoals ze door de partijen in verhouding gesteld worden tot een concreet gevorderd rechtsgevolg. Dit is over het algemeen maar goed ook. De rechter dient geen betwistingen te scheppen die er ten processe niet zijn of niet meer zijn. En al beperken de rechtsregels het soort feiten dat ter sprake kan komen, het is op de eerste plaats de interesse van partijen die én de feiten én de rechtsregels die ter sprake kunnen komen, beperkt.

Natuurlijk heeft veelal ook de rechter een speelruimte om binnen de door de partijen gestelde grenzen een vraag in feite op te lossen, dan wel naar recht. Een rechter kan in vele gevallen zelf kiezen of hij zijn oordeel cassatie-proof maakt, dan wel omgekeerd een juridische motivering gebruikt waarmee hij misschien precies een principiële beslissing van de

⁸¹ J. VAN COMPERNOLLE, «L'office du juge et le fondement du litige», *R.C.J.B.*, 1982, (14) 31, nr. 27. Vgl. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Faculté de droit, Luik, 1985, 67, nr. 57.

⁸² F. RIGAUX, «La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger», *R.C.J.B.*, 1982, (38), 42, nr. 9. Vgl. ook G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1937; S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 9e uitgave, Padova, 1981, nr. 98; R. MARTIN, «Retour sur la distinction du fait et du droit», *Dalloz*, 1987, C, XLVIII; F. RIGAUX, «L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1973, nr. 22; E. KRINGS en B. DECONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *Preadvies, T.P.R.*, 1982, 655 v.; E. KRINGS, «Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding», *Openingsrede, R.W.*, 1983-84, (337), nrs. 16-17 en 28 v., m.b. 31; W. WILMS, *Rechtsvrije momenten. De verjaring van de burgerlijke vordering voortvloeiend uit een misdrijf*, nrs. 186 v. en 206 v.; M. DEN BOER, «A linguistic analysis of narrative coherence in the court-room», in *Law, interpretation and reality*, (346) 359 v.; alsook L. DETHIER, «Le droit par la bande. Sur la logique du dispositif discursif juridique», 25, *R.I.E.J.*, 1990, (1) 5 v.

⁸³ Zie verder het prachtige essay van J.L.P. CAHEN, *Toedracht-bepaling van rechtsfeiten* (serie privaatrechtelijke begrippen, 2, Groningen, 1975), vnl. 29-30, ook in *Bezielde materie. Geschriften van J.L.P. Cahen*, Arnhem, 1991; vgl. mijn *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 7, alsook B. VAN ROERMUND, *International Journal for the Semiotics of Law*, 1991, (279) 305-308.

⁸⁴ Vgl. R. MARTIN, «Le juge devant la prétention», *D.*, 1987, C, VIII, 37-38. Zie ook het voorbeeld van S. GERBRANDY, «Het waarheidsprobleem», 24-25.

hogere rechter wil uitlokken⁸⁵. Dit laatste heeft hiermee te maken dat het feit dat iets tot de onaantastbare appreciatie van de bodemrechter behoort, de cassatietoetsing natuurlijk niet uitsluit, zoals ik in het begin reeds zei. Dit gebeurt telkens wanneer een rechter zich op een niet als dusdanig erkende rechtsregel beroept om niet verder in feite te oordelen, zoals recent nog de rechter die aan een verklaring elke bewijskracht ontzegde op de enkele grond dat die verklaring geen bekentenis was omdat er tussen partijen nog geen ontstane en actuele betwisting bestond⁸⁶.

Hetzelfde fenomeen vinden we ook aan de zijde der partijen. Indien het er de doorsneepartij al om te doen is het proces te winnen, geldt dit toch niet voor alle partijen. Institutionele «repeat-players» spelen niet omwille van de inzet, «they are playing for rules». Zij twisten om aldus de regel duidelijker te doen vaststellen.

Immers, «le conflit ouvert, et organisé comme tel, exaspère la règle, et offre l'occasion de scruter ses moindres nuances. Mais dans la pratique du droit, le procès reste un accident. La vie quotidienne du droit est faite d'une suite de 'compromis' entre les acteurs, par lesquels ceux-ci ajustent leurs intérêts. Le juge n'intervient que lorsque cet ajustement 'natural' ne s'est pas effectué...»⁸⁷.

18. *Derde aanwijzing: tussen schizofrenie en paranoia.* – Mijn derde aanwijzing ten slotte. Ook de grens tussen rechtsvraag en feitelijke vraag is het resultaat van een compromis. Naargelang het ons uitkomt, willen wij enerzijds voortdurend de feitelijke beoordeling verruimen door middel van excepties, nadat de discussie door de formulering van een rechtsregel tijdelijk weer is afgesloten⁸⁸; anderzijds verstarren die excepties voortdurend opnieuw tot rechtsregels, tot zij op hun beurt moeten wijken voor nieuwe excepties, omdat nieuwe feiten zich maatschappelijk gezien als relevant opdringen. De juridische bedrijvigheid moet, in de woorden van prof. Defoort, voortdurend het midden houden tussen de schizofrenie en de paranoia, «tussen verstrikking van de regel in eindeloze en oncontroleerbare betekenisverschuivingen, waar niets meer gezegd wordt omdat de woorden terzelfder tijd alles kunnen betekenen, hetgeen gebeurt in de schizofrenie, en de situatie waarin de wettekst een onaantastbare monopoliesituatie zou innemen, die geen en-

kel gesprek meer zou toelaten van waaruit hij kan bevraged en belaagd worden, hetgeen gebeurt in de paranoia».⁸⁹

Houden wij dat midden? Lijden wij niet collectief aan paranoia doordat wij in ons werk niet bij voorkeur de feiten, maar de regel tot zijn recht laten komen? Laten wij de feiten nog spreken, staan wij toe dat ze soms schreeuwen om een wijziging van de regel⁹⁰? Volgens ons klassiek Verlichtingsideaal staat de rechter nooit meer alleen tegenover de feiten, met zijn geweten, omdat de wet hem een zeker model geeft⁹¹. Maar reeds Portalis zei: «L'office des lois est de statuer sur les cas qui arrivent le plus fréquemment. Les accidents, les cas fortuits, les cas extraordinaires ne sauraient être la matière d'une loi (...). Il faut donc laisser au juge la faculté de suppléer à la loi par la lumière naturelle de la droiture et du bon sens. Rien ne serait plus puéril que de vouloir prendre des précautions suffisantes pour qu'un juge n'eût jamais qu'un texte précis à appliquer»⁹².

En het Hof van Cassatie leerde onlangs nog naar aanleiding van het leerstuk der rechtsverwerking dat de bodemrechter wel degelijk de bevoegdheid heeft om zijn oordeel te baseren op een regel of een beginsel waarvan in de wet toepassing wordt gemaakt, hoewel de regel of het beginsel niet als zodanig is geformuleerd⁹³. De analogie dwingt ons om de corrigerende rol van de billijkheid, het recht doen aan de bijzondere feiten van het geval, niet te beperken tot een bij wijze van uitzondering corrigeren van regels. De regels zelf veranderen er voortdurend door. Zij moeten voldoende blanco uitgelegd worden om de feiten te kunnen laten spreken. Telkens opnieuw moeten niet alleen de feiten bevraged worden op hun relevantie voor de regel, maar ook de regel op zijn relevantie voor de feiten. Niet zozeer moeten feiten onder regels gesubsumeerd worden, als wel feiten en regels geconsumeerd worden tot een beslissing⁹⁴. En geen van beide komt daar zonder kleerscheuren uit.

Kunnen wij dat niet meer, dan dwingen wij de jurist die wél nog oog heeft voor de feiten tot schizofrenie, tot de fundamentele onoprechtheid die eerste voorzitter Soetaert aan de kaak heeft gesteld⁹⁵ naar aanleiding van bv. de verplichting voor de rechter om zijn uitspraak uitdrukkelijk en uitsluitend te doen steunen op feiten die hij zeker moet noemen, maar die ook door andere formules mee veroorzaakt wordt.

Overigens worden feiten in de arresten van het Hof van Cassatie, anders dan in die van bv. de Hoge Raad, wel als

⁸⁵ Vgl. H.L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 4e uitgave, I, nr. 12 in fine: «Bien souvent, ils auront aussi la ressource, en statuant en fait, d'éviter l'application de la règle de droit qu'ils veulent écarter.» Hoewel deze stelling volgens F. DUMON, *R.W.*, 1975-76, 268, noot 212, beledigend zou zijn voor de magistraten, is het nochtans uit de mond van magistraten dat ik ze meermaals heb gehoord. Meer in het algemeen is het duidelijk dat de scheidslijn tussen rechtsvragen en feitelijke vragen zeer sterk afhangt van de wijze van motivering van de bestreden beslissing, zoals ook eerste voorzitter R. LEGROS stelde, «Considérations sur le fait et le droit. A propos de la publication des récents travaux du Centre national de recherches de logique», *R.Dr.pén.*, 1961-62, 829 v.

⁸⁶ Cass., 7 maart 1991, *R.W.*, 1991-92, 258.

⁸⁷ R. MARTIN, *Théorie générale du procès*, 1984, nr. 144.

⁸⁸ Vgl. FABBRINI, «L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione», in *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, (247) 264; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 176, nr. 96, noot 13.

⁸⁹ J. DEFOORT, in *Liber amicorum Tiberghien*, 127.

⁹⁰ Voor een wijsgerige ontleding van de uitdrukking «de dingen spreken voor zichzelf», zie H.-G. GADAMER, «Die Natur der Sache und die Sprache der Dinge», in *Kleine Schriften*, ook als «The Nature of things and the Language of Things» in *Philosophical Hermeneutics* (vertaling D.E. LINGE), U. of California, 1976.

⁹¹ Vgl. A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano, 1971, 226.

⁹² PORTALIS, Exposé des motifs, tire préliminaire, in FENET, VI, 359.

⁹³ Cass., 16 november 1990, *R.W.*, 1990-91, 1090, en commentaar van mijn hand «Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend», *R.W.*, 1990-91, 1073.

⁹⁴ J.M. VAN DUNNÉ, *Riskante rechtsvinding*, p. 12, ook in *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, (31) 40. Vgl. ook H.C.F. SCHOORDIJK, *Oordelen en veroordelen*, rede Tilburg, 1972, m.b. 8-9.

⁹⁵ «Waarheid in het gewijsde», in *Recht in Beweging*, II, 894.

te minderwaardig beschouwd om als dusdanig te worden aangegeven⁹⁶.

Maar wij vinden het veel aangenamer, want veel minder gevaarlijk, met rechtsvragen om te gaan, dan de quaestio

⁹⁶ Het feitenrelaas neemt in de uitspraken van de hoogste rechtscolleges van bv. Duitsland en de common-lawlanden overigens nog een belangrijker plaats in. Zie daarvoor o.m. H. KÖTZ, *Die Begründung höchstrichterlicher Urteile*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, 1982, 5 v., R. SOETAERT, «Is een cassatiearrest leesbaar», *R.W.*, 1978-79, (2609) 2613, vindt de gedachte dat de achtergrond (feiten) wat omstandiger zou worden weergegeven in de aanhef niet verkeerd, maar beschouwt ze vooral ingegeven door het meestal ongewettigde vermoeden dat een arrest ergens meer betekenis heeft dan het voorgaande, terwijl de meeste arresten volgens hem volkomen onbelangrijk zijn uit juridisch oogpunt.

facti te heropenen, die telkens weer een afgrond opent op een niet-juridische wereld, «slecht te vertrouwen en niets gedaan». Wij houden toch van deze kleine wereld binnen de dikke muren van dit gebouw, en van de mensen die in deze kleine wereld werken. Het is een klein, klein kamertje, waar orde, zorg en liefde heersen, zo sprak de theaterdirecteur in Ingmar Bergmans *Fanny en Alexander*. En inderdaad, wij houden van ons knusse wereldje. We vinden het niet erg dat onze meubeltjes bestoft zijn, zolang ze maar op hun plaats blijven staan en we alles gemakkelijk terugvinden.

Of voelen we ons soms toch nog de jongeling van Marsman?

«De jongen kijkt door de geopende ramen
waarlangs de wereld slaat; zonder zich te beraden
stapt hij de deur uit, helder en zonder vrees.»

DE FISCUS EN... DE GODSHUIZEN, DE RUSTHUIZEN EN DE RUST- EN VERZORGINGSINSTELLINGEN

1. Feitelijke toestand

In het Vlaamse Gewest registreerde de Dienst Voorzieningen Gezins- en Bejaardenhulp van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap per 1 januari 1991 825 rusthuizen en/of rust- en verzorgingstehuizen met een totale capaciteit van 55.011 wooneenheden, hetzij erkend, hetzij erkenning in onderzoek, hetzij gepland.

Het maatschappelijk doel van al die inrichtingen is nagenoeg eenvormig, nl. de opvang, de huisvesting en de verzorging van zowel hulpbehoevende als niet hulpbehoevende bejaarden, en dit al dan niet met winstoogmerk.

De rechtsvormen waarin deze rusthuizen en rust- en verzorgingstehuizen functioneren zijn drieërlei:

– ofwel zijn het publiekrechtelijke rechtspersonen die opgericht en beheerd worden door de O.C.M.W.'s ter vervulling van het brede spectrum van opdrachten die hun zijn toevertrouwd door de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn¹;

– ofwel zijn het privaatrechtelijke rechtspersonen, hetzij in de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk², hetzij in de vorm van een handelsvennootschap³.

Omwille van de realisatie van hun maatschappelijk doel dienen al deze inrichtingen vanzelfsprekend de beschikking te hebben over o.a. een of meer opvangcentra, m.a.w. onroerende goederen.

In principe is het inkomen van een onroerend goed belastbaar⁴. Belastingplichtig is de eigenaar, de bezitter, de erfpachter, de opstalhouder of de vruchtgebruiker van het onroerend goed⁵.

Het belastbaar bedrag wordt in de meeste gevallen bepaald door het *kadastraal inkomen* dat geacht wordt het geschatte, gemiddelde, normaal, jaarlijks netto-inkomen te vertegenwoordigen tegen de prijs van het jaar dat bij de meest recente perekwatie als referentie heeft gediend⁶.

Het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt evenwel dat belastingvrijdom geniet het kadastraal inkomen van de onroerende goederen of delen van onroerende goederen welke een belastingplichtige die geen winstoogmerken nastreeft, zal hebben besteed voor de uitoefening van een openbare eredienst, voor onderwijsdoeleinden, voor de vestiging van hospitalen, godshuizen, klinieken, dispensaria, va-

⁴ Art. 6, 1°, W.I.B.

⁵ Art. 155 W.I.B.

⁶ Artt. 360 en 360 W.I.B. De administratie van het kadaster bepaalt, in overeenstemming met de artt. 361 tot 383 W.I.B., het kadastraal inkomen van elk onroerend goed; de wet schrijft voor dat een algemene herziening van alle kadastrale inkomens – de zogenaamde *kadastrale perekwatie* – om de tien jaar wordt doorgevoerd. De laatste perekwatie geschiedde op basis van de nettohuurwaarde per 1 januari 1975. Normaal had er een nieuwe, algemene perekwatie moeten plaatsvinden in 1985, maar de regering-Martens VIII besloot die herziening uit te stellen tot 1994, doch vanaf het inkomstenjaar 1991 de kadastrale inkomens te indexeren. De verhoging voor het inkomstenjaar 1991 bedroeg 5,03%: deze indexeringsregeling houdt evenwel op van toepassing te zijn vanaf de inwerking-treding van de volgende algemene perekwatie. Voor nadere details raadplege men TIBERGHIE, A., *Handboek voor fiscaal recht*, 1991, blz. 73, en *Belasting- & Beleggingsgids*, 1991, blz. 207.

¹ B.S., 5 augustus 1976; erratum, B.S., 26 november 1976.

² Conform de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstoogmerk en aan de instellingen van openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend (Belgisch Staatsblad, 1 juli 1921).

³ Cf. art. 2 Handelsvennootschappenwet.

kantiehuzen voor kinderen of gepensioneerden, of van andere soortgelijke weldadigheidsinstellingen⁷.

De vrijstelling van grondbelasting voor goederen tot weldadigheidsdoeleinden aangewend heeft nochtans sinds decennia aanleiding gegeven tot een talrijke rechtspraak en grondige discussies in de rechtsleer⁸.

Enige tijd geleden werd deze problematiek opnieuw actueel door het antwoord van de minister van Financiën op een parlementaire vraag van de heer Ansoms⁹. Artikel 8 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, aldus de minister, maakt een uitzondering op de algemene regel van belastbaarheid van de inkomsten van onroerende goederen en moet beperkend worden uitgelegd in die zin dat men zich dient te houden aan de termen zelf van de wet. De term «godshuis» moet worden verstaan als een huis van liefdadigheid waar men inzonderheid armen en, meer algemeen, al degenen die hulp nodig hebben, opvangt om hun, althans tijdelijk, onderdak en voedsel te verschaffen: de in een godshuis uitgeoefende activiteiten zijn essentieel door een geest van weldadigheid ingegeven. Bovendien is het gebruik van het onroerend goed tot de bijzondere doeleinden die de wet beperkend opsomt, een kwestie die in feite moet worden opgelost.

De term «godshuis» is, zo stelt de minister, niet van toepassing op «bejaardentehuizen» (= rusthuizen). Die tehuizen vallen bijgevolg niet onder artikel 8 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen.

De term «soortgelijk» is immers – nog altijd volgens de zienswijze van de minister, in beperkte zin te begrijpen en vindt dus slechts toepassing voor de uitdrukkelijk in voornoemd artikel 8 vermelde bestemmingen.

Evenwel moeten de officieel erkende bedden «R.V.T.»¹⁰ van de erkende verzorgingsinstellingen wel gelijkgesteld worden met die van eigenlijke ziekenhuizen, dientengevolge, concludeert de minister, kan de vrijstelling van onroerende voorheffing, eventueel proportioneel, wel worden toegekend.

Voornoemd ministerieel antwoord was overigens al voorafgegaan door een onderrichting van 24 november 1988, uitgaande van de administratie van het kadaster aan de gewestelijke directeurs van het kadaster¹¹; de administratie gaf in deze instructies voor de op grond van artikel 8 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen toe te kennen vrijstelling

van de onroerende voorheffing – ten dele of volledig – ten gunste van rusthuizen die bedden voor verzorging, revalidatie en/of geriatrie omvatten. Wat de rusthuizen betreft, werd er door diezelfde administratie aan herinnerd dat het huisvesten van bejaarden of andere personen – die in de inrichting rust genieten en er zekere gewone of door hun normale toestand genoodzaakte verzorging ontvangen (incontinentie, bedlegerig, semi-valide en valide) – uit hoofde van dit enkele feit (bv. incontinentie, semi-valide toestand) niet kan worden beschouwd als een soortgelijke weldadigheidsinstelling, waarvan sprake in artikel 8 Wetboek van de Inkomstenbelastingen. Wel werd vooropgesteld dat de zogenaamde R.V.T.-bedden met die van de eigenlijke ziekenhuizen gelijkgesteld kunnen worden en dat dientengevolge de vrijstelling van de onroerende voorheffing wel kon en kan worden toegekend voor het aandeel van het kadastraal inkomen dat betrekking heeft op die bedden.

Ten gevolge van voornoemde onderrichting van 24 november 1988 alsmede ingevolge het ministerieel antwoord op de parlementaire vraag van volksvertegenwoordiger Ansoms werden de V.Z.W.-rusthuizen vanaf 1989 opnieuw in groten getale aangeschreven door het kadaster met de melding dat zij niet meer vrijgesteld konden worden van onroerende voorheffing omdat ze niet langer beschouwd werden als vallende onder het begrip godshuizen.

2. Voorwaarden tot definitieve vrijstelling van onroerende voorheffing

In de context van deze uiteenzetting beperken we ons tot private onroerende goederen die aangewend worden zonder winstoogmerk¹²; deze genieten inderdaad, conform art. 8 W.I.B. belastingvrijdom mits zij aan de volgende voorwaarden voldoen:

A. De belastingplichtige, al dan niet eigenaar¹³, besteedt de private onroerende goederen voor limitatief bepaalde bestemmingen.

B. De belastingplichtige streeft geen winstoogmerk na. Zo is de belasting wel verschuldigd door de belastingplichtige die zijn goed verhuurt aan een vereniging zonder winstoogmerk die er een van de bestemmingen aan geeft, bepaald

¹² Voor een algemeen overzicht van de diverse vrijstellingen van onroerende voorheffing raadplege men VAN HOUTTE, J., *o.c.*, nrs. 214-220.

¹³ In dit verband bepaalt art. 155 W.I.B. dat de onroerende voorheffing verschuldigd is door de eigenaar, de bezitter, de erfpachter, de opstalhouder of de vruchtgebruiker van de belastbare goederen. Ter bevestiging: Antwerpen, 1 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 2008-2011: niet vereist is dat de eigenaar van het goed waarvoor belastingvrijdom wordt gevraagd, tevens eigenaar is van de inrichting waarvan het onroerend goed de werking verzekert. Zie ook in *Fiscaal compendium*, deel I, blz. 38. GOEDSEELS, J., «L'impôt foncier et les associations sans but lucratif», *R.P.Soc.*, 1948, nrs. 4023-4043. Uit de gebruikte woorden blijkt dat de wetgever de bestemming van het goed heeft bedoeld. Aldus besliste het Hof van Cassatie dat de bestemming, zonder effectieve inrichting, van een onroerend goed tot ziekenhuis, voor de vrijstelling volstaat (Cass., 9 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 75). Tiberghien is echter van oordeel dat de onroerende goederen gebruikt moeten worden door de belastingplichtige: zie bij TIBERGHIE, *o.c.*, nr. 1031.

⁷ Art. 8 W.I.B. in combinatie met art. 157 van hetzelfde wetboek.

⁸ Hieromtrent raadplege men VAN HOUTTE, J., *Beginnelsen van het Belgisch belastingrecht*, editie 1956, nr. 215, en editie 1979, nrs. 214-215; TRAEEST, G., «De inkomsten uit grondeigendommen sinds de wet van 20 november 1962», *R.W.*, 1963-64, 1041-1066, met aangehaalde uittreksels uit de parlementaire voorbereiding; CLAEYS BOUUAERT, I., «De belasting op inkomsten uit onroerende goederen gelegen in België», *Tijds.not.*, 1964, nrs. 8-9, 161-171; TIBERGHIE, A., *Handboek voor fiscaal recht*, 1991, nrs. 1031-1032; VANDERCAM, V., «De V.Z.W., de roerende voorheffing en de vrijstelling van onroerende voorheffing, in *Fiscale Koerier*», 1990, 181-184; T KINT, J. en VAN FRAEYENHOVEN, G., *Les associations sans but lucratif*, 2e uitgave, Larcier, Brussel, 1974, 277 e.v.

⁹ *Vragen en Antwoorden, Kamer*, 23 januari 1990, 1989-90, nr. 94, 7308-7309.

¹⁰ Afkorting van rust- en verzorgingstehuis.

¹¹ Ministerie van Financiën. Administratie van het Kadaster. Dienstonota van 24 november 1988 met ref. K.T./119.792/88/20.

in artikel 8 W.I.B. Maar omgekeerd dient de vrijstelling wel te worden verleend aan een naamloze vennootschap die een van haar eigendommen aanwendt zonder enig winst-oogmerk tot een van de doeleinden opgesomd in datzelfde art. 8 W.I.B.¹⁴.

Dat de belastingplichtige geen winst-oogmerk mag nastreven om vrijgesteld te worden van onroerende voorheffing, betekent echter niet dat er geen bijkomende handelsverrichtingen gesteld mogen worden om het door de instelling beoogde doel te bereiken. Deze zienswijze is bij herhaling bevestigd door de rechtspraak:

– Het innen van een aan de realiteit beantwoordende afschrijvingsvergoeding en een minieme vergoeding voor een boomgaard dat niet gebeurd is met het oog op het verschaffen van stoffelijke voordelen doch uitsluitend tot het in stand houden en uitbreiden van de ziekenzorg, waarmee de vereniging belast is, kan niet beschouwd worden als het nastreven van winst¹⁵.

– Uit de vaststelling dat de eigenaar uit zijn onroerend goed een voordeel haalt, volgt niet automatisch dat hij winst nastreeft en dat hem bijgevolg de vrijstelling van onroerende voorheffing ontzegd moet worden¹⁶.

– Een weldadigheidsinstelling ontvangt van de overheid een toelage bestemd om de kosten te dekken voor het betrekken van lokalen waarin sociaal niet-aangepaste kinderen zijn opgenomen. Daar deze toelage niet wordt geïnd met het oog op het verwerven van stoffelijke voordelen, maar enkel met het oog op de instandhouding van de activiteit, vormt ze geen beletsel voor de vrijstelling van onroerende voorheffing op grond van artikel 8 en artikel 157 W.I.B.¹⁷.

– Uit de omstandigheid dat een belastingplichtige bij de aanwending van zijn onroerend goed voor onderwijsdoeleinden een forfaitair bepaalde gebruiksvergoeding ontvangt, volgt niet noodzakelijk dat hij winst nastreeft.

De gebruiksvergoeding staat de vrijstelling van onroerende voorheffing niet in de weg, zelfs wanneer deze vergoeding niet louter kostendekkend is, mits de vergoeding uitsluitend de instandhouding en de uitbreiding van het onderwijs beoogt¹⁸;

– Uit het enkele feit dat een vereniging zonder winst-oogmerk (V.Z.W.) die een tehuis voor minder-validen beheert, van de overheid een afschrijvingsvergoeding ontvangt en dus een voordeel verkrijgt, kan niet worden afgeleid dat zij winst nastreeft. De V.Z.W. heeft bijgevolg recht op de vrijstelling van onroerende voorheffing overeenkomstig artikel 8 W.I.B.¹⁹;

¹⁴ Brussel, 12 juli 1948, *Revue juridique, fiscale et financière*, 1948, 573. Rechtsleer: TIBERGHEN, A., o.c., blz; 79; SIMONET, L., «Les A.S.B.L. et l'immunisation du revenu cadastral», *Revue générale de fiscalité*, 1984, 23; *Fiscofoon*, 1980, nr. 24, 2-5; *Fiskoloog*, maart 1986, 1120.

¹⁵ Antwerpen, 25 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1258-1259. Het Hof van Cassatie bevestigde deze zienswijze van het Hof van Beroep in een arrest van 13 februari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2483.

¹⁶ Cass., 17 juni 1981, *Journal de droit fiscal*, 1981, 350.

¹⁷ Antwerpen, 7 september 1982, *Algemeen Fiskaal Tijdschrift*, 1982, 286.

¹⁸ Cass., 3 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 1152.

¹⁹ Brussel, 14 juni 1983, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1983, 226.

– Een onroerend goed dat door een V.Z.W. wordt aangewend als dagverblijf voor gehandicapten, geniet de vrijstelling van onroerende voorheffing op grond van artikel 157, 1°, en artikel 8 W.I.B., zelfs als de vereniging van de overheid een gebruiksvergoeding heeft ontvangen die overeenstemt met de waardevermindering (afschrijving) van het goed en hoewel de overheid het gebouw ter beschikking heeft gesteld van de vereniging, die dus zelf geen waardevermindering lijdt²⁰.

– De belastingplichtige heeft recht op de vrijstelling van de onroerende voorheffing wanneer hij het onroerend goed aanwendt als ziekenhuis en slechts een door de overheid vastgestelde forfaitaire ligdagprijs vraagt²¹.

– Wanneer blijkt dat de eigenaar van een schoolgebouw de ontvangen forfaitaire huur integraal aanwendt voor de instandhouding en de uitbreiding van het onderwijs en dat de uitgaven in het betrokken aanslagjaar de ontvangen huur ver overtreffen, moet voor het schoolgebouw de vrijstelling van onroerende voorheffing toegekend worden²².

– Uit het doel en de strekking van art. 8 W.I.B. volgt, ook al houdt het enkele feit dat de belastingplichtige voor de aanwending van zijn onroerend goed voordelen verkrijgt, niet in dat hij een winst-oogmerk nastreeft, voor de aanspraak op vrijstelling van belasting vereist is dat die voordelen uitsluitend worden gebruikt voor de instandhouding en de uitbreiding van het doeleinde waarvoor het onroerend goed wordt aangewend²³.

– Een V.Z.W. die een ziekenhuis beheert, verliest haar recht op vrijstelling van de onroerende voorheffing niet wanneer zij, overeenkomstig de richtlijnen van de overheid, in haar ligdagprijs een afschrijving van de gebouwen heeft verrekend. Ook de omstandigheid dat een aantal werkende leden van de vereniging (geneesheren) voor de uitoefening van hun beroep gebruik maken van lokalen van de V.Z.W., staat de toekenning van de vrijstelling niet in de weg. Het feit dat deze werkende leden aan de V.Z.W. een bijdrage betalen, verandert daar niets aan, als die bijdrage niet verschuldigd is wegens het gebruik van de ruimten, maar wegens het lidmaatschap van de vereniging en als niet alleen de werkende maar ook de niet-werkende leden dezelfde bijdrage moeten betalen. De V.Z.W. dient niet te bewijzen dat de als bijdragen ontvangen sommen aangewend worden voor het behoud en de verbetering van het gebouw met het oog op het beheer van een ziekenhuis²⁴.

– De belastingplichtige kan geen vrijstelling verkrijgen van de onroerende voorheffing die verschuldigd is voor een gebouw dat hij een V.Z.W. laat gebruiken voor een openbare eredienst, als blijkt dat de V.Z.W. daarvoor een belangrijke huurprijs moet betalen (die gelijk is aan ongeveer tien keer het kadastraal inkomen)²⁵.

²⁰ Brussel, 6 maart 1984, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1984, 267.

²¹ Brussel, 12 februari 1985, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1985, 202.

²² Antwerpen, 5 november 1985, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1986, 272.

²³ Cass., 6 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 257.

²⁴ Brussel, 24 november 1987, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1988, 211.

²⁵ Luik, 2 december 1987, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1988, 308.

– Als een V.Z.W. voor de terbeschikkingstelling van schoolgebouwen van de gebruiker een vergoeding ontvangt, moet worden nagegaan of die vergoeding enkel kostendekkend is. Als dat niet het geval is, dan kan de vrijstelling van onroerende voorheffing enkel worden verleend als het bewijs wordt geleverd dat de ontvangsten uitsluitend werden of worden gebruikt voor het in stand houden en de uitbreiding van het doel waarvoor de gebouwen worden aangewend²⁶.

– Het kadastraal inkomen van onroerende goederen is vrijgesteld van onroerende voorheffing als die goederen de aard hebben van nationale domeingooden, ze niets opbrengen en ze gebruikt worden voor een openbare dienst of voor een dienst van algemeen nut, conform art. 157, § 3, W.I.B. Gebouwen die dienst doen als gratis privé-woning voor douaneambtenaren genieten de vrijstelling niet, aangezien zij afzonderlijke personen ten goede komen²⁷.

De administratie sluit zich thans aan bij voormelde rechtspraak door aan te nemen dat aan de voorwaarde van afwezigheid van winstbejag voldaan is, zelfs wanneer de belastingplichtige een voordeel uit zijn onroerend goed haalt, op voorwaarde dat hij het bewijs levert dat dit voordeel werkelijk en uitsluitend gebruikt wordt voor de instandhouding en de uitbreiding van het wettelijk weldadigheidswerk (art. 8 W.I.B.) waartoe zijn onroerend goed wordt aangewend²⁸.

De afwezigheid van winsttoegmerk wordt beoordeeld in de persoon van de belastingplichtige die de onroerende voorheffing verschuldigd is.

De afwezigheid van winsttoegmerk in de persoon van de belastingplichtige moet bestaan bij de besteding of de bestemming van het onroerend goed.

C. Het onroerend goed moet bestemd zijn:

– hetzij voor de uitoefening van een openbare eredienst²⁹.

De vrijstelling wordt genoten, aldus J. Van Houtte³⁰, zodra een eredienst in het openbaar wordt uitgeoefend in het goed, of in een bepaald gedeelte ervan. Een privé-kerk waarin enkel de bewoners van een huis of de leden van een kloostergemeenschap worden toegelaten, komt bijgevolg niet in aanmerking voor de vrijstelling van onroerende voorheffing³¹.

Een huis, toebehorende aan de kerkfabriek, dat geen inkomsten oplevert en gebruikt wordt om catechese en soortgelijk onderricht te verstrekken, is daarentegen wel vrijgesteld van onroerende voorheffing³².

Overigens merkt het Hof van Beroep te Brussel³³ op dat art. 8 W.I.B. de vrijstelling van onroerende voorheffing toekent voor onroerende goederen «besteed» voor de uitoefening van een openbare eredienst, terwijl art. 157 van hetzelfde wetboek dezelfde vrijstelling verleent voor zover die onroerende goederen «gebruikt» zijn voor een dienst van openbaar nut. In de Franse tekst van die twee artikelen wordt voor de woorden «besteed» en «gebruikt» dezelfde term gebezigd: «affectés». De bedoeling van de wetgever moet in beide teksten dezelfde geweest zijn, zo concludeert het hof van beroep, en de onroerende voorheffing kan dan ook door het fiscaal bestuur niet geëist worden voor een onroerend goed, «bestemd» voor de uitoefening van een openbare eredienst, al is het vooralsnog niet in gebruik genomen.

Concluderend kan gesteld worden dat, volgens het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de eredienst in ieder geval openbaar moet zijn, d.w.z. ter bestemming van het toegankelijkheids publiek, of de eredienst uitgeoefend of beleiden in het openbaar.

De vrijstelling van onroerende voorheffing wordt toegestaan, bevestigt de rechtspraak,³⁴ voor het gedeelte van een gebouw dat als kapel voor een openbare eredienst is ingericht en voor de lokalen zoals de werkkamer en de kamer van de aalmoezenier die gelijkgesteld kunnen worden met een pastorie.

– hetzij voor het onderwijs.

Alleen voor het gedeelte van een schoolgebouw dat voor het onderwijs dient, direct (klaslokalen) of indirect (werkkamer, spreekkamer, tuin, speelplaats), geldt de vrijstelling, niet voor de plaatsen dienende als woning voor bestuurder en personeel. Het feit dat het onderwijs niet kosteloos is, doet de belastingplichtige het voordeel van artikel 8 niet verliezen, zolang het school- of kostgeld enkel dient om de uitgaven van personen, gebouwen, materiaal, enz. te dekken, zonder dat er een eigenlijke winst wordt gemaakt³⁵.

De zaal door een vereniging ter beschikking gesteld van haar leden, om er aan lichamelijke opvoeding te doen met het oog op deelneming aan turnwedstrijden, kan evenwel niet beschouwd worden als bestemd voor het onderwijs³⁶.

Volgens de rechtspraak moet er immers een noodzakelijk verband bestaan tussen de bestemming van het gebouw en het onderwijs en dit verband dient van zodanige aard te zijn dat het onderwijs niet kan worden verstrekt zonder dat van het gebouw gebruik gemaakt wordt³⁷.

Het begrip «onderwijs» doelt op het onderwijs in zijn ruime betekenis, d.w.z. elke activiteit van een leraar ten behoeve van zijn leerlingen³⁸.

Buiten het feit dat geen winst mag worden nagestreefd, eist de administratie van het kadaster dat nog tegelijkertijd aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

– systematisch onderwijs³⁹;

²⁶ Gent, 8 maart 1988, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1989, 192.

²⁷ Luik, 22 juni 1989, *Bulletin der Belastingen*, 1990, 2454.

²⁸ Standpunt verwoord in circulaire van 8 augustus 1988, *Bulletin der Belastingen*, nr. 675, 1454.

²⁹ Over het begrip eredienst spreekt het Hof van Beroep te Luik zich uit in een arrest van 21 november 1949, *Pas.*, 1950, II, 57: «Antoinisme» is geen eredienst.

³⁰ VAN HOUTTE, J., o.c., 198.

³¹ Cass., 19 oktober 1948, *Pas.*, 1948, I, 576.

³² Antwerpen, 5 maart 1979, *R.W.*, 1978-79, 2329-2332.

³³ Brussel, 1 april 1968, *R.W.*, 1968-69, 600-602.

³⁴ Luik, 14 mei 1986, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1987, 67; Brussel, 17 februari 1987, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1987, 184.

³⁵ Aldus VAN HOUTTE, J., o.c., 198. Zie ook Brussel, 21 november 1989, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, nr. 90/60.

³⁶ Gent, 29 maart 1938, *Bulletin der Belastingen*, nr. 132.

³⁷ Brussel, 26 juni 1985, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, nr. 85/201.

³⁸ Brussel, 9 januari 1990, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, nr. 90/131.

³⁹ Brussel, 24 februari 1987, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, 1987, 184.

– werkelijke en noodzakelijke bestemming van de onroerende goederen tot didactische doeleinden.

Het woord onderwijs impliceert een didactische werkzaamheid die door de onderwijzende persoon ten behoeve van de onderwezene wordt uitgeoefend. Daaruit volgt dat onverschillig welke vorm van onderwijs voor vrijstelling in aanmerking komt zodra de didactische werkzaamheden systematisch (dus niet toevallig) worden georganiseerd met het doel te onderrichten volgens de verhouding leermeester/leerling.

De onderwezen stof, de hoedanigheid van de organisator of verstrekker van het onderwijs, noch die van de onderwezene kunnen een beletsel zijn voor de vrijstelling.

Als onderwijs komen dus in aanmerking:

1) het «onderwijs in de gewone betekenis van het woord», d.w.z. de volbrenging van een onderwijsopdracht in een eigenlijke onderwijsinrichting (school, pensionaat, noviciaat);

2) het bijzonder onderwijs gegeven in de door de Nationale Raad van de Jeugd gekwalificeerde jeugdorganisaties, jeugdtehuizen, jeugdclubs. Dit is o.a. het geval wanneer die organisaties en clubs ten gunste van jongeren beneden de 25 jaar en onder de leiding van opvoeders en jeugdleiders naschoolse of «extra-professionele» opvoedkundige taken vervullen;

3) de andere als onderwijs bestempelde werkzaamheden, zoals het onderricht van filosofische en morele doctrines, van gymnastiek, sport, enz., indien het systematische karakter ervan is vastgesteld aan de hand van statuten, catalogi, reglementen, hoedanigheid en eventuele bezoldiging van de leermeesters, didactisch materiaal, aantal personen die effectief het onderricht volgen, leerprogramma's, lesroosters, enz.

De tweede voorwaarde houdt in dat de gebouwen of delen van gebouwen werkelijk voor didactische doeleinden moeten worden gebruikt, met dien verstande dat dit gebruik niet toevallig of bijkomstig mag zijn⁴⁰.

– hetzij voor de vestiging van hospitalen, godshuizen, klinieken, dispensaria, vakantiehuisen voor kinderen of gepensioneerden of van andere soortgelijke weldadigheidsinstellingen.

Met *hospitalen, klinieken en dispensaria* worden die instellingen bedoeld welke werkzaam zijn op het gebied van de geneeskundige verzorging en met *godshuizen* die liefdadigheidsinstellingen waar hulpbehoevenden, ouden van dagen, wezen of door chronische ziekten getroffen bejaarden worden opgevangen; een gebouw voor personen die opgenomen zieken vergezellen, is volgens het Hof van Beroep te Luik echter geen godshuis in de zin van art. 8 W.I.B., daar de aanwezigheid van die personen in geen geval beschouwd kan worden als noodzakelijk in het kader van een verpleeginstelling⁴¹.

Een kliniek, een ziekenhuis of een bejaardentehuis daarentegen, kan volgens het Hof van Beroep te Antwerpen niet functioneren zonder dat het linnen gereinigd wordt onder gunstige hygiënische omstandigheden en tegen een draag-

bare gewettigde kostprijs. Indien elke inrichting afzonderlijk geen eigen wasserij kan installeren en in werking houden, is het bestaan van een gespecialiseerde wasserij, die zonder winstoogmerk werkzaam is en belast wordt met die dienst, noodzakelijk voor de goede werking van ziekenhuizen, klinieken en bejaardentehuizen. Om de vrijstelling van belasting te verkrijgen is het immers voldoende dat een onroerend goed noodzakelijk is om de goede werking te verzekeren van een van de in art. 8 W.I.B. genoemde activiteiten en/of vestigingen en dat de eigenaar, die zijn goed daartoe aanwendt, geen winst nastreeft⁴².

Voor een bejaardentehuis (of een rusthuis) ten slotte is de interpretatie van de minister van Financiën en zijn administratie evenwel dat een dergelijke instelling niet valt onder art. 8 W.I.B., omdat deze uitzonderingen beperkend geïnterpreteerd dienen te worden⁴³.

Vakantietehuizen voor kinderen of gepensioneerden genieten ook de vrijstelling van onroerende voorheffing: het zijn tehuizen, centra, enz. waarin kinderen of gepensioneerden tijdelijk verblijven om er hun vakantie door te brengen. De vrijstelling van onroerende voorheffing is in dezen afhankelijk van een dubbele voorwaarde: 1° het onroerend goed of een deel ervan mag uitsluitend dienstig zijn als vakantiehuis; 2° datzelfde onroerend goed of een deel ervan moet uitsluitend bestemd worden voor kinderen of gepensioneerden⁴⁴.

Onder soortgelijke weldadigheidsinstellingen – eveneens vatbaar voor de vrijstelling van onroerende voorheffing – mogen, volgens de rechtsleer⁴⁵, alleen verstaan worden inrichtingen die een onbetwistbare analogie vertonen met de hospitalen, godshuizen, klinieken, enz. die vermeld worden in de tekst van art. 8 W.I.B.: bv. verplegingsinrichtingen, weeshuizen, verbeteringstehuizen, kinderbewaarplaatsen, krankzinnigengestichten, lokalen voor consultatie t.b.v. kinderen, erkende gezondheidscentra, centra voor medisch schooltoezicht, enz., maar zeker niet de openbare diensten of diensten van algemeen nut: een badinrichting valt bv. niet onder de vrijstelling van onroerende voorheffing, zelfs niet als ze geëxploiteerd wordt zonder winstbejag en bovendien aangenomen mag worden dat ze voor de volksgezondheid een nuttige inrichting is. En een kinderbewaarplaats die deel uitmaakt van een gebouw van een openbare dienst, kan evenmin vrijstelling van onroerende voorheffing genieten⁴⁶.

Ook een instelling van sociaal toerisme kan niet per definitie geacht worden bestemd te zijn voor een instelling van weldadigheid met een humanitair karakter met het oog op de belastingvrijstelling van art. 8 W.I.B.⁴⁷

Evenmin worden als soortgelijke weldadigheidsinstellingen aangemerkt: arbeidsbeurzen, plaatsingsbureaus, jeugd-

⁴² Antwerpen, 1 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 2008-2011.

⁴³ Zie supra.

⁴⁴ Zie bij G. TRAEST, o.c., 1043-1044, en in *Fiscaal compendium*, o.c., sub «Onroerende inkomsten», 50.

⁴⁵ VAN HOUTTE, J., o.c., 198; *Fiscaal compendium*, deel I, sub «Onroerende inkomsten», 50.

⁴⁶ Luik, 24 december 1937, *Bulletin der Belastingen*, nr. 126; Brussel, 24 februari 1987, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, nr. 87/103.

⁴⁷ Cass., 10 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 669.

⁴⁰ Cf. *Commentaar Inkomstenbelastingen*, nr. 157/41 e.v.

⁴¹ *Fiscaal compendium*, deel I, sub «Onroerende inkomsten», 50; Luik, 3 december 1986, *Fiscale Jurisprudentie – Jurisprudence fiscale*, nr. 87/80.

herbergen, lokalen voor jeugdverenigingen, vakbonden, beroepsverenigingen, enz.⁴⁸.

3. Onroerende voorheffing ten aanzien van rusthuizen objectief gewettigd?

Er blijken diverse redenen te zijn waarom niet zo maar positief geantwoord kan worden op voornoemde vraag.

A. Het begrip «godshuis» wordt in het woordenboek van Van Dale omschreven als «een liefdadigheidsgesticht waar ouden van dagen, wezen, zieken, enz. om godswil worden verpleegd». Het initiatief tot opvang van die mensen dateert uit de zevende eeuw, toen religieuzen uit caritatieve motieven zich inzetten voor de opvang van reizigers en behoeftigen in de kloosterhospitalen of de zgn. passantenhuizen, waar de passanten (rondtrekkende pelgrims, reizigers, behoeftigen...) tijdelijk onderdak en voedsel kregen. Terwijl de passantenhuizen uit louter caritatieve motieven werden opgericht, waren eigenbelang en zelfbehoud van de burgers een belangrijke drijfveer achter de «stedelijke hospitalen»: in de meeste Vlaamse steden verscheen dan ook in de loop van de twaalfde en dertiende eeuw een gasthuis – ook hospitium geheten –, waar hulp werd verleend aan de armsten en de zwakken; deze hulp was voornamelijk gericht op verzorgen i.p.v. genezen⁴⁹.

Tijdens de Franse Revolutie vaardigde het Directoire de wet van 16 vendémiaire jaar V (7 oktober 1796) uit: vele onafhankelijke instellingen, al dan niet onder stedelijke controle, evolueerden ten gevolge van dit wettelijk ingrijpen naar zuiver openbare instellingen en werden voortaan bestuurd door een gemeentelijke commissie, de zgn. «Commission administrative des Hospices Civils», bestaande uit vijf leden en die instond voor de zorg van arme zieken, bejaarden, wezen en andere behoeftigen. Voor de bedeling bij de armen thuis werd het «Bureau de Bienfaisance» of Weldadigheidsbureau opgericht. Beide instellingen zouden eerst in 1925, met de oprichting van de commissies voor openbare onderstand versmelten⁵⁰.

Tot ongeveer in de helft van vorige eeuw was trouwens het onderscheid tussen gasthuis – later ziekenhuis – of «hôpital» enerzijds en godshuis, gesticht, bejaarden- of weeshuis of «hospice» anderzijds niet steeds duidelijk: bepaalde kleinere gemeentelijke instellingen werden zelfs met de verwarrende term «hospice-hôpital» aangeduid. Ze zorgden zowel voor de opvang van zieken als voor het onderhoud van bejaarden, gebrekkigen en wezen⁵¹.

De bejaardenzorg bestond in vorige eeuw in wezen niet, althans niet op het platteland: bejaarden werden in gezins-

verband opgevangen, d.w.z. door kinderen en kleinkinderen. De financiële draagkracht van de meeste plattelandsgemeenten was trouwens te beperkt om voor de bejaarden aparte voorzieningen op te richten. In een aantal steden daarentegen werd, hetzij door het openbaar hetzij door het particulier initiatief, die elkaar aanvulden, begonnen met bejaardentehuizen, de zgn. «hospices de l'infirmerie»: dit geschiedde voornamelijk in Antwerpen, Brussel, Brugge, Gent, Mechelen en enkele kleinere steden⁵².

En pas in 1966, na twee branden met tragische afloop in twee Brusselse rusthuizen⁵³, alsmede als gevolg van het liberaal-katholiek wetsvoorstel Gillet-Eneman dat voornamelijk voorzag in een verplichte, degelijke huisvesting en een verplichte erkenningsaanvraag voor alle instellingen, ontstond de wet op de bejaardentehuizen van 12 juli 1966⁵⁴. Ingevolge artikel 59bis, § 2bis, van de Grondwet en de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen⁵⁵ is het bejaardenbeleid evenwel in hoofdzaak een materie geworden waarvoor de Gemeenschappen voortaan bevoegd zijn; diensgevolge wordt de erkenning en de subsidiëring van voorzieningen voor bejaarden in Vlaanderen thans beheerst door een decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 5 maart 1985⁵⁶ alsmede diverse uitvoeringsbesluiten⁵⁷.

Het begrip «godshuis» is dus, zoals hiervoren is uiteengezet, door de jaren heen geleidelijk aan vervangen door termen als bejaardentehuis, rusthuis, home voor bejaarden, en recent door het Vlaams decreet van 5 maart 1985 nogmaals aangepast door het overkoepelend begrip «voorzieningen voor bejaarden», die een heel brede waaier van voorzieningen omvatten, die bovendien vatbaar zijn voor erkenning en subsidiëring.

Het begrip «godshuis» blijkt overigens ook achterhaald te zijn in zijn doelstellingen, sinds de Belgische wetgever bepaald heeft dat alle personen die niet in staat zijn door eigen inspanningen (arbeid) of anderszins een inkomen te verwerven, recht hebben op een gewaarborgd minimuminkomen. Deze regelingen vormen, ook historisch, het sluitstuk van het huidige sociale-zekerheidsstelsel: zij bieden een vangnet voor degenen die door de mazen van de klassieke sociale-zekerheidssectoren glippen. Grosso modo kunnen drie stelsels onderscheiden worden⁵⁸:

⁵² *Vijftig jaar ten dienste van de Caritas-Verzorgingsinstellingen*, o.c., 43-45.

⁵³ G. DOOGHE, L. VANDEN BOER en L. VANDERLEYDEN, *De rusthuizen in Vlaanderen*, O.B.G.S. Monografie 1990/1, 88-89.

⁵⁴ B.S., 8 september 1966.

⁵⁵ B.S., 15 augustus 1980.

⁵⁶ B.S., 30 augustus 1985.

⁵⁷ In deze materie wordt door de Dienst Gezin en Maatschappelijk Welzijn van de Vlaamse Gemeenschap die gevestigd is in de Markiesstraat 1 te 1000 Brussel een brochure ter beschikking gesteld die de wettelijke reglementeringen bevat.

⁵⁸ M. EYSKENS, R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN, *Wegwijs Geld*, 189-195; *Sociaal Zakboekje*, 1991/2; VAN LANGENDONCK, J. en STROOBANT, M., *Sociaal recht in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbladig; SENAËVE, P., *De bestrijding van armoede in België, Analyse van het toekennen van een gewaarborgd inkomen en van de hervorming van de C.O.O.'s*, Acco, Leuven, 1977, 213-235.

⁴⁸ *Fiscaal compendium*, sub «Onroerende inkomsten», 50.

⁴⁹ Zie o.m. bij A. QUERIDO, *Godshuizen en gasthuizen*, Lockem, 1974, 8-12, en in «Vijftig jaar ten dienste van de Caritas-Verzorgingsinstellingen», *V.V.I.*, 1988, 17-59.

⁵⁰ *Pasinomie*, 1925, 74-154; ROCHAIX, M., *Essai sur l'évolution des questions hospitalières de la fin de l'Ancien Régime à nos jours*, Dijon, 1959, 23-26; DAMOISEAUX, M. en HENRARD, H., *Guide pratique de l'administration des commissions d'assistance publique*, Brussel, 1934.

⁵¹ *Journal des Economistes*, XXXIII, 1852, 284; DE HAERNE, *Ta-bleau de la charité chrétienne en Belgique, ou relevé des oeuvres de bienfaisance dues principalement à l'usage des libertés inscrites dans la Constitution belge de 1831*, Leuven, 1858, 61.

- het bestaansminimum, dat toekomt aan elke meerderjarige persoon die in België verblijft en over geen of slechts ontoereikende bestaansmiddelen beschikt ⁵⁹;
- het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, dat bestemd is voor personen die de pensioenleeftijd hebben bereikt en geen volwaardig pensioen genieten ⁶⁰;
- de tegemoetkomingen aan gehandicapten die geen recht hebben op een ander vervangingsinkomen uit hoofde van hun arbeidsongeschiktheid ⁶¹.

B. Niet alleen de onroerende goederen of delen van onroerende goederen die bestemd zijn voor de vestiging van ziekenhuizen, godshuizen, enz., maar ook alle onroerende goederen die noodzakelijk zijn voor de goede gang van de inrichting zijn vrijgesteld van onroerende voorheffing ⁶².

Om de vrijstelling van belasting te verkrijgen - zo beslist het Hof van beroep te Antwerpen ⁶³ - is het voldoende dat een onroerend goed noodzakelijk is om de goede werking te verzekeren van een van de in artikel 8 W.I.B. genoemde activiteiten en/of vestiging en dat de eigenaar, die zijn goed daartoe aanwendt, geen winst nastreeft. Een kliniek, een ziekenhuis of een bejaardentehuis, zo vervolgt het arrest, kan niet functioneren zonder dat het linnen gereinigd wordt onder gunstige hygiënische omstandigheden en tegen een draagbare gewettigde kostprijs. Nu elke inrichting afzonderlijk geen eigen wasserij kan installeren en in werking houden, is het bestaan van een gespecialiseerde wasserij, die zonder winstoogmerk werkzaam is en belast wordt met die dienst, noodzakelijk voor de goede werking van ziekenhuizen, klinieken en bejaardentehuizen ⁶⁴.

⁵⁹ Basiswetgeving: Wet 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum; K.B. van 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum.

⁶⁰ Basiswetgeving: Wet 1 april 1969 tot instelling van een gewaarborgd inkomen voor bejaarden; K.B. 29 april 1969 houdende algemeen reglement betreffende het gewaarborgd inkomen voor bejaarden.

⁶¹ Basiswetgeving: Wet van 27 februari 1987 inzake tegemoetkomingen aan gehandicapten. Zie ook in *Sociaal Zakboekje*, 1991/2.

⁶² Cass., 19 oktober 1948, *Revue Jur.*, 672.

⁶³ Antwerpen, 1 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 2008-2011.

⁶⁴ In dezelfde zin heeft de rechtspraak zich nog meermaals uitgesproken. Aldus werd eveneens beslist dat de vrijstelling van art. 8 W.I.B. niet alleen geldt voor dat gedeelte van het gebouw dat als kapel wordt gebruikt maar eveneens voor het kantoor en de kamer van de aalmoezenier die instaat voor de kapel en die gelijkgesteld wordt met een pastorie (cf. TIBERGHIE, A., o.c., nr. 1032). Een gebouw voor personen die opgenomen zieken vergezellen is geen godshuis in de zin van art. 8 W.I.B., aldus het Hof van Beroep te Luik, daar de aanwezigheid van deze personen in geen geval beschouwd kan worden als noodzakelijk in het kader van een verpleeginstelling; onder godshuis wordt immers verstaan een huis van bijstand waar hulpbehoevende of door chronische ziekten getroffen ouderlingen worden opgevangen (Luik, 3 december 1986, *Fiscale Jurisprudentie - Jurisprudence fiscale*, nr. 87/80). Een kinderbewaarplaats die deel uitmaakt van een gebouw van een openbare dienst, kan geen vrijstelling van onroerende voorheffing genieten; hetzelfde geldt voor een vergaderzaal waarvan niet bewezen wordt dat zij op systematische wijze voor een didactische activiteit wordt aangewend. (Brussel, 24 februari 1987, *Fiscale Jurisprudentie - Jurisprudence fiscale*, nr. 87/103, cassatieberoep verworpen door Cass., 22 december 1988, *R.W.*, 1988-89, 1294). Er wordt zelfs een vrijstelling verleend aan een V.Z.W., met als maatschappelijk doel een onder-

C. Zoals reeds eerder is vermeld, zijn de bejaardentehuizen - iets of wat sympathieker uitgedrukt, in de ogen van de senioren althans, door de synoniemen rusthuis, rustoord of Huize - in drie categorieën onderverdeeld, te weten:

- ofwel zijn het rusthuizen uit de openbare sector (publiekrechtelijke rechtspersonen), beheerd door een O.C.M.W.;
- ofwel betreft het rusthuizen, opgericht en/of beheerd door hetzij een vereniging zonder winstoogmerk, hetzij een vereniging met winstoogmerk, m.a.w. een handelsvennootschap.

De V.Z.W.-sector eist het grootste marktsegment op, zowel wat het aantal rusthuizen als wat het aantal woongelegenheden betreft. Vier op tien tehuizen, met 45% van het totaal beddenbestand, worden beheerd door een vereniging zonder winstoogmerk. De openbare sector vertegenwoordigt één derde van het aantal instellingen, maar beheert 42% van het beddenbestand. Tehuizen met een kleine bedden capaciteit ten slotte vindt men vooral terug in de commerciële sector, met 27% rusthuizen doch slechts een beddenbestand van 13% ⁶⁵.

De rusthuizen die beheerd worden door het O.C.M.W., en nog in iets meerdere mate die welke bestuurd worden door V.Z.W.'s worden reeds geruime tijd in steeds toenemende mate geconfronteerd met de opvang en verzorging van zwaar verzorging behoevende bewoners ⁶⁶. Sinds de wet van 27 juni 1978 tot wijziging van de wetgeving op de ziekenhuizen en betreffende sommige andere vormen van verzorging, maar vooral door het koninklijk besluit van 2 december 1982 ⁶⁷ is het concept van het rust- en verzorgings-

wijsactiviteit, voor een gebouw dat zij in huur geeft aan studenten in de vorm van gemeubelde kamers; de ontvangst van huurgelden deed overigens geen afbreuk aan de voorwaarde van de afwezigheid van winstoogmerk (Brussel, 21 november 1989, *Fiscale Jurisprudentie - Jurisprudence fiscale*, nr. 90/60). De onroerende goederen die watermaatschappijen aanwenden voor de vestiging of de exploitatie van de diensten voor waterdistributie, zijn vrij van alle belastingen (wet 16 maart 1957, artikel 1). Deze goederen moeten noodzakelijk zijn voor de goede werking van de maatschappij. Dat is het geval voor woningen die de maatschappijen hebben gebouwd in de nabijheid van de installaties voor de waterdistributie en die zij laten gebruiken door personeelsleden die bij een dringende oproep snel ter plaatse moeten zijn; het feit dat de personeelsleden maandelijks een vergoeding betalen heeft in dezen geen belang (Luik, 27 juni 1986, *Fiscale Jurisprudentie - Jurisprudence fiscale*, 1987, 329).

⁶⁵ Zie ter bevestiging in *De rusthuizen in Vlaanderen*, o.c., 30-31.

⁶⁶ Aantal in 1988 bestaande rusthuis- en erkende R.V.T.-bedden, naar beheersinstantie van de instelling:

Beheersinstantie	Rusthuisbedden**	Erkende R.V.T.-bedden	Totale bedden capaciteit	In % van
- V.Z.W.	18.262	3.090	21.352	14
- Verenig. met winstoogmerk	6.041	25	6.066	*
- O.C.M.W.	17.202	2.686	19.888	14
TOTAAL	41.505	5.801	47.306	12

Legende:

* Minder dan 1%

** Erkende en niet-erkende rusthuisbedden met uitzondering van R.V.T.-bedden.

Bron: *De rusthuizen in Vlaanderen*, o.c., 37.

⁶⁷ B.S., 7 december 1982 en 28 januari 1983.

tehuis (R.V.T.) operationeel gemaakt. Het rust- en verzorgingstehuis is een residentiële voorziening waar een financiële overheidstussenkomst wordt verleend voor de verzorging van verzorgingsbehoevende bejaarden aangetast door een aandoening met een langdurig karakter. Gezien de budgettaire implicaties van de oprichting van R.V.T.-diensten, werd de uitbouw ervan gekoppeld aan de gelijkwaardige vermindering van ziekenhuisbedden.

Ook erkende rusthuizen⁶⁸ komen in aanmerking voor de bijzondere erkenning als R.V.T., wanneer zij voldoen aan de vastgestelde normen en voor zover de programmeringsnorm van twee bedden per duizend inwoners niet bereikt is; de bijzondere erkenning kan zowel betrekking hebben op de totaliteit van de bedden in het rusthuis als op een gedeelte ervan. Bewoners die in een R.V.T.-rusthuis (volledig of ten dele R.V.T.) verblijven en als R.V.T.-patiënt zijn erkend, krijgen per dag een forfaitaire tegemoetkoming voor verzorging en bijstand in de handelingen van het dagelijks leven, het zogeheten R.V.T.-forfait.

Overeenkomstig de ook al eerder vermelde onderrichting van 24 november 1988, uitgaande van de administratie van het kadaster, worden rusthuizen die uitsluitend of ten dele R.V.T.-patiënten huisvesten, volledig respectievelijk ten dele vrijgesteld van de onroerende voorheffing, omdat deze rusthuizen – door de administratie van het kadaster nog steeds verkeerdelijk gekoppeld aan de sinds het najaar 1985 niet meer van kracht zijnde wet van 12 juli 1966 – voor deze materie gelijkgesteld worden met de officieel erkende bedden van de eigenlijke ziekenhuizen. Deze handelwijze blijkt echter een arbitraire en tegelijkertijd een ad hoc oplossing te zijn om diverse feitelijke en zelfs wettelijke redenen.

– Er zijn immers nogal wat rustoorden die tegelijkertijd het statuut van rustoord én van R.V.T. hebben. In een dergelijke instelling vertoeven naast R.V.T.-patiënten ter wille van een vooruitziend opnamebeleid ook een aantal R.V.T.-gerechtigden; deze laatste categorie van bewoners zijn senioren die van de ene op de andere dag R.V.T.-patiënten kunnen worden op voorwaarde dat en zodra er een R.V.T.-bed vrijkomt of bijkomt (na instemming van de bevoegde gemeenschapsminister). Waarom worden deze R.V.T.-gerechtigden, voor wie trouwens ook een forfaitaire tegemoetkoming (maximaal 65% van het R.V.T.-forfait) voor verzorging en bijstand in de handelingen van het dagelijks leven wordt verstrekt, niet op dezelfde wijze aangemerkt en aangerekend t.b.v. de zakelijke⁶⁹ vrijstelling van onroerende voor-

⁶⁸ Conform het reeds genoemde decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 5 maart 1985 houdende regeling van de erkenning en subsidiëring van voorzieningen voor bejaarden (*B.S.*, 30 augustus 1985).

⁶⁹ Inzake vrijstellingen dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen:

– zakelijke vrijstellingen: vrijstellingen die niet worden verleend aan een bepaalde categorie personen, maar om allerlei economische, sociale, culturele en andere redenen worden verleend voor bepaalde goederen, inkomsten, materiële of juridische handelingen, terwijl die goederen, inkomsten of handelingen normaal begrepen zijn in het object van de belasting;

– persoonlijke vrijstellingen: vrijstellingen die t.o.v. zekere belastingen wordt verleend aan een bepaalde categorie personen.

Voor nadere details raadplege men VAN HOUTTE, *o.c.*, 1979, blz. 146-150.

heffing? In geval van niet-vrijstelling dient deze belasting immers doorverrekenend te worden in de ligdagprijs. Onzes inziens lijkt de thans gevolgde handelwijze kunstmatig en discriminatoir te zijn en zelfs strijdig met artikel 6 van de Belgische Grondwet; in de regel zegt men immers dat er geen discriminatie is wanneer ieder van de in dezelfde omstandigheden verkerende burgers op gelijke wijze behandeld wordt en wanneer de modalisering van de belasting (vrijstellingen, tariefverminderingen, enz.) enkel met haar doel en aard verband houdt⁷⁰.

– In het besluit van de Vlaamse Executieve van 17 juli 1985 houdende bijzondere voorwaarden van de subsidiëring van de investeringsverrichtingen⁷¹ wordt bepaald dat gesubsidieerde rusthuizen zich moeten verbinden om bij voorkeur bejaarden op te nemen die moeten worden geholpen bij het verrichten van de essentiële handelingen van het leven en/of op wie bijzonder toezicht moet worden gehouden. Dit besluit ondersteunt en vereist zelfs een, wat we zoëven noemden, vooruitziend opnamebeleid in een R.V.T. of een ten dele R.V.T.

En met ingang van 1 januari 1991 zijn rustoorden zelfs gerechtigd om ernstig demente bejaarden op te nemen⁷²; deze categorie zal zonder meer gelijk te stellen zijn met R.V.T.-patiënten.

– Ten aanzien van een rusthuis, dat ten dele ook R.V.T.-patiënten opneemt, kan de pertinente vraag gesteld worden: welke onroerende goederen van dat rusthuis zijn noodzakelijk voor de goede werking van de R.V.T.-afdeling van dat rusthuis? Het antwoord op deze vraag is immers bepalend voor de vaststelling van het voor vrijstelling van onroerende voorheffing in aanmerking komend gedeelte. Of dat antwoord eenduidig bepaalbaar is, blijkt niet zo evident te zijn, integendeel.

– Volgens de voorbereidende parlementaire besprekingen staat «weldadigheidsinstelling» voor een werk van openbaar nut waarmee ook verenigingen zonder winstoogmerk zich inlaten. Het feit dat zowel de ondergeschikte besturen als de V.Z.W.'s aanspraak kunnen maken op dezelfde subsidiëring van de kant van de overheid voor de investeringsverrichtingen van de rusthuizen, bevestigt het karakter van openbaar nut van deze instellingen. Bovendien is er nooit in enig parlementair document sprake geweest van «liefdadigheid» of «carritatief werk». Immers, ziekenhuizen, klinieken en vakantietehuizen zijn ook geen liefdadigheidsinstellingen waar iedereen kosteloos en ter liefde Gods wordt opgenomen en verzorgd. Hierbij komt nog dat de groep van «andere soortgelijke weldadigheidsinstellingen» in de loop der jaren is uitgebreid tot kinderbewaar-

⁷⁰ Zie MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1981, blz. 502; VAN HOUTTE, J., *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, 1979, nrs. 148-151; KIRKPATRICK, J., *L'égalité devant l'impôt en droit belge*, 1975, en DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, nr. 190. Voor heel wat rechtspraak over dezelfde materie raadplege men MAST, A., *o.c.*, blz. 502, voetnoot 5, en VAN HOUTTE, J., *o.c.*, blz. 144, voetnoten 26 en 28.

⁷¹ Artikel 3.2.b van dit besluit.

⁷² Aldus werd artikel 1, § 4, van het besluit van de Vlaamse Executieve van 10 juli 1985 houdende vaststelling van het programma voor dienstencentra, woningen voor bejaarden, serviceflatgebouwen, woningcomplexen met dienstverlening en rusthuizen vervangen; zie nader in *De Gemeente*, 1991, nr. 3, 138.

plaatsen, lokalen voor zuigelingenconsultaties, gezondheidscentra, dienstencentra en vakantiehuizen, die evenmin kosteloos fungeren of zuiver liefdadige doeleinden nastreven⁷³. En aangezien de rusthuizen effectief geëvolueerd zijn tot echte verzorgingsinstellingen, kan terecht de vraag gesteld worden of ook zij bijgevolg niet gecatalogiseerd dienen te worden als een «soortgelijke weldadigheidsinstelling».

— Last but not least zij eraan herinnerd dat het huidige artikel 8 W.I.B. ontstaan is door de wet van 13 juli 1930 betreffende de grondbelasting. De enige wijziging die de wet van 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen aan dit artikel heeft aangebracht is de inlassing van de woorden «vakantiehuizen voor kinderen en gepensioneerden». En hoewel de benaming «rusthuis», «bejaardentehuis» of «rustoord voor bejaarden» niet als dusdanig vermeld wordt in de tekst van art. 8 W.I.B., dient te worden geconstateerd dat deze instellingen op grond van die benaming toch decennia lang vrijgesteld werden van onroerende voorheffing; bijgevolg stellen wij vast dat met «godshuizen» vanaf 1930 blijkbaar ook «bejaardentehuizen» werden bedoeld⁷⁴. Doch ingevolge de onderrichting van 24 november 1988 van de administratie van het kadaster werd een nieuwe interpretatie gegeven aan artikel 8 W.I.B. i.v.m. de vrijstelling van onroerende voorheffing. Als gevolg daarvan werden de V.Z.W.-rusthuizen niet meer vrijgesteld van onroerende voorheffing omdat ze niet langer beschouwd werden als ressorterende onder het begrip «godshuis»⁷⁵.

4. Besluit

De huidige ziens- en handelwijze van de administratie van het kadaster met betrekking tot de niet-vrijstelling van onroerende voorheffing voor rustoorden, bejaardentehuizen, rusthuizen of homes voor senioren is onzes inziens niet verantwoord om historische redenen⁷⁶, te ongenueeerd⁷⁷, zeer onpragmatisch⁷⁸ en louter gebaseerd op een sinds november 1988 uitgevaardigde en uitsluitend intern geldende onderrichting van de administratie alsmede op het ministerieel antwoord op een parlementaire vraag.

⁷³ Cf. ook Vertrouwelijk schrijven van het Verbond der Verzorgingsinstellingen, 7 mei 1990, ref. AVB/MVS/388/10.7.4.

⁷⁴ VAN HOUTTE, J., *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, eerste deel, 1966, nr. 76, 102 en 212; TRAEEST, G., o.c., *R.W.*, 1963-64, 1043-1044.

⁷⁵ Cf. ook in *Caritas Telex*, oktober 1991, nr. 117, «Dossier onroerende voorheffing: beslissende wending».

⁷⁶ Cf. supra sub 3.

⁷⁷ Er zijn immers, zoals uiteengezet in dit artikel, drie categorieën van rustoorden te onderscheiden en in één rustoord kunnen er zelfs vijf soorten senioren gehuisvest zijn, te weten: R.V.T.-patiënten, senioren van de categorie O, A, B en C (ingedeeld volgens de zgn. Katszchaal). Voor nadere details hieromtrent raadplege men het desbetreffende K.B. van 10 april 1991, *B.S.*, 24 april 1991.

⁷⁸ In een erkend rusthuis dat tegelijkertijd ten dele ook erkend is als R.V.T., gebeurt het in de praktijk nogal eens dat een senior, op eigen verzoek of wegens omstandigheden, naar een andere kamer verhuist. En als deze senior een R.V.T.-patiënt is, wordt door dat enkele feit de oppervlakte van zijn nieuwe kamer vrijgesteld van onroerende voorheffing. Bovendien hebben we terecht de vraag gesteld: welke onroerende goederen van het rusthuis zijn in de praktijk noodzakelijk voor de goede werking van de R.V.T.-afdeling van dat rusthuis?

In dit verband adviseerde procureur-generaal Hayoit de Termicourt nochtans in 1942 reeds dat «wanneer een wettekst nopens een belasting onduidelijk en voor verschillende verklaringen vatbaar is, de rechter dan, bij gebreke van andere gegevens of elementen van interpretatie, die verklaring moet kiezen die voor de belastingschuldige voordeliger is»; het betreft de interpretatie van het bekende adagium «in dubio contra fiscum»⁷⁹.

Het komt ons bijgevolg als logisch, redelijk en opportuun voor dat de Vlaamse Executieve in het najaar 1991 in het voorontwerp van programmadecreet houdende diverse bepalingen tot begeleiding van de begroting 1992 een artikel heeft opgenomen dat als volgt wordt geformuleerd:

«In artikel 157 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen wordt, wat het Vlaamse Gewest betreft een 1^o bis ingelast luidend als volgt:

1^o bis: van de onroerende goederen of delen van onroerende goederen welke gelegen zijn in het Vlaamse Gewest en welke door een belastingplichtige die geen winstoogmerk nastreeft worden aangewend als bejaardenvoorziening uitgebaat door een rechtspersoon die geen winstoogmerk nastreeft, zoals bedoeld in het decreet van 5 maart 1985 houdende regeling van de erkenning en subsidiëring van voorzieningen voor bejaarden».

Voorvoemd voorontwerp werd overigens in zijn geheel en bij consensus goedgekeurd door de Vlaamse Executieve op 25 september 1991⁸⁰. De organen van de diverse Gewesten zijn immers inzake de aanslagvoet en de vrijstelling van onroerende voorheffing bevoegd geworden ingevolge artikel 13 van de wet van 9 augustus 1980 houdende gewone wet tot hervorming der instellingen⁸¹ alsmede ingevolge artikel 3, 5^o, en artikel 4, § 2, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten⁸². Het is aldus voldoende bij decreet artikel 157 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting aan te vullen met een artikel dat voor het Vlaamse Gewest de vrijstelling van onroerende voorheffing verleent aan de rusthuizen zonder winstoogmerk.

Ter verantwoording vermeldt de toelichting bij het desbetreffende voorontwerp dat de budgettaire weerslag van deze vrijstelling voor het Vlaamse Gewest geraamd wordt op 4,5 miljoen fr. en dat bijgevolg de budgettaire weerslag minimaal is.

De geplande behandeling van voorvoemd decreetsontwerp door de Vlaamse Raad is wegens de parlementsvierkiesingen, op 24 november 1991, en daaruit voortvloeiend de voortijdige ontbinding van o.a. ook de Vlaamse Raad evenwel onmogelijk geworden, althans in 1991. Maar, aangezien dit programmadecreet in hoofdzaak een reeks technische begeleidingsmaatregelen omvat voor de goede uitvoering van de begroting 1992, kan verwacht worden dat dit decreetsontwerp, samen trouwens met het begrotingsontwerp 1992 bij hoge prioriteit behandeld zal worden door de

⁷⁹ Concl. bij Cass., 28 mei 1942, *Revue der Registratie en Domeinen*, nr. 668. Omtrent het adagium «in dubio contra fiscum», raadplege men VAN HOUTTE, J., o.c., nrs. 205-210.

⁸⁰ Bevestigd door het kabinet van de voorzitter van de Vlaamse Executieve. Zie ook in «Memorandum aan de Nationale en aan de Vlaamse regering», *V.V.I.*, december 1991, blz. 23.

⁸¹ *B.S.*, 15 augustus 1980.

⁸² *B.S.*, 17 januari 1989.

inmiddels sinds 7 januari 1992⁸³ nieuw geïnstalleerde Vlaamse Raad.

Jos HEEREN
Adjunct-directeur
Economische Hogeschool Limburg
Vice-decaan en hoogleraar
aan Limburgs Universitair Centrum

⁸³ Conform de voorschriften van art. 32, § 1, van de wet van 8 augustus 1980 houdende bijzondere wet tot hervorming der Instellingen.

RECHTSpraak

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 NOVEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert, eerste voorzitter
Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal
Advocaat: mr. De Gryse

Verbintenis – Betaling van een geldsom – Niet-nakoming – Moratoire interest – Vereiste van voorafgaande aanmaning – Toepassingsgebied

De bepaling van art. 1153 B.W., luidens welke, in geval van vertraging in de uitvoering van een verbintenis die alleen betrekking heeft op het betalen van een bepaalde geldsom, de wettelijke interest slechts verschuldigd is te rekenen van de dag der aanmaning tot betaling, vindt geen toepassing op de uitvoering van verbintenissen uit onrechtmatige daad.

N.V. A. t/ Faillissement V., P. en V.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 april 1990 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het tweede onderdeel van het middel, gesteld als volgt: «Schending van de artikelen 1153, 1382 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek, (...),

...

Overwegende dat blijkens de vaststellingen van het arrest: 1. eiseres een regresvordering uitoefende tegen de verweerders sub 1, 2 en 3 en terugbetaling vorderde van de bedragen die zij had uitgekeerd aan de slachtoffers van een verkeersongeval voor de schadelijke gevolgen waarvan de destijds minderjarige Georges V. aansprakelijk gesteld werd bij vonnis van 17 mei 1985 van de Correctionele Rechtbank te Antwerpen; dat hetzelfde vonnis eveneens de ouders van de minderjarige, de verweerders sub 1 en 2, aansprakelijk stelde op grond dat zij «niet bewijzen dat er bij hen geen fout in de opvoeding of geen gebrek aan toezicht was»; 2. de verweerders sub 1, 2 en 3 een vordering in vrijwaring instelden tegen hun familiale verzekeraar, verweerster sub 4;

Overwegende dat het arrest de vordering van eiseres gedeeltelijk gegrond verklaart, de verweerders sub 1, 2 en 3, volgens het arrest «debiteurs van extra-contractueel verschuldigde bedragen», in solidum veroordeelt tot betaling

aan eiseres van 1.430.522 frank vermeerderd met de gerechtelijke interesten; dat het ook zegt dat verweerster sub 4 «tot integrale dekking is gehouden van wat elk van hen aldus moeten terugbetalen»; dat het eiseres echter de door haar gevorderde vergoedende interesten «vanaf de respectieve uitbetalingsdata der bedragen die de totale som uitmaken van 1.430.522 frank» ontzegt op grond dat zij «geen bewijs overlegt van ingebrekestelling»;

Overwegende dat de bepaling van artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek, luidens welke, in geval van vertraging in de uitvoering van een verbintenis die alleen betrekking heeft op het betalen van een bepaalde geldsom, de wettelijke interest slechts verschuldigd is te rekenen van de dag der aanmaning tot betaling, geen toepassing vindt op de uitvoering van verbintenissen uit onrechtmatige daad;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie sinds 11 mei 1923, *Pas.*, 1923, I, 303; zie nadien in dezelfde zin: *Cass.*, 14 september 1964, *R.W.*, 1964-65, 945; *Cass.*, 31 oktober 1966, *Pas.*, 1967, I, 285; *Cass.* 21 september 1970, *Pas.*, 1971, I, 55; *Cass.*, 8 januari 1973, *Pas.*, 1973, I, 450.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 25 FEBRUARI 1992

Voorzitter: de h. Boon
Rapporteur: de h. De Peuter
Advocaat-generaal: de h. De Swaef
Advocaat: mr. Sterck

Stedebouw – 1. Vordering tot betaling van meerwaarde – 2. Interest

1. Het betalen van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, is een vorm van teruggave en is van civielrechtelijke aard.

2. De veroordeling, op grond van art. 65, § 1, c, van de Stedebouwwet, tot een bedrag gelijk aan de gehele door het goed verkregen meerwaarde of een deel daarvan strekt tot herstel door het tenietdoen van de gevolgen van de wetsovertreding, in dit geval een onrechtmatige verrijking. De genoemde wetsbepaling

stelt de te betalen geldsom niet gelijk met een geleden nadeel maar met het geheel of een deel van de verrijking. Daaruit volgt dat op zodanige geldsommen, bij gebrek aan wettelijke bepaling in die zin, geen vergoedende interest loopt.

D. t/ Het Vlaamse Gewest

Gelet op het bestreden arrest, op 13 september 1990 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Overwegende dat het arrest enkel uitspraak doet over de vordering van verweerder tot veroordeling van de eisers tot het betalen van interesten op het bedrag van de meerwaarde door het goed van de laatstgenoemden verkregen;

Gelet op het verzoekschrift waarvan een door de griffier van het Hof voor eensluidend verklaard afschrift aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

...

Over beide middelen:

Overwegende dat het betalen van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, een vorm van teruggave en van civielrechtelijke aard is;

Overwegende dat daaraan geen afbreuk wordt gedaan doordat de strafrechter, voor wie die vordering is ingesteld, in beginsel die vordering moet toewijzen «naast de straf die hij oplegt» en dat zijn beslissing waarbij hij, op die vordering, het herstel van de plaats in de vorige staat of het betalen van de meerwaarde beveelt, verbonden is met de strafvordering, aangezien het opzet van de wetgever was het algemeen belang van de gemeenschap, namelijk een goede ruimtelijke ordening, te beschermen; dat de wet in zodanig geval vereist dat de rechter, naast de strafrechtelijke veroordeling, het herstel van de plaats in de vorige staat of het betalen van de meerwaarde beveelt;

Overwegende dat de veroordeling op grond van artikel 65, § 1, c, van de Stedebouwwet, tot een bedrag gelijk aan de gehele door het goed verkregen meerwaarde of een deel daarvan, strekt tot herstel door het tenietdoen van de gevolgen van de wetsovertreding, in dit geval een onrechtmatige verrijking; dat de genoemde wetsbepaling de te betalen geldsom niet gelijkstelt met een geleden nadeel, maar met het geheel of een deel van de verrijking;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat op zodanige geldsommen, bij gebrek aan wettelijke bepaling in die zin, geen vergoedende interest loopt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

...

NOOT – De aard van de herstelmaatregelen inzake stedebouw en de interesten op het bedrag van de meerwaarde

1. Artikel 65, § 1, van de Stedebouwwet van 29 maart 1962, als gewijzigd door de wet van 22 december 1970, bepaalt welke herstelmaatregelen op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester, «benevens de straf» door de rechter worden bevolen. Het gaat allereerst om het herstel van de plaats in de vorige staat of de staking van een niet vergunde gebruikswijziging. De herstelmaatregel kan echter ook bestaan in de uitvoering van bouwwerken of aanpassingen of in de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen. In de laatste twee gevallen is wel

een akkoord van de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen vereist.

2. Over de vraag naar de aard van de herstelmaatregelen is het laatste woord nog steeds niet gezegd. Recente arresten van het Hof van Cassatie hanteren een soortgelijke omschrijving, maar vaak met belangrijke nuanceverschillen. In het arrest dat op 26 april 1989 in verenigde kamers werd uitgesproken luidde het dat de beslissing van de strafrechter waarbij de door de gemachtigde ambtenaar ingestelde herstellvordering wordt toegewezen, valt «onder de strafvordering, niettegenstaande het burgerlijk karakter van de maatregel» (*R.D.P.*, 1989, 875, conclusie adv.-gen. Liekendael). Een arrest van 19 september 1989 overweegt dat het bevel tot herstel van de plaats «weliswaar tot de beoordeling op de publieke vordering behoort, maar een maatregel is van civielrechtelijke aard» (Cass., 19 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 777, noot Vandeplass, A.). Later wordt overwogen dat het verzoek van de gemachtigde ambtenaar tot herstel in de vorige staat weliswaar een burgerlijk karakter heeft, maar de beslissing van de strafrechter die op dat verzoek ingaat «een beslissing is over de strafvordering» (Cass., 15 november 1989, *A.C.*, 1989-90, 364). In een arrest van 13 december 1989 kan dan weer worden gelezen dat «de burgerlijke beslissing waarbij het herstel van de plaats in de vorige staat wordt bevolen, door de wet is voorgeschreven als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling» (*A.C.*, 1989-90, 523; zie ook Benelux-Gerechtshof, 6 februari 1992, *R.W.*, 1991-92, 1019, conclusie adv.-gen. Janssens de Bisthoven). In het geannoteerde arrest ten slotte luidt het dat de herstelmaatregel «een vorm van teruggave en van civielrechtelijke aard is».

3. Het door elkaar verwijzen naar begrippen als «strafvordering», «publieke vordering», «verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling», «civielrechtelijke maatregel» en «teruggave», is helaas niet geschikt om ten aanzien van de rechtsonderhorigen en de betrokken juristen duidelijkheid te scheppen.

4. Wellicht is het nuttig erop te wijzen dat uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie wel met zekerheid blijkt dat de herstelmaatregel geen straf is en civielrechtelijk van aard is. Daaraan valt m.i. toe te voegen dat de herstelmaatregel evenmin een teruggave is in de zin van artikel 44 van het Strafwetboek. Het is immers eigen aan de teruggave dat zij door de rechtbank ambtshalve wordt bevolen terwijl de herstelmaatregelen ex artikel 65 en 67 Stedebouwwet enkel kunnen worden bevolen op vordering van het bestuur. Bovendien beoogt de teruggave het herstel van de feitelijke toestand zoals die bestond voor het misdrijf gepleegd werd (Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, 2, Leuven, Acco, 1990, 840, nr. 1573). Het herstel van de plaats in de vorige staat beantwoordt weliswaar aan die omschrijving. Andere herstelmaatregelen kunnen echter tevens het bestendigen van de gevolgen van het misdrijf tot voorwerp hebben, bv. wanneer de betaling van de meerwaarde wordt gevorderd (zie «De herstelmaatregelen inzake stedebouw», *R.W.*, (1001), 1003). Ook moet worden aangenomen dat de vordering tot herstel die van het college van burgemeester en/of de gemachtigde ambtenaar uitgaat, geen burgerlijke vordering is daar zij niet is gericht op de bescherming van een eigen belang, maar wel op het algemeen belang, nl. de vrijwaring van een goede ruimtelijke ordening (*ibid.*, 1002). Uit de bepaling van wat de vordering tot herstel

niet is, volgt m.i. dat de vordering tot herstel een vordering sui generis is, ingesteld op initiatief van de bevoegde overheid om in het openbaar belang de aantasting van de goede ruimtelijke ordening (eventueel gedeeltelijk) teniet te doen of, indien de goede ruimtelijke ordening met de gevolgen van het misdrijf niet onverenigbaar is, om de onwettige verrijking ongedaan te maken.

5. Indien de bevoegde overheid niet als procespartij tussenkomen, wordt die vordering, op verzoek van het college van burgemeester en schepenen en/of de gemachtigde ambtenaar, uitgeoefend door het openbaar ministerie. Het is echter niet omdat de vordering tot herstel door het openbaar ministerie wordt gevorderd, dat die vordering tot de strafvordering behoort. Weliswaar is het zo dat het publiekrechtelijk aspect van de herstelmaatregelen het optreden van het openbaar ministerie verklaart. Daaruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de herstellvordering behoort tot de strafvordering. Het ambtshalve optreden vormt hier immers een toepassing van de bevoegdheid om op te treden krachtens artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze wet draagt aan het openbaar ministerie de taak op te waken over de eerbiediging van de wetten die de openbare orde aangaan en maakt het mogelijk om op te treden tegen toestanden die ingaan tegen de openbare orde (Verstraeten, R., «De terug-gave en het derdenverzet in strafzaken», noot onder Cass., 9 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 155; zie ook Bronders, B., «Over het herstel van vroegere rechtspraak; het herstel in de vorige toestand», in *Rechtspraak en milieubescherming*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (111), 120, nrs. 18 e.v.; vgl. Janssens de Bisthoven, conclusie bij Benelux-Gerechtshof, 6 februari 1992, *R.W.*, 1991-92, 1021, nr. 11, en 1023, nr. 23).

6. Het is aan de hand van de bepaling van de aard van de herstelmaatregel dat de vraag naar de mogelijkheid om op het bedrag van de meerwaarde vergoedende interesten toe te kennen moet worden beantwoord. Daarbij dient echter niet alleen rekening te worden gehouden met de aard van de herstelmaatregelen in het algemeen, maar ook met de bedoeling van de wetgever wanneer die de betaling van een geldsom als mogelijke herstelmaatregel in aanmerking heeft genomen.

7. De betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, werd als herstelmaatregel in de wet opgenomen voor de gevallen waarin de afbraak overdreven ernstige gevolgen voor de overtreder met zich mee zou brengen. Het werd billijker geacht «het behoud van de werken enkel te dulden op voorwaarde dat de begunstigde een som stort waarvan het bedrag vrijwel gelijk zou zijn aan de uit de overtreding verkregen waardevermeerdering» (*Parl.St., Senaat*, 1968-69, nr. 559, 20). Daaruit wordt meestal – ook in het geannoteerde arrest – afgeleid dat de betaling van het bedrag van de meerwaarde enkel tot doel heeft de gevolgen van de wetsovertreding bestaande in de verkregen onrechtmatige verrijking ongedaan te maken (Hubeau, B. en Peremans, R., *De sanctionering van stedbouwmisdrijven*, Brugge, Die Keure, 1990, 95, nr. 45).

8. In de voorbereidende teksten bevinden zich echter ook elementen die erop wijzen dat de betaling van het bedrag van de meerwaarde als schadevergoeding werd opgevat. Aldus werd gesteld dat de rechtbank «op basis van de onwettig verkregen meerwaarde, het bedrag van de schadeloosstelling (bepaalt), zodat elke willekeur in de keuze van de administratie nopens de aangevraagde schadeloosstelling ver-

meden wordt» (*Parl.St., Kamer*, 1970-71, nr. 773-2, 40). In verband met het herstel in de vorm van de betaling van een geldsom wordt tevens gesproken van een «réparation par équivalence» (*Parl.St., Senaat*, 1968-69, nr. 559, 20). Op grond van die passages zou bijgevolg kunnen worden afgeleid dat het besproken herstel bestaat in de betaling van een schadevergoeding waarvan het bedrag wordt vastgesteld volgens de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen.

9. Indien wordt aangenomen dat de herstelmaatregel, inzonderheid de betaling van het bedrag van de meerwaarde, er niet essentieel op gericht is de gevolgen van het misdrijf te doen verdwijnen, maar eerder «bestaat in een aan de gemeenschap toegekende schadevergoeding» (Janssens de Bisthoven, conclusie bij Benelux-Gerechtshof, 6 februari 1992, *R.W.*, 1991-92, 1022, nr. 17 en 1024, nr. 24), kan op het bedrag ervan wel vergoedende interest worden toegekend. De schadevergoeding strekt in die opvatting niet alleen tot het tenietdoen van de onrechtmatige verrijking maar ook tot «het herstel van de aan het landschap of streek aangerichte schade» (Antwerpen, 8 juni 1990, *R.W.*, 1991-92, noot Merckx, D., vernietigd door Cass., 11 februari 1992, A.R., nr. 4798). De schadevergoeding waartoe de collectiviteit vanaf het ogenblik van het misdrijf is gerechtigd, kan dan ook vergoedende interesten omvatten (*ibid.*). Vergoedende interesten worden immers toegekend wegens de vertraging in de uitvoering van de betaling van een schadevergoeding (zie Vandeurzen, A., «Over interesten...», *R.G.A.R.*, 1986, 11042, 1).

10. Indien met het geannoteerde arrest daarentegen moet worden aangenomen dat de herstelmaatregelen, inzonderheid het betalen van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed heeft verkregen, «een vorm van terug-gave» is en enkel strekt tot het tenietdoen van een onrechtmatige verrijking dient niet het besluit dat op zodanige geldsommen geen interest loopt, worden ingestemd. Bij gebreke van een uitdrukkelijke wetsbepaling kan immers niet worden aangenomen dat de verrijking die louter door het verloop van tijd ontstaat noodzakelijk overeenstemt met het bedrag van de interesten, berekend tegen de wettelijke interestvoet.

11. Het geannoteerde arrest is overigens geen alleenstaande uitspraak. In dezelfde periode werd in dezelfde zin overwogen dat de betaling van de meerwaarde «strekt tot herstel door het tenietdoen van de gevolgen van de wetsovertreding, in dit geval een onwettige verrijking (en) zo moet worden uitgelegd dat de te betalen geldsom geen betrekking heeft op een geleden nadeel, maar op het geheel of een deel van de wederrechtelijke verrijking» (Cass., 11 februari 1992, A.R., nr. 4798). Daarmee wordt overigens aangesloten bij vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie Cass., 13 december 1977, *A.C.*, 1977-78, 443; Cass., 15 oktober 1985, *A.C.*, 1985-86, 193).

12. De rechtspraak van het Hof van Cassatie belet anderszits niet dat de rechter het bedrag van de meerwaarde dient vast te stellen op de dag van de uitspraak. Er bestaat dus wel de mogelijkheid om het tijdsverloop tussen het ogenblik van de onrechtmatige verrijking en de rechterlijke beslissing bij het bepalen van het terug te betalen bedrag van de meerwaarde in aanmerking te nemen.

Op het bedrag van de meerwaarde kunnen m.i. ook ver-tragingsinteresten (moratoire interesten) worden toege-

kend. Het gaat dan om interesten die verschuldigd zijn ten gevolge van de late uitvoering van een verbintenis of verplichting tot betaling van een geldsom (zie Vandeurzen, A., «Over interesten...», *R.G.A.R.*, 1986, 11042, 1). De verplichting tot betaling van het bedrag van de meerwaarde is immers een verbintenis die overeenkomstig artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek betrekking heeft op de betaling van een bepaalde geldsom zodat bij de vertraging in de uitvoering van de betalingsverplichting, de in artikel 1153 B.W. vastgestelde wettelijke interest verschuldigd is (vgl. Cass., 24 oktober 1991, *R.W.*, 1991-92, 1059).

David D'Hooghe
Assistent K.U.Leuven

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 9 MAART 1992

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Willems

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Draps en Van Ommeslaghe

Bezit – Terugvordering – Bewijs

Wanneer de voorgaande bezitter de teruggave vordert van kasbons waarvan hij eigenaar was op het ogenblik van de inbezitneming ervan door de huidige bezitter, wiens bezit dubbelzinnig is, dient de huidige bezitter aan te tonen dat hij een eigendomstitel heeft.

L. t/ F.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 februari 1991 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

...

Over het middel: schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel nodig, 2279 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest beslist dat eiser zich niet kan beroepen op artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek omdat «zijn bezit niet voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 2229 van hetzelfde wetboek, aangezien zijn bezit te dezen dubbelzinnig is, nu er twijfel bestaat over de oorzaak of de aard van het genoemde bezit», en vervolgens het beroepen vonnis bevestigt dat zegt dat eiser het bestaan van een gift uit de hand moet aantonen en de zaak bijgevolg naar de eerste rechter verwijst om, na het afsluiten van de procedure van schriftonderzoek, uitspraak te doen over de wettelijke bewijswaarde van het onderhands geschrift dat eiser subsidiair aanvoerde tegen de rechtsvordering tot terugvordering van verweerster,

...

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat er een geschil bestaat tussen de huidige bezitter van de kasbons, eiser, en de voorgaande bezitter ervan, verweerster, en dat eiser, om zich te verzetten tegen de door verweerster gevorderde teruggave ervan, betoogt dat zij hem die kasbons uit de hand

heeft gegeven; dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, oordeelt dat eisers bezit dubbelzinnig is;

Overwegende dat daaruit volgt dat eiser, aangezien niet wordt betwist dat verweerster eigenaar was op het ogenblik van de inbezitneming door eiser, niet geniet van het vermoeden van de titel van eigendom dat in artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek is vastgelegd; dat het arrest daaruit derhalve naar recht afleidt dat eiser dient aan te tonen dat hij een eigendomstitel heeft, door de werkelijkheid te bewijzen van de gift waarop hij zich beroept;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 MAART 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Claeys Bouuaert

Algemeen rechtsbeginselen – Beginsel van behoorlijk bestuur – Belastingzaken – Recht op rechtszekerheid

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur sluiten het recht op rechtszekerheid in. Die beginselen gelden ook ten aanzien van het fiscaal bestuur.

Het recht op rechtszekerheid houdt o.m. in dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid kan worden opgevat. Daaruit volgt dat de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd.

Belgische Staat t/ Van A.

Gelet op het bestreden arrest, op 29 november 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten; dat die beginselen ook gelden ten aanzien van het fiscaal bestuur;

Dat het recht op rechtszekerheid onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid; dat daaruit volgt dat de door de overheid opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd;

Overwegende dat het arrest gegrond verklaart het verzet van verweerder tegen een op 27 april 1982 door eiser betekend dwangbevel tot betaling van 412.750 frank belasting over de toegevoegde waarde en 825.500 frank boeten, vermeerderd met interest en kosten; dat, volgens het arrest, het dwangbevel berust op een proces-verbaal van 23 december 1981 waarin is gesteld dat verweerder, autohandelaar, van zeventien facturen, gaande van 16 april 1976 tot 6 oktober 1977 en die de verkoop aan hem van tweedehandsauto's door een ander autohandelaar betreffen, de betaalde belasting over de toegevoegde waarde heeft afgetrokken, terwijl

op die facturen niet alle reglementair bepaalde vermeldingen waren aangebracht;

Overwegende dat het arrest eensdeels vaststelt dat de litigieuze facturen van de verkoper de wettelijk voorgeschreven vermeldingen behelzen, behalve het inschrijvingsnummer in het boek der uitgaande facturen, het jaartal van de constructie, de motorsterkte en het carrossiermodel, en dat verweerder aan zijn contractspartij de erop verschuldigde B.T.W. zonder fraude heeft betaald; dat het arrest anderdeels vaststelt dat eiser gedurende jaren en ten minste sedert 1973, na zorgvuldige controle, steeds geoordeeld heeft dat de betrokken facturen een wettige titel uitmaakten voor verweerders recht op aftrek van de door hem effectief betaalde B.T.W., en dat eiser enkel tot terugvordering van de aldus afgetrokken belasting en tot het opleggen van boeten is overgegaan omdat toevallig na jaren gebleken was dat de contractspartij van verweerder haar eigen B.T.W.-verplichtingen niet had nagekomen en eiser niet erin was geslaagd zijn desbetreffende vordering tegen die partij ten uitvoer te leggen;

Dat het hof van beroep, op grond van die feitelijke gegevens, zonder schending van de in het middel aangewezen grondwets-, wets- en reglementsbepalingen, naar recht heeft kunnen beslissen dat verweerders verzet tegen eisers dwangbevel gegrond is, door die beslissing te funderen op het recht van de burger op rechtszekerheid;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 13 DECEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplass
Raadsheren: de hh. Luyckx en Michielsens
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaat: mr. Ascrowat

Ambulante handel – Apotheker

Luidens art. 2, § 2, b, 4°, van de Wet van 13 augustus 1986 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten is deze wet niet alleen toepasselijk wanneer de ambulante activiteit wordt uitgeoefend op de openbare weg, de parkeerplaatsen en de verkoopplaatsen op kermis, jaarmarkten of de openbare markten, maar zelfs op alle andere plaatsen of lokalen al dan niet toegankelijk voor het publiek.

De verkoop aan particulieren van producten die onder het beroep van apotheker ressorteren, wordt luidens art. 2 van het Wetboek van Koophandel niet als een daad van koophandel aangemerkt wanneer de verkoop wordt verricht door een bevoegde persoon.

D.

Overwegende dat de beklagde wordt vervolgd wegens het uitoefenen van een ambulante activiteit zonder voorafgaande machtiging van de minister van Middenstand, en van uitoefening van een ambulante activiteit in farmaceutische producten;

Overwegende dat de beklagde op 2 februari 1990 te L. een motorhome heeft neergezet op de gelijkgrondse berm

voor de woning nr. 21 op de B.; dat op deze wagen een opschrift was aangebracht «Beek Apotheek» en dat de wagen was ingericht om te dienen als winkelwagen waar allerlei farmaceutische producten konden worden verstrekt;

Overwegende dat de beklagde in deze wagen werd aangetroffen door de verbalisanten en dat hij verklaarde dat hij de toelating had verkregen om op dat adres een apotheek te exploiteren, dat hij echter niet in de mogelijkheid was om op dat adres een apotheek te openen en dat hij een adreswijziging had aangevraagd, maar dat het recht om een apotheek te exploiteren zou vervallen indien hij niet binnen de termijn van twee jaar effectief een apotheek zou exploiteren;

Overwegende dat hij aldus aanvoerde dat hij, om zijn recht van vestiging niet te verbeuren, verplicht was al was het maar gedurende een enkele dag, in een voorlopig lokaal de apotheek open te houden; dat hij ook uitlegde dat hij farmaceutisch inspecteur J. daarvan op de hoogte had gebracht en dat hij bovendien het openhouden van de apotheek heeft laten vaststellen bij gerechtsdeurwaarder E.;

Overwegende dat de beklagde aanvoert dat de motorhome niet op de openbare weg opgesteld stond; dat dit argument echter ter zake irrelevant is daar de wet van 13 augustus 1986 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten luidens artikel 2, § 2, b, 4°, niet alleen toepasselijk is wanneer de ambulante activiteit wordt uitgeoefend op de openbare weg, de parkeerplaatsen en de verkoopplaatsen op kermis, jaarmarkten of de openbare markten, maar zelfs «op alle andere plaatsen of lokalen, al dan niet toegankelijk voor het publiek»;

Overwegende dat een ambulante activiteit in de zin van artikel 2 van voormelde wet waar gewag wordt gemaakt van «het te koop aanbieden en de uitstalling met het oog op de verkoop», steeds onderstelt dat het daden van koophandel betreft; dat deze interpretatie strookt met de toelating die aan landbouwers en groententelers wordt gegeven om hun voortbrengselen te verkopen op zogenaamde boerenmarkten, waar de producenten geen machtiging van de minister van Middenstand nodig hebben om hun waar aan de particuliere verbruiker te verkopen;

Overwegende dat de verkoop aan particulieren van producten die onder het beroep van apotheker ressorteren, luidens artikel 2bis van het Wetboek van Koophandel, niet als daden van koophandel wordt aangemerkt wanneer de verkoop wordt verricht door een bevoegd persoon; dat niet wordt betwist dat de beklagde apotheker is en dat hij een vergunning heeft voor het oprichten van een voor het publiek open te stellen officina te L., B. 21;

Overwegende dat de exploitatie van een officina in een motorhome door een apotheker te L., B. 21 derhalve niet kan worden beschouwd als een verboden daad van ambulante handel in de zin van de wet van 13 augustus 1986;

...

NOOT – De ambulante apotheker

1. De feiten van de zaak zijn verre van alledaags. Een apotheker biedt zijn producten aan vanuit een motorhome omdat de apotheek waarvoor hij vergunning had verkregen, niet beschikbaar was en zijn recht op vestiging als apotheker zou vervallen indien hij niet binnen twee jaar effectief een apotheek zou exploiteren.

De apotheker wordt vervolgd en in eerste aanleg veroordeeld omdat hij in strijd met de wet van 13 augustus 1986 een ambulante activiteit uitoefent zonder voorafgaande machtiging van de minister van Middenstand en voor produkten (farmaceutische produkten) waarvoor hoe dan ook geen machtiging kon worden verleend (art. 1, § 1, M.B. 11 augustus 1987).

2. Zonder in te gaan op boven aangegeven motieven voor de verkoop vanuit een motorhome, wijzigt het hof van beroep de uitspraak van de eerste rechter en spreekt de apotheker vrij op grond dat een ambulante activiteit in de zin van de wet van 13 augustus 1986 veronderstelt dat het daden van koophandel betreft. Deze interpretatie zou stroken met het feit dat landbouwers en tuinbouwers op zgn. boerenmarkten eveneens hun produkten mogen verkopen zonder machtiging van de minister van Middenstand. De verkoop van landbouwprodukten door landbouwers wordt door de wet inderdaad niet als daad van koophandel gekwalificeerd. De daden van koophandel worden opgesomd in de artt. 2 en 3 W. Kh. Daartoe behoort ook de verkoop van produkten, met uitzondering van de verkoop van landbouwprodukten door landbouwers en, ingevolge een latere wetswijziging (art. 2bis W.Kh.), de verkoop door een apotheker van geneesmiddelen en andere produkten «waarvoor hij de toelating tot verkoop heeft gekregen ingevolge de wetten en verordeningen». Wie van het verrichten van daden van koophandel zijn beroep maakt is handelaar of koopman (art. 1 W.Kh.). De apotheker die enkel geneesmiddelen verkoopt en produkten waarvoor hij «toelating» heeft gekregen, is geen handelaar. Verkoopt hij ook andere produkten, dan is hij wel handelaar.

3. De interpretatie van het hof van beroep lijkt voor betwisting vatbaar. Een ambulante activiteit is, volgens art. 2, § 2, van de wet «de verkoop aan de particuliere verbruiker van welke voorwerpen of goederen dan ook». Anders dan het W.Kh. wordt hier geen uitzondering gemaakt voor de verkoop van geneesmiddelen door een apotheker. Onder het zeer ruim gewild begrip «voorwerpen of goederen» vallen ook farmaceutische produkten. Dit wordt overigens bevestigd door het bovengenoemd K.B. 11 augustus 1987 dat uitdrukkelijk de ambulante verkoop van farmaceutische produkten verbiedt.

Wellicht bedoelde het hof dat het toepassingsgebied van de wet ambulante activiteiten moet worden beperkt tot handelaars in de zin van art. 1 W.Kh. (cf. het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 houdende reglementering van de *leurhandel*, dat door de wet van 13 augustus 1986 werd vervangen). Maar ook deze interpretatie vindt weinig steun in de tekst van de wet. Indien het in casu, zoals het hof lijkt aan te nemen, om een verkoop ging die plaatsvond «op alle andere plaatsen of lokalen», als bedoeld bij art. 2, § 2, sub b, 4°, van de wet ambulante activiteiten, dan was die verkoop verboden ongeacht het statuut van de verkoper.

In het arrest wordt voorbijgegaan aan het onderscheid in toepassingsgebied tussen littera a en littera b van art. 2, § 2 van de wet, waarin de verschillende vormen van ambulante verkoop worden opgesomd.

In littera a is er sprake van de verkoop door een «handelaar of tussenpersoon, buiten zijn hoofdvestiging, bijhuizen of agentschappen vermeld in zijn inschrijving in het handelsregister». Hier is dus inderdaad sprake van «handelaar»,

een begrip dat moet worden geïnterpreteerd als koopman in de zin van art. 1 W.Kh.

Als ambulante activiteit wordt, in littera b, ook aangemerkt de verkoop door «ieder die geen dergelijke vestiging (als bedoeld in littera a) heeft, wanneer deze activiteit wordt uitgeoefend: 1° huis aan huis; 2° op de openbare weg (...); 3° op de openbare markten; 4° op alle andere plaatsen of lokalen, al dan niet toegankelijk voor het publiek. Swennen (*Handelspraktijken – Dienstmerken – Ambulante handel*, Kluwer, Antwerpen, 1989, 59) heeft verdedigd dat «ieder die geen dergelijke vestiging» heeft het best begrepen wordt als «ieder die geen vestiging heeft als handelaar of tussenpersoon», anders zouden andere verkopers dan handelaars die wel een hoofdvestiging hebben, toch niet onder de omschrijving van littera b vallen. Hoe dit ook zij, de vestiging bedoeld in littera a moet ingeschreven zijn in het handelsregister. De apotheker in de geannoteerde zaak zou bijgevolg geen boodschap hebben gehad aan een restrictieve interpretatie van de verwijzing in littera b naar de vestiging van littera a. Zelfs indien wordt aangenomen dat hij, wegens het bezit van een vestigingsvergunning om een apotheek te exploiteren op een bepaald adres, een vaste vestiging had, dan zou die vestiging allicht niet in het handelsregister zijn ingeschreven. Was dat wel het geval, dan geldt op zijn minst een vermoeden dat de apotheker handelaar is (zie art. 3, K.B. 20 juli 1964 gecoördineerde wetten handelsregister). In dat geval was de verkoop (door een handelaar), volgens littera a, verboden, want plaatsvindend buiten een van de vestigingen ingeschreven in het handelsregister.

De verkoop van geneesmiddelen door een apotheker buiten zijn apotheek is bijgevolg een ambulante activiteit, waarvoor overigens geen vergunning kan worden verkregen. Of de wetgever van deze kruidenierswetgeving (de term is van Swennen, *a.w.*, 81) deze hypothese op het oog heeft gehad, mag worden betwijfeld.

4. De toepassing van de wet ambulante activiteiten op apothekers mag verrassen, zij ligt helemaal in de lijn van een recente trend in het economisch recht om regels inzake concurrentie en verkoopmethoden niet alleen toepasselijk te verklaren op handelaars, maar ook op (al dan niet alle) andere ondernemingen. Het verst daarin gaat de wet van 4 augustus 1991 op de bescherming van de economische mededinging (*B.S.*, 11 oktober 1991), die in werking treedt op 1 april 1993, en die van toepassing is op elke onderneming, d.i. «elke natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft» (art. 1, a). Maar ook de (op 29 februari 1992) reeds in werking getreden nieuwe wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (*B.S.*, 29 augustus 1991), waarin overigens bepalingen voorkomen ter bescherming van de consument bij contracten gesloten n.a.v. ambulante activiteiten, heeft het toepassingsgebied t.o.v. de oude handelspraktijkenwet van 1971 verruimd. De nieuwe wet is van toepassing op «verkopers». Verkoper is o.m. «elke handelaar of ambachtsman en elke natuurlijke of rechtspersoon, die produkten of diensten te koop aanbieden of verkopen in het kader van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel». Natuurlijke personen die geen handelaar of ambachtsman zijn, maar die toch beroepsmatig produkten verkopen, zijn o.m. landbouwers en ... apothekers (zie hierover J. Stuyck, «Algemene inleiding en toepassingsgebied», in J. Stuyck en P. Wytinck

(red.), *De nieuwe Wet handelspraktijken*, Story, Brussel, 1992).

Jules Stuyck

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 12 DECEMBER 1991

Voorzitter : de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Magerman en Van Dun
Advocaten : mrs. Gymza en Verellen loco Vervaeke

Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Niet-inhouding door werkgever – 1. Verhaal op werknemer – Verbod – Schuldvordering van werkgever – Cessie – Gevolg – 2. Vrijwillige terugbetaling door werknemer – Betaling zonder oorzaak – Terugvordering

1. *Het verbod om de werknemersbijdrage voor de sociale zekerheid op de werknemer te verhalen geldt ook voor degene die de vordering van de werkgever overneemt. De overnemer kan zich niet beroepen op een onrechtmatige verrijking wegens onverschuldigde betaling.*

2. *De werknemer die vrijwillig niet ingehouden sociale-zekerheidsbijdragen terugbetaalt, doet geen betaling zonder oorzaak en kan deze niet terugvorderen.*

V.Z.W. S. t/ D.

Appellante trad op als sociaal secretariaat voor de N.V. A. en belastte zich o.a. met de loonberekeningen. Het wordt niet betwist dat door een verschrijving bij het uitrekenen van de omzetting van een bruto naar netto uit te keren opzeggingsvergoeding, geïntimeerde uiteindelijk 58.000 fr. te veel netto-vergoeding ontving van zijn werkgever. Op een bruto-bedrag van 1.011.906 fr. diende 122.137 fr. S.Z.-bijdragen ingehouden te worden, maar bij de overschrijving van de cijfers bleef blijbaar het honderdduizendtal onzichtbaar en werd slechts 22.137 fr. aan S.Z.-bijdragen in aanmerking genomen. In een volgende fase gaf deze mislag aanleiding tot berekening en inhouding van een onjuiste – te hoge – fiscale voorheffing. Daar de werkelijk in te houden S.Z.-bijdragen door de werkgever werden overgemaakt, bleef er uiteindelijk een nadeel voor de werkgever van 58.000 fr. uit hoofde van te weinig ingehouden S.Z.-bijdragen.

Appellante, die blijbaar de werkgever heeft vergoed, nam in ruil daarvoor de schuldvordering over die de werkgever beweerde te hebben t.o.v. zijn werknemer wegens onverschuldigde betaling en verrijking zonder oorzaak.

...

Hoofdvordering : onrechtmatige verrijking

Overwegende dat de beginselen van het burgerlijk recht in verband met een terugvordering van het onverschuldigd betaalde, slechts van toepassing zijn in zoverre een bijzondere wet er niet uitdrukkelijk of stilzwijgend van afwijkt ;

dat *in casu* de materie van het geschil door een bijzondere wet wordt beheerst, namelijk de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende

de maatschappelijke zekerheid der werknemers, in het bijzonder artikel 26 ;

dat overeenkomstig de bepalingen van dit artikel de werkgever de werknemersbijdrage, waarvan hij de inhoudingen te bekwaamere tijd nagelaten zou hebben te verrichten, niet op de werknemer kan verhalen ;

dat appellante ten onrechte stelt dat er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen de werkgever die slechts gedeeltelijk tot inhouding overging en diegene die geen sociale-zekerheidsbijdragen inhield ;

dat voormelde wetsbepaling evenmin een onderscheid maakt tussen vergissing, vergetelheid of bedrieglijk opzet ;

Overwegende dat de toepassing van voormeld artikel 26 derhalve niet afhankelijk kan worden gemaakt van vereisten die het niet stelt (Cass., 20 mei 1985, *J.T.T.*, 1985, 443) ;

Overwegende dat appellante, in haar hoedanigheid van overnemer van de schuldvordering, evenwel niet meer rechten kon overnemen dan de overdrager zelf tegenover zijn schuldenaar kon uitoefenen ;

dat, daar de vordering uitsluitend niet ingehouden S.Z.-bijdragen geldt, waarvoor geen terugvordering mogelijk was, evenmin toepassing kan worden gemaakt van de beginselen van het burgerlijk recht inzake onverschuldigde betaling, zodat de vordering ongegrond was ;

Tegenvordering : onverschuldigde betaling en onrechtmatige verrijking

Overwegende dat niet kan worden betwist dat geïntimeerde, zonder daartoe bij vonnis verplicht te zijn geweest, tot gedeeltelijke terugbetaling is overgegaan ;

Overwegende dat het contractueel recht van de werknemer op brutoloon of zijn recht op brutovergoedingen wegens beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, louter principieel is en de werknemer de wettelijk opgelegde inhoudingen niet alleen moet dulden, maar hem het recht ontzegt is de betaling van de S.Z.-werknemersbijdrage en de bedrijfsvoorheffing in zijn handen op te eisen ; dat daaruit volgt dat de werknemer slechts betaling kan vorderen van het brutoloon, onder aftrek van de wettelijke inhoudingen die de werkgever moet overmaken aan de bevoegde instanties van de S.Z. en de fiscus ;

dat partijen hieromtrent ter zitting van 14 november 1991 gehoord werden, zoals uit het proces-verbaal van de zitting blijkt ;

Overwegende dat anderzijds geen wettelijke bepaling verbiedt dat de werknemer, zoals *in casu*, een vergissing recht zet waardoor in werkelijkheid voor hem een verrijking is ontstaan die haar oorsprong vond in een verschrijving bij de berekening van een verschuldigde opzeggingsvergoeding, waardoor hem meer werd uitbetaald dan hetgeen waarop hij recht had ;

dat de verrijking voor appellante ten gevolge van de betaling van 10.000 fr. bovendien niet zonder oorzaak is wanneer zij haar oorsprong vindt in de vrije wil van de verarmde die, zoals het *in casu* aanvankelijk blijbaar het geval was, het billijk vond het te veel ontvangen aan netto-opzeggingsvergoeding met afbetalingen van 10.000 fr. terug te betalen ;

dat overigens geen «ongerechtvaardigde dreigementen» bewezen worden in dat verband ;

dat bijgevolg de eerste rechter ten onrechte de terugbetaling van dit bedrag heeft bevolen op grond van onverschul-

digde betaling ;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE VEURNE

5e KAMER - 8 MAART 1991

Voorzitter : de h. Verslype

Advocaten : mrs. Vanlerberghe en Hoet

Huwelijksvermogensrecht - Gemeenschappelijk vermogen - Vereffening-verdeling - Proces-verbaal van zwaarigheden - Woonvergoeding - Vergoeding voor gebruik van wagen

Alleen de betwistingen die zijn opgenomen in het door de boedelnotaris opgestelde proces-verbaal van zwaarigheden, kunnen voor de rechtbank worden aangevoerd.

De woonvergoeding vertegenwoordigt de huurwaarde van het gemeenschappelijke onroerend goed, die verschuldigd is door de echtgenoot die alleen het gebruik en genot van dit goed heeft gehad en daardoor opbrengsten aan de huwelijksgemeenschap heeft onttrokken.

Een dergelijke derving van huuropbrengsten bestaat niet voor roerende goederen. Daar het gebruik van de gemeenschappelijke personenwagen niet leidt tot verarming van het gemeenschappelijk vermogen, bestaat er geen aanleiding tot het toekennen van een gebruiksvergoeding.

D. t/ V.

1) Blijkens het proces-verbaal van zwaarigheden werd voor de boedelnotaris tegenzegging gedaan betreffende twee posten van de staat van vereffening-verdeling, nl. de woonvergoeding en de vergoeding voor het gebruik van de wagen.

Bij conclusie voert eiser nog betwistingen aan betreffende de gedingskosten van de procedure tot echtscheiding, de aanvangsdatum van de ontbinding van de gemeenschap, en herstellingskosten voor de wagen.

Alleen de betwistingen uitgedrukt in of voortvloeiend uit de beweringen en zwaarigheden opgenomen overeenkomstig artikel 1218 Gerechtelijk Wetboek in het proces-verbaal van de boedelnotaris kunnen worden toegelaten, behoudens met akkoord van de wederpartij (Cass., 6 april 1990, *R.W.*, 1990-91, 218).

In casu blijkt expliciet uit de conclusie van verweerster dat zij niet akkoord gaat om andere betwistingen dan die opgenomen in het proces-verbaal van 15 mei 1990 te laten behandelen.

Het voormelde beginsel kan niet worden ontkracht door een algemeen voorbehoud t.a.v. alle posten van de staat van vereffening-verdeling, zoals door eiser geformuleerd en vermeld in fine van het proces-verbaal.

Bijgevolg kunnen de betwistingen die door eiser niet voor de boedelnotaris, maar voor het eerst bij conclusie voor deze rechtbank zijn aangevoerd, niet worden toegelaten.

2) In de staat van 15 mei 1990 is onder actiefpost 7 een bedrag van 266.000 fr. ingeschreven als door eiser verschuldigde bezettingsvergoeding over een periode van 28 maanden a rato van 9.500 fr. per maand.

Voor de boedelnotaris heeft eiser het basisbedrag van 9.500 fr. per maand betwist, en een bedrag van 5.000 fr. voorgesteld.

De woonvergoeding vertegenwoordigt de huurwaarde van het onroerend goed, die verschuldigd is door de echtgenoot die alleen het gebruik en genot van dit goed heeft gehad en daardoor opbrengsten aan de huwelijksgemeenschap heeft onttrokken (Pintens, W., e.a., Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap, p. 59, nr. 72).

Eiser betoogt dat de door de boedelnotaris aangenomen huurwaarde niet voorkomt in de woonwijk waarin het onroerend goed is gelegen.

Deze eenzijdige, niet gestaafde bewering van eiser weegt niet op tegen het door de boedelnotaris toegepast objectief criterium van de netto-verkoopprijs als basis voor de begroting van de huurwaarde. De verkoopprijs is een reëel gegeven, en het toegepaste percentage is niet overdreven. De begroting op een maandbedrag van 9.500 fr. komt dan ook correct voor, en wordt aangenomen.

Nopens de periode waarvoor de vergoeding verschuldigd is, werd voor de boedelnotaris geen betwisting geformuleerd, zodat deze met toepassing van bovenvermeld beginsel definitief vaststaat. Er is derhalve geen grond tot wijziging van actiefpost 7.

3) In de staat van 15 mei 1990 is onder de actiefpost 9 een bedrag van 155.000 fr. ingeschreven als door eiser verschuldigde vergoeding voor het uitsluitend gebruik van de wagen.

Eiser betwist terecht de aanrekening van deze vergoeding.

Eenzijds stoelt het beginsel van de vergoeding aan of door de huwelijksgemeenschap op de theorie van de vermogensverschuiving zonder oorzaak, hetgeen cumulatief een verrijking van het ene vermogen en een verarming van het andere vermogen impliceert.

Aldus heeft het exclusief gebruik van de gemeenschappelijke woning de derving door de gemeenschap van de opbrengsten tot gevolg, die normalerwijze gehaald kunnen worden uit verhuring.

Een dergelijke derving bestaat niet voor roerende goederen, die in de praktijk geen opbrengsten opleveren.

Aangezien er aldus uit hoofde van het gebruik van de gemeenschappelijke personenwagen geen verarming van het gemeenschappelijk vermogen ten voordele van dat van eiser bestaat, is er geen aanleiding tot vergoeding.

Anderzijds heeft elk der echtgenoten gedurende de procedure in echtscheiding het voorlopig gebruik en genot van een gedeelte van het gemeenschappelijk roerend vermogen, zodat de daaruit voortvloeiende voordelen voor de echtgenoten elkaar compenseren.

De litigieuze gebruiksvergoeding moet dan ook worden geschrapt uit de staat.

Betreffende dezelfde personenwagen laat verweerster gelden dat, indien geen gebruiksvergoeding wordt aangerekend, de waarde van het voertuig begroot moet worden op 275.000 fr.

De boedelnotaris heeft onder actiefpost 8 een bedrag van 120.000 fr. ingeschreven.

Verweerster staft de door haar voorgestelde waarde evenwel op geen enkele wijze, zodat haar zwaarigheid niet bezwenen voorkomt.

NOOT – Vergoeding voor het exclusief gebruik van een goed toebehorend aan de onverdeeldheid na ontbinding van de huwelijksgemeenschap

1. Na de ontbinding van het huwelijksvermogensstelsel dient het gemeenschappelijk vermogen te worden vereffend en verdeeld. De goederen die tijdens het huwelijk tot dit vermogen behoorden, vormen vanaf de ontbinding van het stelsel tot aan het afsluiten van de vereffening-verdeling een onverdeeldheid tussen de gewezen echtgenoten. Ten aanzien van de echtgenoten werkt het vonnis of arrest dat de echtscheiding op grond van bepaalde feiten of op grond van feitelijke scheiding heeft toegestaan, wat de goederen betreft, terug tot op de dag van de vordering (artikel 1278, tweede lid, Ger.W.). Derhalve geldt tussen echtgenoten als ogenblik van ontbinding van het stelsel de dag van de inleiding van het verzoekschrift tot echtscheiding of, indien de echtscheiding op tegeneis is toegestaan, de dag waarop de tegeneis bij conclusie is ingediend (Cass., 8 november 1990, *Pas.*, 1991, I, 251, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1991, 33, noot De Page). Bij de echtscheiding door onderlinge toestemming kan in de regelingsakte worden bepaald dat een gemeenschappelijk onroerend goed wordt onderworpen aan artikel 577bis B.W. Deze regeling gaat dan tussen de echtgenoten terug tot de datum van de eerste verschijning (artikel 1304 Ger.W.). Zie Bax, «Het onroerend goed van beide echtgenoten in geval van echtscheiding», *T.Not.*, 1984, 73-74; cf. Antwerpen, 19 februari 1986, *T.Not.*, 1988, 412; Rb. Brussel, 31 januari 1989, *Jur.Liège*, 1989, 745).

Zolang de echtscheiding niet definitief is, blijft het gemeenschappelijk vermogen evenwel bestaan. Tijdens de echtscheidingsprocedure gelden derhalve de bestuursregels van de artikelen 1415-1426 B.W. onder ontbindende voorwaarde van het definitief worden van de echtscheiding (cf. Rb. Luik, 8 mei 1989, *Jur.Liège*, 1989, 1204, noot Nudelhole, *Rev.Not.B.*, 1990, 48, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1991, 60; zie ook Cass., 8 november 1990, *gecteerd*; De Decker, «De vereffening en verdeling van het huwelijksvermogen in het kader van de echtscheidingsprocedure. Enkele actuele problemen», *R.W.*, 1987-88, 314, nr. 6). Onder opschortende voorwaarde van het definitief worden van de echtscheiding zijn beide echtgenoten onverdeelde deelgenoten (Vieujean, «Observations sur certaines particularités des effets du divorce pour cause déterminée», *Ann.Dr.Liège*, 1977, 544 *in fine*; zie echter de opmerkingen bij Hofströssler, «De woonstvergoeding: enkele kritische bedenkingen», *T.P.R.*, 1990, 1526-1527, nr. 9 *in fine*).

2. Op het tijdstip van de ontbinding van het stelsel wordt de inhoud van het gemeenschappelijk vermogen gefixeerd en ontstaat een post-communautaire onverdeeldheid (Beugin, «L'indivision post-communautaire», noot onder Bergen, 10 januari 1983), *Rev.Not.B.*, 1986, 374, nr. 1 en 378, nr. 4). Deze onverdeeldheid vormt een gesloten massa die niet kan aangroeien door inbreng van nieuwe goederen (Baeteman/Gerlo, «Les dépenses faites par l'un des ex-époux au cours de l'indivision post-communautaire» noot onder Cass., 18 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1978, 475, nr. 15). Zij is echter niet statisch daar de vruchten en inkomsten van goederen die tot de onverdeeldheid behoren eraan toegevoegd worden (Raucent, *Traité pratique des régimes matrimoniaux*, Brussel, 1985, 129, nr. 1206).

De onverdeeldheid wordt beheerst door de regels van het gemene recht als bepaald in artikel 577bis B.W. (Cass., 18 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1978, 463 *in fine*), dat suppletief recht is (art. 577bis, § 1, B.W.). De deelgenoot die een onverdeeld goed exclusief gebruikt, dient hiervoor een vergoeding te betalen (cf. Rb. Mechelen, 21 april 1981, *Rec.Gén.Enr.Not.*, 1982, 258; Rb. Brussel, 16 oktober 1987, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1988, 98; Rb. Luik, 8 mei 1989, *gecteerd*). De deelgenoot die een goed exclusief gebruikt, ontnemt immers inkomsten aan de onverdeeldheid en wordt dientengevolge schuldenaar van de onverdeeldheid (Van Oosterwyck, «Civielrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling», in Pintens (red.), *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Antwerpen, 1987, 59, nr. 72; cf. Gerlo, «Actuele problemen van huwelijksvermogensrecht», in Nederlandstalige Regionale Raad van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (red.), *Notariële actualiteit*, Gent, 1991, 24). Wanneer er slechts twee deelgenoten zijn, wordt de vergoeding begroot op de helft van de genotswaarde van het goed (cf. Brussel, 14 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 158; Vienjean, *o.c.*, *Ann.Dr.Liège*, 1977, 536).

3. Over de precieze juridische grondslag van die vergoeding zijn de meningen verdeeld. Een eerste stelling beroept zich op artikel 577bis, § 3, B.W., krachtens hetwelk elke deelgenoot deel heeft in de rechten en bijdraagt in de lasten van de eigendom naar verhouding van zijn aandeel (zie Rb. Mechelen, 21 april 1981, *gecteerd*; Hofströssler, *o.c.*, *T.P.R.*, 1990, 1542, nr. 24). Anderen beroepen zich eveneens op artikel 577bis B.W., maar dan op § 5, eerste lid, dat bepaalt dat elke deelgenoot recht heeft op het gebruik en het genot van de onverdeelde zaak onder de dubbele voorwaarde dat hij de bestemming van de zaak en hetzelfde recht van de andere medeëigenaars respecteert (De Mulder, «De bezettingsvergoeding, verschuldigd wegens het exclusief gebruik van de gezinswoning tijdens de echtscheidingsprocedure», *T.B.B.R.*, 1988, 372; Gerlo, *o.c.*, in Nederlandstalige Regionale Raad van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (red.), *Notariële actualiteit*, Gent, 1991, 31; cf. Derine/Van Neste/Vandenberghé, *Zakenrecht*, deel II, A, Brussel, 1984, 28-30, in het bijzonder p. 30 *in fine*).

De verrijking zonder oorzaak wordt terecht afgewezen als grondslag voor de vergoeding voor het gebruik van een onverdeeld goed (De Mulder, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 373; Hofströssler, *o.c.*, *T.P.R.*, 1990, 1539-1541, nrs. 21-24; vgl. echter Renchon, «De quelques difficultés fréquentes en matière de liquidation d'un régime matrimonial de communauté», noot onder Rb. Luik, 19 september 1980, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1982, 135-136, nrs. 25-26). In bovenstaand vonnis wordt ten onrechte gedacht in termen van verarming van het gemeenschappelijk vermogen als grondslag voor een vergoeding (cf. *infra*, nr. 5).

In Frankrijk werd het recht op vergoeding vastgelegd in een wettelijke bepaling (artikel 815-9, tweede lid, C.C.): «L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité» (zie de commentaar en verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer bij Hofströssler, *o.c.*, *T.P.R.*, 1990, 1612-1615, nrs. 52-86).

4. De vraag rijst of dit vergoedingsrecht verenigbaar is met de declaratieve werking van de verdeling zoals bepaald in artikel 883 B.W., dat ingevolge artikel 577bis, § 8 B.W. van toepassing is. De declaratieve werking van de verdeling

betekent dat elke deelgenoot wordt geacht alleen en onmiddellijk te zijn opgevolgd in alle goederen die in zijn kavel zijn begrepen.

Bepaalde auteurs zijn van oordeel dat het declaratieve karakter van de verdeling tot gevolg heeft dat diegene aan wie een goed wordt toegedeeld als enige recht heeft op de vruchten ervan, vanaf het begin van de onverdeeldheid. Betoogd wordt dat de deelgenoot die tijdens de onverdeeldheid het exclusieve gebruik van een onverdeeld goed genoot, hiervoor geen vergoeding verschuldigd is, indien dit gebruikte goed bij de verdeling aan hem wordt toegedeeld. In een dergelijk geval wordt hij immers geacht eigenaar te zijn van het goed sinds het begin van de onverdeeldheid (De Page/Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IX, Brussel, 1974, 989, nr. 1391, gevolgd door Casman, «Minnelijke vereffening-verdeling», in *Nederlandstalige Regionale Raad van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen* (red.), *Vereffening-Verdeling*, Brussel, 1991, 26).

Allereerst valt op te merken dat die redenering, zo men haar volgt, het bestaan van een vergoedingsrecht slechts kan verhinderen voor zover het exclusief gebruikte goed ook effectief aan de gebruiker wordt toegedeeld. De beschreven stelling kan echter niet worden onderschreven. De declaratieve werking van de verdeling heeft immers slechts tot doel de deelgenoot aan wie een goed is toegedeeld, te beschermen tegen daden van beschikking verricht door een andere deelgenoot aan wie het goed niet is toegewezen (De Page/Dekkers, *o.c.*, 983, nr. 1380, en 995-996, nrs. 1406-1406a). Zij kan niet worden ingeroepen in een situatie waarin geen enkele daad van beschikking de rechten van de deelgenoot aan wie het goed bij de verdeling is toegewezen, in gevaar brengt (Raucent/Staquet, «Les libéralités et les successions. Examen de jurisprudence (1980-1987)», *R.C.J.B.*, 1989, 732, nr. 64 *in fine*).

Bijgevolg verhindert de declaratieve werking van de verdeling niet dat de deelgenoot die een onverdeeld goed exclusief gebruikt, aan de onverdeeldheid een vergoeding verschuldigd is ter compensatie van de genotsderving van dat goed.

5. Aldus dient de gebruikende deelgenoot de genotswaarde van het goed te vergoeden aan de onverdeeldheid (over de bijzondere situatie van woonvergoeding en toerekening van de in de loop van de procedure door de ene echtgenoot aan de andere betaalde alimentatie in het kader van artikel 213 B.W., zie Renchon, «Les problèmes liés à la liquidation. Indemnité d'occupation d'un immeuble commun ou indivis», in *La pratique du partage judiciaire*, Brussel, 1987, 56-63, nrs. 6-9; Van Oosterwyck, *o.c.*, in Pintens (red.), *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Antwerpen, 1987, 63-72, nrs. 77-89; zie ook Celis, noot onder Antwerpen, 14 december 1988, *T.Not.*, 1989, 258-259).

Deze regel geldt voor alle goederen, onroerende zowel als roerende. Het exclusief gebruik van een wagen door een deelgenoot leidt evenzeer tot genotsderving van dit specifieke goed als het exclusief gebruik van een woning door een deelgenoot. De stelling van de Rechtbank te Veurne in het geannoteerde vonnis, dat er voor roerende goederen geen genotsderving bestaat omdat deze geen inkomsten opbrengen, kan niet worden gevolgd. Het exclusief gebruik van een onverdeeld roerend goed door een deelgenoot ontnemt de andere deelgenoot het gebruik en het genot van dit goed. Hij «derft» het genot ervan. De genotsderving is niet gere-

lateerd aan het inkomen dat het goed genereert, maar aan het beroofd worden van de mogelijkheid om het genot van het goed te hebben.

De rechtbank verwart de vraag naar de genotsderving met de vraag naar de genotswaarde van het goed. De eerste vraag past in het kader van het onderzoek of de onverdeeldheid *recht* heeft op een vergoeding. De tweede vraag refereert aan het onderzoek naar het *exacte bedrag* van die vergoeding. Het feit dat roerende goederen in de praktijk geen inkomen opbrengen omdat men ze als particulier niet zoals een onroerend goed kan verhuren, is enkel relevant in het licht van deze tweede vraag (cf. infra, nr. 6).

6. De vraag hoe het bedrag van de vergoeding dient te worden begroot, is een belangrijke praktische vraag. Het is de taak van de rechter, indien nodig bijgestaan door deskundigen, de genotswaarde van het goed te bepalen en aldus een billijke vergoeding voor de onverdeeldheid vast te stellen (cf. Parijs, 19 september 1991, *Dalloz*, 1991, I.R., 233; Van Oosterwyck, *o.c.*, in Pintens (red.), *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Antwerpen, 1987, 60, nr. 73).

Voor onroerende goederen wordt algemeen aanvaard dat de huurwaarde overeenstemt met de genotswaarde van het goed en aldus de basis vormt voor een billijke vergoeding (De Mulder, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 373; Gerlo, *o.c.*, in *Nederlandstalige Regionale Raad van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen* (red.), *Notariële actualiteit*, Gent, 1991, 31; Renchon, *o.c.*, in *La pratique du partage judiciaire*, Brussel, 1987, 55, nr. 1; Van Oosterwyck, *o.c.*, in Pintens (red.), *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Antwerpen, 1987, 59, noot 134, en de verwijzingen aldaar).

Bij roerende goederen echter kan de huurwaarde minder gemakkelijk als grondslag voor een billijke vergoeding worden gehanteerd. De huurprijs voor roerende goederen is immers hoog in verhouding tot de aankoopwaarde van het goed. Dit volgt uit de aard van het verhuurde goed. Verbruiksgoederen hebben een korte levensduur. Hierdoor wordt de mogelijkheid tot verhuring beperkt. De huurbehoefte is minder algemeen dan bij de verhuring van onroerende goederen. Verhuring van roerende goederen vereist een professionele organisatie.

Een typisch voorbeeld is de verhuring van een wagen. Bij professionele verhuurfirma's kan men terecht voor huur op korte maar ook op lange termijn, dit is een jaar en langer. De ter beschikking gestelde wagens zijn echter steeds volledig nieuw of (bij korte-termijnverhuring) maximaal drie tot vier maanden oud. De huurprijs is zeer hoog in verhouding tot de waarde van de wagen. Voor een wagen met een aankoopwaarde van een half miljoen frank wordt bij verhuring op een jaar al gauw 30.000 frank per maand of 360.000 frank per jaar betaald, en voor verhuring op twee jaar ongeveer 25.000 frank per maand of 300.000 frank per jaar. De verhouding tussen de jaarlijkse huurprijs en de aankoopwaarde van het verhuurde goed bedraagt hier minstens zes tiende. Bij de verhuring van een onroerend goed is deze verhouding veel lager. Wanneer bijvoorbeeld een appartement van zes miljoen frank wordt verhuurd tegen 30.000 frank per maand of 360.000 frank per jaar, is de verhouding slechts zes honderdste.

Ook andere roerende goederen dan wagens worden verhuurd. Zo zijn er diverse bedrijven waar men gespecialiseerd gereedschap, tuin- of bouw materiaal of grote hoeveelheden materiaal, zoals stoelen en tafels, serviezen en kookgerei

L. t/ C.V. SABAM

kan huren. Participatie op deze markt als verhuurder vereist een aanbod dat kan inspelen op de korte-termijnbehoefte van de huurder die een zeer technisch apparaat of een grote hoeveelheid materiaal voor een bepaalde gelegenheid nodig heeft. Door deze specifieke situatie en de korte termijnen van de verhuring zijn de huurprijzen hoog in verhouding tot de aankoopprijs (zie bijvoorbeeld *Testaankoop*, 1992, nr. 342, 8-9).

Toch dient de rechter ook voor roerende goederen de omvang van de vergoeding voor de genotsderving ervan *ex aequo et bono* te bepalen. Uit het voorgaande blijkt dat de huurwaarde van het goed hierbij niet noodzakelijk de basis voor dit bedrag dient te vormen. De vergoeding dient trouwens niet steeds in geld te worden uitgedrukt. De rechtbank kan bijvoorbeeld oordelen dat het gebruik door de ene echtgenoot van bepaalde roerende goederen in evenwicht is met het gebruik dat de andere echtgenoot heeft van een aantal andere roerende goederen. Zo kan de rechter door een gezamenlijke beoordeling van het gebruik van alle aanwezige roerende goederen een concrete evaluatie ten aanzien van het gebruik van een specifiek roerend goed vermijden (zie Rb. Luik, 8 mei 1989, *gecteerd*).

7. Dit laatste is eigenlijk precies wat de Rechtbank te Veurne in het geannoteerde vonnis doet, wanneer zij vaststelt dat elk der echtgenoten een gedeelte van het onverdeelde roerend vermogen gebruikt waardoor de daaruit volgende voordelen elkaar compenseren. Hiermee geeft de rechtbank toe dat het gebruik van roerende goederen aanleiding geeft tot vergoeding. Aldus stelt de rechtbank eigenlijk dat de onverdeeldheid recht heeft op een vergoeding, maar dat deze door het feitelijk gebruik van andere roerende goederen als het ware in natura is voldaan. Bijgevolg dient geen additionele gebruiksvergoeding bij wijze van een som geld, te worden betaald.

Alain Verbeke
Instituut voor Familiaal Vermogensrecht
K.U. Leuven

BURGERLIJKE RECHTBANK TE GENT

28 JANUARI 1992

Beslagrechter: de h. Smetryns

Advocaten: mrs. Dijck, Hitter en Flamee

Auteursrecht – Beslag inzake namaak – Bewarende maatregelen – Beoordeling door de beslagrechter

De beslagrechter die verzocht wordt verlof te verlenen tot het leggen van een beslag inzake namaak, dient na te gaan of de verzoekende partij «prima facie» kan bogen op een intellectueel eigendomsrecht. Bijkomende bewarende maatregelen, zoals het verbod de van namaak verdachte goederen verder uit handen te geven, kunnen niet worden opgelegd wanneer de verzoekende partij de procedure voor de bodemrechter niet voortzet en die maatregelen klaarblijkelijk strekken om een regeling af te dwingen buiten iedere rechterlijke beslissing om.

De door de eiseres ingestelde vordering, zoals aangepast bij conclusie van 21 januari 1992, strekt ertoe: te doen zeggen voor recht dat de beschikking van 2 januari 1992 wordt ingetrokken en de ter uitvoering van die beschikking genomen maatregelen opgeheven te doen verklaren; de verweerster te doen veroordelen om binnen 24 uur na het te wijzen vonnis opheffing te verlenen van alle op grond van de ingetrokken beschikking gelegde beslagen; minstens het opgelegd verbod de litigieuze geluidsdragers uit de hand te geven en de aanstelling van de deskundige als bewaarder van zelfde geluidsdragers te doen intrekken; uiterst subsidiair de verweerster te doen veroordelen om een borgsom van 50.000.000 frank in consignatie te geven en te doen zeggen dat, bij gebreke van storting binnen acht dagen na het te wijzen vonnis op de rekening van de Deposito- en Consignatiekas, de bestreden beschikking zal ophouden gevolgen te hebben; nog subsidiair haar akte te doen verlenen van het feit dat zij tot zekerheid aanbiedt 3.000 CD's van haar voorraad in handen van de aangestelde bewaarder te laten; de verweerster te doen verwijzen in de kosten.

Van haar kant concludeerde de verweerster tot de afwijzing van de vordering als ongegrond. Subsidiair vorderde zij dat, voor zover de beschikking zou worden opgeheven en verlof zou worden gegeven de voorraden te verkopen, verbod zou worden opgelegd om de opbrengst van de verkoop uit handen te geven totdat de bodemrechter over de grond van de zaak zal hebben beslist en dat zou worden bevolen de opbrengsten te storten op een door de aangewezen deskundige daartoe geopende rekening.

Bespreking

Blijkens artikel 1 van haar statuten strekt het maatschappelijk doel van de verweerster tot «het exploiteren, administreren en beheren, in de ruimste zin van het woord, van alle auteurs- en nevenrechten, in België en het buitenland, voor zichzelf, voor haar vennoten en aangeslotenen, voor mandanten en briefwisselende vennootschappen».

Artikel 10 van de statuten bepaalt dat, wie vennoot wordt, aan de vennootschap afstaat de auteurs- of nevenrechten waarvan hij rechthebber is of zal worden, voor al zijn huidige en toekomstige werken. Deze afstand kan onder meer omvatten het mechanisch reproductierecht betreffende klankdragers.

Voorts kan bezwaarlijk betwist worden dat de verweerster met de buitenlandse auteursverenigingen wederkerige tegenwoordigingsovereenkomsten sluit.

Zo wordt door de verweerster overgelegd de op 1 juli 1990 ingaande overeenkomst gesloten met «the Harry Fox Agency» te New York, waarbij het beheer in België van onder meer de mechanische reproductierechten met betrekking tot de werken behorende tot de «Hafox repertoire» wordt afgestaan aan de verweerster.

Het mag dan ook als vaststaand worden beschouwd dat de verweerster de vereiste hoedanigheid en eigen belang had om de aanvankelijke vordering in te stellen.

In acht genomen:

1° dat de procedure ingesteld door de artikelen 1481 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek ter beschikking staat van de houder van een auteursrecht in geval van namaak, d.w.z. in geval van inbreuk op het auteursrecht;

2° dat ingevolge artikel 1 van de Auteurswet alleen de maker van een werk van letterkunde of kunst recht heeft om het te veelevoudigen op welke wijze of in welke vorm ook, of om daarvoor toestemming te geven;

3° dat de auteur niet geacht kan worden zijn instemming te hebben verleend inzake de invoer in België van in de Verenigde Staten onder het stelsel van de wettelijke vergunning vervaardigde geluidsdragers;

4° dat ingevolge artikel 13 van de Conventie van Bern de gevolgen van de wettelijke vergunning overigens beperkt blijven tot het land waar deze van toepassing is;

5° dat de auteur van zijn bestemmingsrecht inzake de door hem toegestane reproductie van zijn werk weliswaar geen gebruik mag maken strijdig met de regel van het vrije goederenverkeer binnen de E.E.G., doch dat deze beperking uiteraard buiten beschouwing dient te worden gelaten bij de invoer in België van geluidsdragers vervaardigd in de Verenigde Staten;

6° dat ingevolge de artikelen 2.1 en 2.2 van de Universele Conventie de onderdanen van een contracterende Staat, waaronder de Verenigde Staten, in België een gelijke bescherming genieten als de Belgische auteurs;

7° dat de eiseres de litigieuze in de Verenigde Staten vervaardigde geluidsdragers invoert in België, zonder hierbij mechanische reproductierechten te betalen aan de verweerster;

8° dat minstens een deel van bedoelde geluidsdragers door de eiseres op de Belgische markt wordt verhandeld; dient aanvaard te worden dat, in het kader van het prima facie onderzoek dat de beslagrechter toekomt, de gevorderde machtiging tot het leggen van beschrijvend beslag zich opdrong.

Daarentegen zijn het verbod de litigieuze geluidsdragers uit de hand te geven op straffe van de verbeurte van een dwangsom van 20.000 frank per geluidsdrager die desalniettemin uit de hand zou worden gegeven en de aanstelling van de aangewezen deskundige als bewaarder van de geïncrimineerde geluidsdragers in redelijkheid niet te verantwoorden, nu de verweerster, die op grond van soortgelijke motieven als die in de onderhavige zaak ontwikkeld bij beschikking van 26 september 1988 machtiging kreeg tot het leggen van beschrijvend beslag en bij exploit van 30 december 1988 de desbetreffende procedure ten gronde instelde, sedertdien naliet deze procedure ten gronde voort te zetten en de besproken maatregelen er dan ook klaarblijkelijk toe strekken een regeling af te dwingen buiten iedere beslissing van de rechter ten gronde om. De thans door de verweerster gevorderde maatregel ertoe strekkende beslag te leggen op de inkomsten voortkomende uit de verkoop van de litigieuze geluidsdragers is, bij gebrek aan beperking, evenmin in redelijkheid te verantwoorden.

NOOT – *Auteursrecht en het beslag inzake namaak – Beschrijven is één, beslag is twee*

1. De artt. 1481-1488 Ger.W. bieden aan de houders van het auteursrecht de mogelijkheid van het beslag inzake namaak. Deze procedure is er op de eerste plaats op gericht de bewijsvoering van een vordering inzake namaak te vergemakkelijken ten voordele van de rechthebbenden van bepaalde intellectuele rechten, i.c. het auteursrecht. In hoofdzaak bestaat het beslag inzake namaak in een beschrijving van een beweerde namaak of van de ermee verband hou-

dende voorwerpen. Deze beschrijving wordt verricht door één of meer deskundigen die zijn aangewezen door de rechter die geadieerd is met een eenzijdig verzoekschrift. Tot beschrijving kan worden overgegaan van de toestellen, machines en alle voorwerpen waarvan beweerd wordt dat ze zijn nagemaakt, alsook van de plans, documenten en geschriften waaruit de beweerde namaak kan blijken. Aldus kunnen de bewijsmiddelen worden verzameld met het oog op een procedure wegens inbreuk op het auteursrecht of misdrijf van namaking zoals gesanctioneerd door de artt. 22-23 van de Auteurswet. Overeenkomstig art. 1488 Ger.W. is de beslagleggende partij verplicht tot dagvaarding ten gronde binnen een maand, anders houdt de beschikking van de beslagrechter van rechtswege op gevolg te hebben (zie ook Gotzen, F. (red.), *Beslag inzake namaak. La saisie-contrefaçon. Anton Piller Orders*, Brussel, Story Scientia, 1991; Berenboom, A., *Le droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 1984, 208-209; Van Isacker, F., *Kritische synthese van het Belgische auteursrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 130-132; De Keersmaeker, C., «Beschrijvend beslag inzake software naar Belgisch recht», *Computerrecht*, 1986, 23-26; Perlberger, J., «Contrefaçon et piraterie», in Corbet, J. (red.), *Honderd jaar auteurswet*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, 167-183). Art. 1481 Ger.W. vereist dat het gaat om voorwerpen waarvan beweerd wordt dat zij nagemaakt zijn. «Opdat men op de in de artt. 1481 e.v. Ger.W. geregelde procedure een beroep kan doen, moet er sprake zijn van *namaak!*» (Vanhees, H., «Beslag inzake namaak en de houder van een octrooiaanvraag», noot onder Rb. Dendermonde, 9 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 236).

De maatregelen die naar aanleiding van een procedure tot beslag inzake namaak toegestaan kunnen worden door de rechter, zijn echter niet beperkt tot de loutere beschrijving van de genoemde voorwerpen. De beslagrechter kan tevens de houders van de nagemaakte voorwerpen verbieden die uit handen te geven, toelaten dat een bewaarder wordt aangesteld, de voorwerpen verzegelen en, indien het gaat om feiten die aanleiding geven tot inkomsten, bewarend beslag op de gelden toestaan (art. 1481, tweede lid, Ger.W.).

Aldus kunnen in feite twee onderdelen in de procedure worden onderscheiden: enerzijds de beschrijving en anderzijds het beslag. De geannoteerde beschikking brengt dit dubbel aspect van de procedure van beslag inzake namaak, en de verschillende aard van beide soorten maatregelen, aan de orde (zie ook Dirix, E., «De rol van de beslagrechter», in Gotzen, F., *o.c.*, 45-55).

2. Terwijl de artt. 1481-1488 Ger.W. een belangrijke bescherming bieden ten aanzien van bepaalde intellectuele rechten, moet worden gewezen op een aantal gevaren die aan de onderhavige procedure verbonden zijn. Zo houdt het eenzijdig karakter waarmee de procedure wordt ingezet en in een eerste fase wordt uitgevoerd, onmiskenbaar mogelijke misbruiken in (zie X., «Comment empêcher l'usage des saisies-descriptions comme moyen d'espionnage industriel?», *Ing.Cons.*, 1952, 140; Van Hoof, J., «Het beslag inzake namaak», in Gotzen, F., *o.c.*, 13-14; Steenlant, J., «Voor- en nadelen van het beslag inzake namaak», in Gotzen, F., *o.c.*, 34-36; zie ook de toelichting bij het voorstel van wet tot wijziging van de artt. 1481-1488 Ger.W., *Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 7/1). Naast de beschrijving voorziet de wet immers ook in de mogelijkheid van beslaglegging als een vorm van «blokkeringsmaatregel», zodat de procedure niet alleen

bewijsmiddelen kan opleveren, maar tegelijk de namaker kan beletten de namaak te laten verdwijnen of alsnog te gelde te maken. In bepaalde gevallen kan het beslag de activiteit van de beslagene totaal verlammen (Van Hoof, J., «Het beslag inzake namaak. Een algemeen overzicht», in Gotzen, F. (red.), *o.c.*, 7-9; Van Hoecke, M., «Vordering op eenzijdig verzoekschrift en het recht van verdediging», *R.W.*, 1990-91, 596-599).

De aanvrager van het beslag moet zijn auteursrecht en het karakter van namaak van de geviseerde voorwerpen voor de beslagrechter hoe dan ook prima facie aannemelijk kunnen maken. Volgens het Hof van Cassatie is «de beslagrechter, verzocht om toelating te verlenen tot het leggen van een beslag inzake namaak met toepassing van de artikelen 1481 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek, bevoegd en verplicht (...) na te gaan of, op het eerste gezicht – en onverminderd de vordering omtrent de zaak zelf, welke vordering binnen de termijn van artikel 1488 van hetzelfde wetboek moet worden ingesteld, – het intellectueel recht, de feiten en zo nodig de stukken, waarop de verzoeker zich beroept, van die aard zijn dat het verlangde beslag tot bewaring van het aangevoerde recht naar redelijkheid verantwoord» (Cass., 16 november 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 380).

In de onderhavige procedure was door de beslagrechter bij beschikking van 2 januari 1992 verlof gegeven tot beschrijvend beslag en was verbod opgelegd aan de houders van de litigieuze geluidsdragers deze uit de hand te geven onder verbeurte van een dwangsom van 20.000 fr. per geluidsdrager die, bij inbreuk op het verbod, uit de hand zou worden gegeven. Ook was aan verzoekster verlof gegeven tot het leggen van bewarend beslag op de gelden die de beslagene waren toegekomen door de verkoop van de litigieuze artikelen. In een procedure op derdenverzet (artt. 1122-1133 Ger.W.) werd door de beslagene de intrekking van deze beschikking gevorderd of minstens de intrekking van het verbod de litigieuze geluidsdragers uit de hand te geven en van het bewarend beslag op de inkomsten van de verkoop (vgl. *Beslagr. Brussel*, 16 juni 1988, *Ing.Cons.*, 1988, 224).

De beschikking op derdenverzet van 28 januari 1992 erkent dat de beslaglegger de vereiste hoedanigheid en een eigen belang had om de aanvankelijke vordering in te stellen en dat in het kader van het prima facie onderzoek dat de beslagrechter toekomt, de gevorderde machtiging tot het leggen van beschrijvend beslag zich opdrong.

In tegenstelling tot de maatregel van de beschrijving kunnen i.c. de opgelegde maatregelen van beslag niet in redelijkheid worden verantwoord, aldus de beschikking op tegenspraak gewezen. Als argumentatie haalt de beschikking aan dat de beslagleggende partij reeds drie jaar eerder machtiging heeft gekregen tot het leggen van het beschrijvend beslag. Binnen de door de wet bepaalde termijn werd toen de procedure ten gronde ingesteld maar de beslagleggende partij had sedertdien nagelaten deze procedure ten gronde voort te zetten. De nieuwe maatregel van beslag inzake namaak, deze keer met bijbehorend beslag en blokkering van de inkomsten, is er volgens de beslagrechter klaarblijkelijk op gericht een regeling af te dwingen buiten iedere beslissing van de rechter ten gronde om en is daarom naar redelijkheid niet te verantwoorden.

3. Uit de geannoteerde beschikking blijkt m.a.w. de *dubbele aard van het beslag inzake namaak*, nl. de beschrijving en het beslag. Terwijl de beschrijving en de begeleidende

maatregelen die strekken om die beschrijving mogelijk te maken, slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden geweigerd, is naar aanleiding van de maatregelen van beslag een grondiger onderzoek aangewezen. Ten aanzien van de maatregel van beslag beschikt de beslagrechter over een grotere beoordelingsmarge en moet de rechter nagaan of het verlangde beslag naar redelijkheid verantwoord is. Anders uitgedrukt: «Het mag dus niet zo zijn dat het verbod de (beweerde) nagemaakte goederen uit handen te geven, het beslag op de inkomsten uit de (beweerde) namaak e.d.m., nagenoeg automatisch worden verleend zodra de beschrijving wordt toegestaan» (Dirix, E., «De rol van de beslagrechter», in Gotzen, F., *o.c.*, 55).

Dirk Voorhoof
Universiteit Gent
Universiteit Antwerpen

POLITIËRECHTBANK TE HASSELT

3 APRIL 1992

Voorzitter: de h. Panier

Advocaat: mr. Schuermans

Wegverkeer – Technische eisen – Blauw zwaailicht

Een door zijn bestemming of aanwending voor hulpverlening bij incident met radioactieve stoffen gebruikte voertuig behoort tot de categorie van voertuigen die door hun aard of bestemming een blauw zwaailicht mogen voeren daar het vervoer van radioactieve stoffen luidens de vervoervergunning dient te gebeuren met een voertuig dat vergezeld wordt door een volledig uitgerust bijstandsvoertuig.

L.

Telastlegging: zonder toelating van de minister van Verkeerswezen op het dak van zijn voertuig een blauw knipperlicht te hebben gevoerd (art. 28, § 2, 1°, c, 4, K.B. 15 maart 1968).

Feiten

Op 23 augustus 1991 werd Paul L. geverbaliseerd omdat hij te Hasselt een personenwagen bestuurde, voorzien van een niet in werking zijnd blauw zwaailicht. Hij begeleidde toen een transport van nucleair afval.

Krachtens de vergunning afgeleverd voor het uitvoeren van dergelijk transport moet het transporterend voertuig worden vergezeld door een ander voertuig waarin het vereiste materiaal aanwezig is om het hoofd te bieden aan de problemen die bij een mogelijk ongeval zouden kunnen ontstaan.

...

Beoordeling

Op het ogenblik dat dit vonnis wordt uitgesproken is de strafvordering niet verjaard. Misdrijven in verband met de technische eisen waaraan voertuigen moeten voldoen, verjaren inderdaad na vijf jaar, te rekenen vanaf de dag, waarop de overtreding plaatsvond (art. 5, W. 21 juni 1985) hoewel

de Politierechtbank bevoegd is (art. 4, § 1, in fine, W. 21 juni 1985).

Art. 28, § 2, 1°, a, 4, van het technisch reglement bepaalt dat de minister van Verkeerswezen vermag vrij te stellen van het voeren van bepaalde lichten.

Dit artikel kan echter in casu niet van toepassing zijn omdat het gaat om het bezit van te veel lichten, wat juist het tegendeel is van een vrijstelling van het voeren van bepaalde lichten.

Art. 28, § 2, 1°, c, 4, bepaalt dat onder meer voertuigen voor de hulpverlening bij een incident, veroorzaakt door radioactieve stoffen, vooraan of op het dak een of meer blauwe zwaailichten mogen dragen.

Voor voertuigen, andere dan die in de lijst der voertuigen die een blauw zwaailicht mogen voeren, kan de minister een toelating geven dergelijke lichten te voeren.

Met andere woorden: wat het voeren van de blauwe zwaailichten betreft zijn er twee soorten voertuigen, die welke door hun aard of bestemming blauwe zwaailichten mogen voeren en die welke zulks mogen omdat de minister van Verkeer dit toestond.

De vraag is dus of het door Paul L. bestuurde voertuig door zijn bestemming of aanwending een voertuig voor hulpverlening bij incident met radioactieve stoffen was, ofwel of het behoorde tot de categorie van voertuigen die wat het voeren van een zwaailicht van blauwe kleur vergunningsplichtig waren.

De rechtbank is van gevoelen dat het hier gaat om een hulpvoertuig bij een mogelijk incident door radioactieve stoffen, nu de vervoersvergunning vereist dat het transport van radioactieve stoffen gebeurt met een voertuig dat wordt vergezeld door een volledig geëquipeerd bijstandsvoertuig.

Het voertuig van verdachte mocht aldus voorzien zijn van een blauw zwaailicht door de aard ervan, en het voeren van dit licht vereiste geen machtiging van de minister van Verkeerswezen.

Paul L. dient dan ook vrij te worden gesproken en het overtuigingsstuk nr. 512/91, neergelegd ter griffie van de Correctionele Rechtbank te Hasselt, dient aan betrokkene terug te worden gegeven.

NOOT – *Begeleiding van een nucleair wegtransport met een interventievoertuig, uitgerust met een blauw knipperlicht*

Overeenkomstig artikel 28, § 2, 1°, c, 4, van het technisch reglement van 15 maart 1968 mogen twee voertuigcategorieën van voren of op het dak één of meer blauwe knipperlichten voeren, te weten primo de categorie van een aantal bijzondere voertuigen als nauwkeurig en limitatief omschreven in het eerste lid van deze bepaling en secundo de voertuigen waarvoor – bij uitzondering – een ministeriële toelating is verleend (tweede lid). Behoudens de traditie met een blauw zwaailicht uitgeruste voertuigen als bv. de politie- of rijkswachtvoertuigen, ressorteren ook de «voertuigen voor hulpverlening bij een incident veroorzaakt door radioactieve stoffen» onder de categorie van bijzondere voertuigen waarvoor het technisch reglement expliciet het voeren van een blauw zwaailicht toelaat. Artikel 43, § 2, 3°, van het technisch reglement bevat een gelijklopende bepaling aangaande een speciale geluidshoorn. De wettekst bepaalt evenwel niet de technische eisen (bv. de lichtsterkte) waaraan deze blauwe knipperlichten moeten voldoen (Poté,

R. en Lamine, L., *Handboek Verkeerswetgeving*, Hfdst. XVIII, nr. 2, pp. 2-3).

Als uniforme strafrechtsgrond voor overtreding van het technisch reglement van 15 maart 1968 refereert het gewijzigde artikel 81 van dit reglement aan de correctionele strafbepalingen van de wet van 21 juni 1985 (zijnde de basisstrafwet inzake de technische eisen). In afwijking van de gemeenschappelijke termijn bedraagt de verjaringstermijn van de strafvordering voor deze misdrijven vijf jaar (artikel 5 van de wet van 21 juni 1985; cf. het geannoteerde vonnis van 3 april 1992). De vrij lange controleperiode is volgens de memorie van toelichting noodzakelijk wegens het groot aantal voertuigen in omloop en het bestaan van menigvuldige kansen – tijdens de hele bestaansduur van het voertuig – van een niet-conformiteit van dit voertuig met de technische voorschriften (*Gedr. St., Kamer*, 1982-83, nr. 616/1, 4). Gelet op de algemene bewoordingen van artikel 5, geldt deze vijfjarige verjaringstermijn ons inziens ongeacht de werkelijke straf die door de rechter wordt opgelegd (bv. een politiestraf wegens verzachtende omstandigheden; raadpleeg tevens Declercq, R., *Strafvordering*, 1987, I, 55).

2. Te dezen begeleidde beklaagde – als gespecialiseerd persoon – met een personenvoertuig dat op het dak voorzien was van een niet in werking zijnd *blauw knipperlicht* een vrachtwagen die een lading geconditioneerd radioactief afval op Belgisch grondgebied vervoerde; de begeleiding van het nucleaire transport geschiedde in opdracht van een gespecialiseerde vervoerfirma. Deze gedraging van beklaagde werd aangaande het blauw knipperlicht door het openbaar ministerie gekwalificeerd als een overtreding van artikel 28 van het technisch reglement.

Het vervoeren van radioactieve (afval)stoffen over de weg is in België vergunningsplichtig krachtens artikel 57 van het K.B. van 28 februari 1963 houdende het algemeen reglement op de bescherming van de bevolking en van de werknemers tegen het gevaar van de ioniserende stralingen. Luidens dit artikel 57 dient een dergelijk vervoer tevens te geschieden overeenkomstig de van kracht zijnde internationale overeenkomsten; op de eerste plaats moet hierbij gedacht worden aan de voorschriften van het A.D.R.-Verdrag van 30 september 1957 (in het bijzonder de bepalingen van de A.D.R.-gevaarsklasse 7). Overtreding van deze vervoer voorschriften worden strafrechtelijk gesanctioneerd op basis van de correctionele strafbepalingen van de wet van 29 maart 1958 (zie, voor een toepassing van de strafrechtelijk gehandhaafde voorschriften inzake het vervoeren van radioactief afval, *Corr. Turnhout*, 3 oktober 1990, *Turnh. Rechtsl.*, 1991, (24), 29-34; raadpleeg voor enkele hoofdlijnen uit dit vonnis Spriet, B., «Vervoer van radioactieve stoffen en de strafwet», *Transpo 2001*, 1992, nr. 59, 8-9).

De speciale vervoervergunning die in casu werd gebruikt voor het verrichten van het nucleaire wegtransport, vereiste als een van de bijzondere vervoer voorwaarden een begeleiding van het transport met een voertuig van de dienst van de fysische controle, waarbij dit begeleidingsvoertuig uitgerust diende te zijn met «alle materiaal voor interventie bij ongeval». Ter uitvoering van deze vergunningsbepaling was het voertuig in kwestie volledig uitgerust als interventiewagen, niet alleen met de nodige communicatiemiddelen en afbakings- en meetinstrumenten, maar ook met een blauw zwaailicht.

3. Luidens de vervoervergunning diende het begeleidingsvoertuig geëquipeerd te zijn als interventievoertuig bij ongeval en uit het geciteerde artikel 28 van het technisch reglement volgt dat een van de uitrustingscomponenten van een interventie(hulpverlenings)voertuig bij een incident (of ongeval) met radioactieve stoffen een blauw knipperlicht is. De strafrechter besliste te dezen dan ook naar onze mening terecht dat het voertuig in kwestie beantwoordde aan een van de bijzondere voertuigcategorieën uit artikel 28, § 2, 1°, c, 4, eerste lid, van het K.B. van 15 maart 1968, zodat een bijzondere ministeriële toelating niet vereist was.

Gelet op de afwezigheid van enig onderscheid of beperking in de wettekst, is het voeren van een blauw knipperlicht op «voertuigen voor hulpverlening bij een incident veroorzaakt door radioactieve stoffen» geenszins beperkt tot de voertuigen die moeten interveniëren bij incidenten op een nucleaire site (bv. een kerncentrale, een nucleair onderzoekscentrum of een afvalverwerkingsinstallatie), maar geldt deze facultatieve uitrusting tevens voor hulpverleningsvoertuigen die worden ingezet in geval van incidenten tijdens een transport van radioactieve (afval)stoffen buiten een dergelijke site. De ratio legis van deze wetsbepaling lijkt ons te liggen in het creëren van een snelle interventiemogelijkheid van deze bijzondere voertuigen bij een nucleair incident met het oog op het streven naar een zo groot mogelijke veiligheid en bescherming van mens en milieu. Gelet op deze doelstelling lijkt het blauwe knipperlicht niet alleen te mogen aangebracht worden in geval van een effectief incident, maar is een dergelijk equipment tevens preventief en incident-antecederend toegelaten. Het functioneren van het knipperlicht is uiteraard slechts toelaatbaar wanneer zich reëel een incident voordoet. De bescherming van een zelfde rechtsbelang wordt ons inziens nagestreefd door de vergunningsbepaling die de volledige uitrusting van het begeleidingsvoertuig als interventiewagen verplicht stelt. De naleving van de ene strafrechtsnorm kan dan niet resulteren in een overtreding op het andere strafrechtelijk gehandhaafd voorschrift met een analoge juridische doelstelling.

Tot slot zij opgemerkt dat een voertuig dat enkel uitgerust is met een blauw knipperlicht (en niet bijkomend met een speciaal geluidstoestel) geen «prioritair voertuig» is in de zin van het Wegverkeersreglement van 1 december 1975 (zie artikel 37.1 van het Wegverkeersreglement; cf. Pol.Hasselt, 20 oktober 1983, *Limb.Rechtsl.*, 1984, 184, met noot L. Huybrechts).

Bart Spriet
Instituut voor Strafrecht
K.U.Leuven

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Rb. Antwerpen (37e Kamer), 14 november 1991

Dwangsom – Verbeurte – Geen nieuwe titel – Bevoegdheid beslagrechter

«Overwegende dat, wat de tegenvordering van de verwerende partij betreft, allereerst het volgende vastgesteld kan worden;

«dat het litigieuze beslag werd gelegd ter betaling van 1.100.000 fr. in hoofdsom, hetgeen een «verbeurde» dwangsom vertegenwoordigt volgens 11 'vastgestelde' inbreuken à rato van 100.000 fr. per inbreuk;

«dat de verwerende partij bij tegeneis vordert dat dit bedrag van de 'verschuldigde' dwangsom uitgebreid wordt tot 2.000.000 fr. en dat de eisende partij veroordeeld wordt tot betaling ervan; dat zij tevens overeenkomstig artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek de overlegging van bepaalde documenten vordert 'om de gehele omvang van de namaak vast te stellen';

«Overwegende dat ter zitting ambtshalve en ook door de eisende partij bij conclusie de niet-toelaatbaarheid van deze tegenvordering werd opgeworpen;

«Overwegende dat in de eerste plaats immers een dwangsom ten uitvoer gelegd kan worden krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld en dat er geen nieuwe veroordeling van de verbeurde dwangsommen hoeft te worden uitgesproken (Beslagrechter Gent, 24 januari 1983, *R.W.*, 1983-84, 1423; Ballon, G., *Dwangsom*, nrs. 106-111; Van Herreweghe, V., *T.R.D.*, Dossier 1986, 1, *Dwangsom*, nr. 103); dat aldus noch de beslagrechter, noch een andere rechter bevoegd is om uitspraak te doen over de tegenvordering van de verwerende partij, voor zover deze het 'verschuldigd zijn' van dwangsommen betreft;

Overwegende dat volledigheidshalve ook dient te worden opgemerkt dat de beslagrechter enkel bevoegd is om de rechtmatigheid en de regelmatigheid van beslagen na te gaan; dat hij aldus enkel in het kader van een gelegd uitvoerend beslag kan nagaan of de erin vermelde 'verbeurde' dwangsommen inderdaad verbeurd zijn of niet en overeenkomstig het beslag kan laten zoals het is, het bedrag van het beslag kan verminderen of het beslag in zijn geheel kan opheffen; dat de beslagrechter daarbij voorzeker het bedrag van het beslag niet kan verhogen naargelang er na het leggen van het uitvoerend beslag dwangsommen zijn verbeurd of in het algemeen gezien schulden opeisbaar zijn geworden; dat de rechtmatigheid en regelmatigheid van een uitvoerend beslag immers moet vaststaan op de datum van de betekening van het exploit en dat schulden die men kan invorderen na deze datum een nieuw uitvoerend beslag noodzaken (artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek); dat trouwens, voor zover de verwerende partij met haar tegenvordering zou beogen – behoudens het 'verschuldigd zijn' van dwangsommen te laten vaststellen – ook het bedrag van het beslag te laten verhogen (hetgeen in elk geval niet expliciet is gevorderd), dit gelet op het bovenstaande in verband met de hoofdvordering van de eisende partij een vordering zonder voorwerp zou zijn geworden.»

(Beslagrechter: de h. Carette – Advocaten: mrs. Thiers loco Eliaerts en Guilmont – In de zaak: N.V. B. t/ S.A. S.)

H.v.J., 26 februari 1992

Bevoegdheid en aanleg – E.E.X. – Huur – Reisorganisator verbindt zich een vakantiewoning die zijn eigendom niet is, voor enkele weken ter beschikking te stellen van

cliënt – Art. 16, sub 1, niet toepasselijk

In antwoord op twee prejudiciële vragen van het Landgericht Köln verklaart het Hof voor recht :

«Artikel 16, sub 1, van het EEG-Executieverdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het niet van toepassing is op een in een verdragsstaat gesloten overeenkomst waarbij een in deze staat gevestigde reisorganisator die daarvan zijn beroep maakt, zich jegens een in dezelfde staat woonachtige cliënt verplicht deze laatste voor enkele weken een in een andere verdragsstaat gelegen vakantiewoning, die geen eigendom is van de reisorganisator, ter beschikking te stellen en te zorgen voor de reservering van de reis.»

(Zaak C-280/90: E. Hacker/Europ-Relais GmbH – Bron: Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

H.v.J., 26 maart 1992

Bevoegdheid en aanleg – E.E.X. – Actio Pauliana over schenking van onroerend goed – Valt niet onder het toepassingsgebied van de artt. 5, sub 3, 16, sub 5, of 24

Bij arrest van 7 mei 1990 heeft het Hof van Beroep te Aix-en-Provence een prejudiciële vraag gesteld die rees in een tot de bevoegdheidsvraag beperkt hoger beroep dat door het echtpaar Reichert was ingesteld tegen een vonnis van de Rb. Grasse, die zich bevoegd had verklaard om kennis te nemen van de actio Pauliana waarmee de Dresdner Bank, de schuldeiser van de echtgenoten, opkwam tegen de schenking aan hun zoon van de blooteigendom van een hun toebehorend, in Frankrijk gelegen onroerend goed. Het Hof verklaart voor recht :

«Een in het nationale recht voorziene rechtsvordering, zoals de 'actio Pauliana' naar Frans recht, waarmee een schuldeiser de herroeping te zijnen opzichte nastreeft van een handeling tot overdracht van zakelijke rechten op onroerende goederen, die zijn schuldenaar volgens hem met bedrieglijke benadeling van zijn rechten heeft verricht, valt niet onder het toepassingsgebied van de artikelen 5, sub 3, 16, sub 5 en 24 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.»

(Zaak C-261/90 – Reichert en Kockler/Dresdner Bank AG – Bron: Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 december 1991

1. Erfrecht – Inkorting – Art. 923 B.W. – Volgorde – 2. Schenking – Art. 1099 B.W. – Vermomde schenking tussen echtgenoten – Niet nietig, maar eventueel in te korten

Tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 30 maart 1990) wordt een middel met twee onderdelen aangevoerd.

Het eerste onderdeel, dat de volgorde van inkortingen betreft, wordt om de volgende redenen gegrond verklaard :

«Overwegende dat krachtens artikel 923 van het Burgerlijk Wetboek schenkingen onder de levenden moeten wor-

den ingekort te beginnen met de laatste en aldus vervolgende, van de laatste schenking opklimmend tot de vroegere ;

«Overwegende dat uit de vaststelling van het arrest blijkt dat de door het hof van beroep nietig verklaarde vermomde schenkingen waren gedaan vóór een schenking in het huwelijkscontract van het volledig vruchtgebruik dat tot het grootste beschikbaar gedeelte wordt verminderd als inkorting wordt gevorderd ;

«Overwegende dat het arrest, door de bewuste schuldbekentenis nietig te verklaren zonder vooraf de latere schenking in te korten, voormeld artikel 923 schendt.»

Het tweede onderdeel, dat art. 1099 B.W. betreft, wordt eveneens gegrond verklaard :

«Overwegende dat de vermomde giften tussen echtgenoten niet nietig zijn, maar enkel kunnen worden ingekort tot het beschikbaar gedeelte ;

«Dat het arrest, door nietigverklaring van de litigieuze schuldbekentenis die het als vermomde schenking bestempelt, artikel 1099 van het Burgerlijk Wetboek schendt.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : de h. Piret – Advocaten : mrs. van Ommeslaghe en Simont – In de zaak : M. t/ F.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 27 februari 1992

Grondwet – Staat – Aansprakelijkheid – Verschillende ministeriële departementen – Dagvaarding – Verschillende ministers – Rechtsplegingsvergoeding

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 5 november 1990) heeft aan de Staat, vertegenwoordigd door drie ministers, driemaal de rechtsplegingsvergoedingen van eerste aanleg en van hoger beroep toegekend. Het tegen die beslissing gericht middel wordt als volgt verworpen :

«Overwegende dat, ondanks de eenheid en de ondeelbaarheid van de Staat, verschillende ministeriële departementen aansprakelijk kunnen zijn zonder dat de aansprakelijkheid van het ene enige invloed heeft op de aansprakelijkheid of het budget van het andere ;

«Dat het arrest, bijgevolg, wettelijk een rechtsplegingsvergoeding kan toekennen voor elke dagvaarding van de Staat in de persoon van door een advocaat bijgestane ministers met een eigen belang.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven – Advocaten : mrs. Gérard, De Bruyn en Bützler – In de zaak : De P. e.a. t/ Belgische Staat, staatssecretaris voor institutionele hervormingen e.a.)

NOOT – Zie Cass., 21 april 1989, R.W., 1989-90, 120, Arr. Cass., 1988-89, nr. 479, met conclusie van advocaat-generaal D'Hoore.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 16 maart 1992

Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Bedrijfslasten – Beding van een overeenkomst dat het aan de schuldeiser te betalen bedrag kwalificeert volgens fiscale catego-

riën die de schuldenaar aanbelangen – Geen verantwoording

De voorziening van de eisers tegen het bestreden arrest (Hof Gent, 20 november 1990) wordt o.m. om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het arrest niet ontkent dat de eisers zich ten aanzien van de door hen gecontroleerde N.V. M. verbonden hebben een jaarhuur van 540.000 frank te betalen en dat tussen huurder en verhuurder afgesproken was dat een bedrag van 300.000 frank zou worden beschouwd als betaald voor het beroepsgedeelte van het pand, maar oordeelt dat dit laatste bedrag niet volledig aftrekbaar is;

«Dat het onderdeel, in zoverre het de schending aanvoert van de bindende kracht van de overeenkomsten en de miskenning van de bewijskracht van akten, feitelijke grondslag mist;

«Overwegende dat de bedrijfsuitgaven of -lasten die zijn welke de belastingplichtige tijdens het belastbaar tijdperk heeft gedaan of gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden en waarvan hij de echtheid of het bedrag verantwoordt;

«Dat een beding van een overeenkomst, dat enkel tot strekking heeft de aan de schuldeiser te betalen bedragen te kwalificeren volgens de fiscale categorieën die de schuldenaar aanbelangen, geen dergelijke verantwoording uitmaakt;

«Dat de appelrechters aannemen dat de eisers het bewijs leveren dat de huurprijs effectief verschuldigd was en betaald werd, maar oordelen dat 'de belastingplichtige niet uitsluitend kan steunen op zijn wilsautonomie om het bedrag van zijn bedrijfsuitgaven te bepalen' en dat het in dezen gaat om 'een contractuele omkering van de huurlasten' die niet beantwoordt aan de respectieve waarde van de delen van het gebouw; dat zij zodoende vermochten te beslissen dat de eisers het bedrag van hun bedrijfslasten of -uitgaven niet verantwoordt door de enkele verwijzing naar het beding dat de huurprijs indeelt in een fractie voor het beroepsgedeelte en een fractie voor het overige gedeelte.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaten: mrs. Vandeputte en Claeys Bouaert – In de zaak: V. en V. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives: quels droits de défense?, Actes du colloque organisé le 22 avril 1989 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège, Luik, Editions du Jeune Barreau, 1990, 486 pp.

Artikel 93 van de Grondwet bepaalt dat geschillen over politieke rechten tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen. Deze uitzonderingen, dat zijn dan – naast de Raad van State – de talrijke commissies, hoge en minder hoge raden en colleges die niet tot de rechterlijke macht behoren, maar voor welbepaalde materies toch een rechtsprekende opdracht toegewezen kregen. Hun structuur en samenstelling verschillen en ook de toepasselijke rechtspleging loopt in die mate uiteen dat men zonder overdrijving van een doolhof of labrynt

mag spreken. Zelfs omtrent hun aantal bestaat onenigheid in de rechtsleer maar het moeten er zeker een 250-tal zijn.

Over deze buitengerechtelijke colleges met een rechtsprekende bevoegdheid werd op 22 april 1989 onder de auspiciën van de Vrije Conferentie van de Jonge Balie van Luik een studiedag gehouden. Met deze studiedag waren de organisatoren geenszins aan hun proefstuk. Twee jaar eerder al hadden zij een belangwekkend colloquium georganiseerd met als thema het administratief contentieux, en dit onder de nogal uitdagende titel «L'administration face à ses juges» (het verslagboek dat naderhand is uitgegeven door de Editions du Jeune Barreau de Liège kan nog steeds verkregen worden; zie ook *J.T.*, 1987, 618).

De hier besproken publikatie bestaat uit twee delen. De eerste reeks bijdragen is van algemene aard en omvat de eigenlijke referaten die op 22 april 1989 werden gehouden. In het tweede deel wordt de werking van een hele reeks lagere administratieve rechtscolleges kritisch ontleed in elf studies van de hand van advocaten van de Luikse balie.

Na enkele inleidende beschouwingen van Marc Châtel om de lezer op de gepaste temperatuur te brengen, vangt het eerste deel aan met een artikel van Paul Lemmens over de grondslagen en ontwikkelingen van het administratief contentieux. De auteur, die met deze studie de draad van het colloquium van 1987 als het ware weer opneemt, begint zijn uiteenzetting met een omschrijving van de fundamentele begrippen juridisch geschil en belangengeschil, administratieve en jurisdictionele rechtshandeling, administratief en jurisdictioneel beroep. Vervolgens onderzocht hij de grondwettelijke bevoegdheidsregeling voor de verschillende soorten geschillen: betwistingen over subjectieve rechten (artikelen 92 en 93 Gw.), het strafproces (art. 7 Gw.), de disciplinaire beroepen (art. 94 Gw.), het objectief contentieux (art. 94 Gw.) en het contentieux bij voorraad in het kader van de procedure in kort geding. Lemmens neemt aan dat de rechter in kort geding geen subjectief recht beslecht. Hij doet immers uitspraak bij voorraad en bovendien mag zijn beschikking geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf. M.i. zoekt de auteur het hier wat ver (zie ook Cass., 6 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 2581). Bovendien is zijn stelling gevaarlijk omdat de wetgever de rechter in kort geding aldus de kennisneming van bepaalde geschillen kan ontzeggen en de burger «rechteloos» wordt (hij geeft dat trouwens zelf toe waar hij verwijst naar artikel 63 van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980). In het derde hoofdstuk schetst Paul Lemmens de geweldige opgave van de administratieve rechtscolleges waarmee de uitbouw van de verzorgingsstaat in de 20e eeuw gepaard ging. In dat verband acht hij de oprichting van administratieve rechtbanken dringend gewenst en pleit hij voor een uniformisering van de verschillende rechtsplegingen door de invoering van een waarachtig wetboek van administratief procesrecht. In het laatste hoofdstuk gaat de auteur na of de administratieve geschillenbehandeling in ons land in overeenstemming is met de grondbeginselen van een rechtsstaat, inzonderheid met het voorschrift van artikel 6, lid 1, E.V.R.M., en daarbij legt hij op een overtuigende wijze de vinger op de enkele zeldzame onvolkomenheden.

De bijdrage van Olivier Poupart over de conflictenbeheersing buiten de rechtbanken in Engeland is een interessant curiosum. In het Angelsaksisch recht wordt geen onderscheid gemaakt tussen publiek recht en privaatrecht. De vele ondergeschikte administratieve rechtscolleges, die ook daar als paddestoelen uit de grond rezen, staan bijgevolg onder het toezicht van de gewone rechter (de Supreme Court of Judicature). Door toepassing van allerhande technieken (pre-trial en out of Court settlement) wordt het aantal betwistingen, waarover de rechtbank uiteindelijk uitspraak moet doen, gevoelig uitgedund.

Het referaat van François Piedboeuf behandelt het moeilijke evenwicht tussen het recht van verdediging en het algemeen belang. In het geval dat het bestuur een administratieve rechtshandeling uitgevaardigd heeft, kan de burger zich tot de gewone hoven en rechtbanken wenden om schadevergoeding te vragen. Herstel in natura blijft echter uitgesloten. Ook kan hij de vernietiging van de bestuurshandeling vorderen voor de afdeling administratie van de Raad van State (enkel om wettigheidsredenen). Op grond van de door het E.H.R.M. ontwikkelde rechtspraak komt Piedboeuf tot het besluit dat, zodra een geschil betrekking heeft op een burgerlijk recht ex artikel 6, lid 1, E.V.R.M. (een begrip dat ruimer is dan het begrip subjectief recht van artikel 92 Gw.) een beroep mogelijk moet zijn bij een rechtsinstantie die zowel in rechte als in feite oor-

deelt. Nu de controle van de Raad van State zich niet uitstrekt tot het algemeen belang en de beleidsvraag, schiet het Belgische rechtssysteem te kort. In geval van jurisdictioneel beroep (bestuursgeschil in de materiële betekenis) daarentegen beschikt de burger wel over een recht van toegang tot een rechterlijke instantie conform artikel 6, lid 1, E.V.R.M. omdat deze over een *volle* rechtsmacht beschikt. Maar de grote toename van administratieve rechtscollages houdt dan weer gevaren in op het vlak van de rechtszekerheid.

In de volgende bijdrage bespreekt Michel Hanotiau de taak van de Raad van State als administratieve cassatierechter (subjectief contentieux op grond van artikel 14, eerste lid, *in fine*, W.R.v.St.). Na de wordingsgeschiedenis van de wet van 23 december 1946 en de eenvormige rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de Raad van State in herinnering te hebben gebracht, onderscheidt de auteur drie soorten administratieve beslissingen in betwiste zaken: de beslissingen waarvan de kennisneming op een bepaald ogenblik aan de gewone rechter wordt opgedragen, de beslissingen waarvan de kennisneming aan geen enkele rechterlijke instantie is toegewezen, de beslissingen die op grond van een bijzondere wettelijke bepaling voor de Raad van State kunnen worden bestreden. Vervolgens ontleeft hij zorgvuldig en genuanceerd de kenmerkende eigenschappen van het administratief cassatieberoep: de indiener moet partij geweest zijn bij de door het cassatieberoep bestreden beslissing, de Raad oordeelt enkel in rechte (externe en interne legaliteit), geen nieuwe middelen worden aangenomen, de vernietiging van de bestreden beslissing geldt slechts *inter partes*, er is verwijzing naar het rechtscollage dat ten gronde uitspraak zal doen. De studie van staatsraad Hanotiau bevat talrijke verwijzingen naar minder bekende wetten. Deze opsommingen zijn voor de rechtspraktijk ongetwijfeld bijzonder nuttig, ook al moet gezegd worden dat het aantal subjectieve beroepen voor de Raad van State sinds de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek gevoelig is verminderd.

Marcel Trousse gaat in zijn referaat na waar volgens hem de grens moet liggen tussen de geschillen die voor een administratief rechtscollage worden beslecht en die waarbij het meer wenselijk is dat de justitiële rechter er kennis van neemt. Het is een soort *discours fleuve* waarin de auteur probeert aan de keizer te geven wat aan de keizer toekomt en aan God te geven wat aan God toekomt. De keizer (dat is dan de administratieve rechter) wordt m.i. nogal karig bedeed. Trousse beschouwt hem te veel als een instrument van de regering (zo heeft hij het over «juges gouvernementaux» versus «juges nationaux»). Aan de hand van talrijke voorbeelden zal Paul Martens enige bladzijden verder deze opinie trouwens weerleggen.

Minister van Binnenlandse Zaken Louis Tobback pleit in zijn bijdrage voor een algehele hervorming van het administratief contentieux. Zijn toespraak werd eerder al opgenomen in het boek *De bestendige deputatie als rechtsprekend orgaan* (red. Vande Lanotte, J., Brussel, Story-Scientia, 1990) zodat ik mij hier kan beperken met een verwijzing naar een vroegere bespreking in *R.W.*, 1990-91, 1280.

Het algemeen deel wordt besloten met een opmerkelijk artikel van Paul Martens onder de titel «De schrik voor de rechter». Waarom de politieke overheid altijd maar nieuwe buitengerechtelijke colleges met een rechtsprekende bevoegdheid instelt, is ook voor hem een raadsel. Maar zelfs indien daaruit een uiting van wantrouwen tegenover de gewone hoven en rechtbanken kan worden afgeleid, betwist toch niemand dat ze behoorlijk werk leveren. Eerder zijn het de zeer verscheiden rechtsplegingen die het recht van verdediging van de rechtsonderhorige bedreigen omdat zij de toegankelijkheid bemoeilijken. Meer fundamenteel aanvaardt de auteur het bestaan van parallelle rechtscollages in het domein van het economisch recht. In een gemengde economie is de vrijheid van handel en nijverheid geen vaststaand begrip dat voor eens en altijd door rigide wettelijke bepalingen geregeld kan worden. Bij beroepsmagistraten ontbreekt de deskundigheid. Evenmin zijn zij trouwens gehabiteerd om met hun jurisdictionele beslissingen de bakens van het economisch beleid uit te zetten (spookbeeld van een «gouvernement des juges»). Daarom zijn colleges en organen, samengesteld door beroepsexperts uit de betrokken sectoren, het best in staat om deze leemte op te vullen, mits de verschillende belangen evenwichtig vertegenwoordigd zijn.

Ook op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid moet men volgens de auteur voldoende realiteitszin opbrengen en aanvaarden dat het bestuur zijn tussenkomst begrenst of kwantificeert, althans in de gevallen waarin de belanghebbende burger zich niet op een

subjectief recht kan beroepen. Wat echter de grondrechten betreft, mag geen enkele uitzondering of beperking worden gedoogd. Dienaangaande vestigt Martens de aandacht op twee bedreigde sectoren, nl. de voorwaardelijke invrijheidstelling en de vreemdelingen. Het recht op een voorwaardelijke invrijheidstelling is in de praktijk verworven tot een gunst en het ontbreekt de veroordeelde aan middelen om zich adequaat te verdedigen. Wat de vreemdelingen aangaat dient in het bijzonder de strijdigheid van artikel 63 van de Vreemdelingenwet (zie supra) met artikel 13 E.V.R.M. en meer algemeen met onze gerechtelijke traditie te worden onderstreept.

Het tweede deel bevat, zoals gezegd, elf case-studies van administratieve gerechten. Achtereenvolgens komen de volgende rubrieken aan bod: de hulp van de Staat aan de slachtoffers van opzettelijke gewelddaden, de voorwaardelijke invrijheidstelling, de vergoeding voor onwerkdadige hechtenis, de vreemdelingen, de medische controle bij het R.I.Z.I.V., de uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit in de sector der kleine en middelgrote handels- en ambachtsondernemingen en de registratie van aannemers, de vestiging van handelsbedrijven, de ruimtelijke ordening en stedenbouw, de onvrijwillige werkloosheid, het maatschappelijk welzijn. De ploeg van Luikse advocaten die deze compilatie samengeschreven heeft, maakte zich uitermate verdienstelijk. In tegenstelling tot de behandelde onderwerpen zijn hun teksten overzichtelijk en op de praktijk afgestemd. Deze vaststelling mag voor de wetgever geen excuus zijn om de sanering van het administratief contentieux verder eendeloos uit te stellen. Een van de auteurs citeert ergens Goethe waar hij ooit stelde nog een onrechtvaardigheid te verkiezen boven een wanorde. Inderdaad, de Belgische wetgever slaagt er frequent in beide te cumuleren.

Alain Coppens

Wetgeving bejaardenzorg, samengesteld door A. PRIMS, uitgeverij UGA, Heulen, 1991, 417 pp.

Professor Prims van het Studiecentrum voor Gezondheidsrecht te Leuven heeft de wetgeving inzake de voorzieningen voor bejaarden in de ruime zin verzameld.

De bundeling van wetten, decreten, besluiten en koninklijke besluiten betreft echter enkel die wetgeving die toepasselijk is in de Vlaamse Gemeenschap.

In het eerste deel wordt de wetgeving betreffende de vijf klassieke voorzieningen voor bejaarden weergegeven, nl. de dienstencentra, de dagverzorgingscentra, de woning voor bejaarden, de serviceflatgebouwen en woningcomplexen met dienstverlening en de rusthuizen. In het tweede deel komt de wetgeving inzake de rust- en verzorgingsstehuizen aan bod. De wetgeving inzake de psychiatrische verzorgingshuizen werd gebundeld in het derde deel van het boek. In deel vier en vijf wordt de wetgeving in verband met de diensten voor thuisverzorging en voor gezins- en bejaardenhulp weergegeven. Deel zes bevat de wetgeving inzake specifieke ziekenhuisdiensten voor bejaarden, nl. de V-diensten voor behandeling van zieken die lijden aan langdurige aandoeningen en de G-diensten voor de geriatrie.

Het boek is volledig en bevat telkens de normen inzake de erkenning, de programmatie, de financiering en subsidiëring, en de toepasselijke wetgeving betreffende de ziekteverzekering.

Een aanrader voor de sector van de bejaardenzorg.

W.R.