

HET SCHUREND SCHARNIERTJE

Internationaal privaatrecht als draaischijf van de rechtspositie van vreemdelingen

1. Eind 1993 sprak de raadkamer van Gent ¹ zich uit over de rechtmatigheid van de vrijheidsberoving van een achttienjarige Nigeriaan, volgend op een bevel om het grondgebied te verlaten. De juiste toepassing van artikel 118 van het K.B. van 8 oktober 1981 stond hierbij ter discussie. Overeenkomstig dit artikel kan, behoudens bijzondere beslissing van de minister, geen bevel om het grondgebied te verlaten gegeven worden aan «de vreemdeling die minder dan achttien jaar oud is of die volgens zijn personeel statuut minderjarig is. Dat bevel om het grondgebied te verlaten wordt vervangen door een bevel tot terugbrenging overeenkomstig het model van bijlage 38.» Naar Belgische normen was de Nigeriaan meerderjarig, aangezien hij de volle leeftijd van achttien jaar had bereikt; Nigeriaans recht laat de meerderjarigheid pas op eenentwintig jaar ingaan. Op basis van een multilaterale interpretatie van artikel 3, derde lid, B.W. besloot de raadkamer dat de vreemdeling minderjarig was, hetgeen haar er vervolgens toe bracht te beslissen dat de maatregel van vrijheidsberoving niet in overeenstemming met de wet was genomen. Uit niets bleek immers dat de vereiste bijzondere beslissing van de minister was gegeven.

I. Band tussen personen- en familierecht en andere rechtstakken

2. Uit voorgaande casus komt bovenal de vaststelling naar voren hoezeer de beantwoording van een voorafgaande vraag van staat en bekwaamheid beslissend is voor het administratiefrechtelijke statuut van de betrokkene. Ook in andere geschillen van verblijfsrecht evenals van arbeidsrecht, jeugdbescherming, strafrecht, nationaliteitsrecht enz. zitten vragen naar staat en bekwaamheid besloten. Het belang dat het Internationaal Privaatrecht (*I.P.R.*) vertoont voor kwesties van personen- en familierecht deint, soms onverwachts en met verrassend resultaat, uit naar andere rechtsdomeinen. Een akte of gerechtelijke uitspraak waarbij I.P.R. is ingeschakeld, kan de bouwsteen in een verdere juridische redenering uitmaken. Omgekeerd is de vraag welke I.P.R.-regels ter beantwoording van een vraag van personen- en familierecht gehanteerd moeten worden, zelf mede afhankelijk van toepassing van regels rond nationaliteitsrecht en verblijfsrecht. Tussen de sector van het personen- en familierecht en andere rechtsdomeinen, die uiterst belangrijk zijn voor de rechtspositie van vreemdelingen, bestaan dus interacties waarvan wij er selectief een aantal trachten bloot te leggen.

II. Vragen van personen- en familierecht verweven in andere geschillen

A. De impact van Belgisch I.P.R.

3. Het feit dat een aantal wetten het heeft over *huwelijk* of *afstamming* zonder meer, geeft aanleiding tot discussies of I.P.R.-regels ook dan geroepen worden hun opdracht te vervullen. Een dergelijke discussie tekende zich af in de materie van het nationaliteitsrecht. ² Argumenten werden gevonden in het belang van de interne harmonie, of, in tegengestelde zin, in het motief van de soevereiniteit van de staat. Met de invoering van de wet van 28 juni 1984 ³ betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het Wetboek van de Belgische nationaliteit was de discussie niet afgesloten, behoudens omtrent het begrip *meerderjarigheid*, aangezien de wetgever telkens de leeftijdsvoorwaarden preciseerde. Uit het stilzwijgen van de wetgever omtrent de andere termen leiden Closset en Harmel ⁴ af dat teruggegrepen moet worden op de algemene regel van artikel 3, derde lid, B.W. Ook Heyvaert ⁵ verdedigt deze opvatting. Heyvaert wijst overigens op de mogelijkheid van gebruik van de exceptie van Belgische internationale openbare orde om onaanvaardbare gevolgen van toepassing van vreemd recht te weren.

Aldus vangen de technieken van het I.P.R. zelf het gevaar op dat de Belgische rechtsorde door toepassing van I.P.R. te maken heeft met onaanvaardbare situaties. Zo wierp de Correctionele Rechtbank te Charleroi ⁶ de exceptie op ter bescherming van het Italiaanse slachtoffer van een misdrijf. Door hantering van deze exceptie nam de rechter enkel de Belgische wet in aanmerking, volgens welke de Italiaan minderjarig was. De beantwoording van de minderjarigheidsvraag naar Italiaans dan wel Belgisch recht was belangrijk in

² Zie hieromtrent de circulaire van 4 maart 1982 betreffende de toepassing van de wetten op de nationaliteit op vreemdelingen die volgens hun personeel statuut meerderjarig worden vóór de leeftijd van 21 jaar, *B.S.*, 17 maart 1982, 3036; CLOSSET, CH-L. en HARMEL, P., *Traité de la nationalité en droit belge*, Brussel, Larcier, 1993, 469 e.v., waar deze auteurs twee uiteenlopende opvattingen bespreken en ook de tweespalt in de rechtspraak aangeven; DE CEUSTER, J., «Enige kritische bedenkingen rond de interpretatie van de Belgische nationaliteitswetgeving», *T.V.R.*, 1982, 79 e.v.; X, «Noot bij de Ministeriële Omzendbrief van 4 maart 1982», *De Gem.*, 1982, 154.

³ *B.S.*, 12 juli 1984. In twee latere circulaire (circulaire van 6 augustus 1984 betreffende het Wetboek van de Belgische nationaliteit, *B.S.*, 14 augustus 1984; circulaire van 30 juli 1985 tot aanvulling van de circulaire van 6 augustus 1984 betreffende het Wetboek van de Belgische nationaliteit, *B.S.*, 1 augustus 1985) herhaalde de minister zijn vroegere standpunt.

⁴ CLOSSET, Ch. en HARMEL, P., *o.c.*, 478.

⁵ HEYVAERT, A., *De Belgische nationaliteit: korte commentaar op het wetboek van de Belgische nationaliteit*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 71 e.v.

⁶ Corr. Charleroi, 8 maart 1988, *J.T.*, 1989, 241.

¹ Rk. Gent, 22 december 1993, *T.V.R.*, 1994 (verkort), 60, en *T.G.R.*, 1994, 106, noot LAMBEIN, K.

die zin dat de omstandigheid van minderjarigheid van het slachtoffer een strafverzwaring voor de beklaagde meebracht. Het vonnis werd later in cassatie ⁷ vernietigd op grond van een probleem van bevoegdheid en samenhang. Het Hof van Cassatie overwoog evenwel dat in de zin van artikel 2bis, § 2, a, Wet 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, ontsmettingsstoffen en antiseptica, onder de term *minderjarige* moet worden verstaan ieder die nog geen eenentwintig jaar oud is. In de conclusie bij dit arrest besprak advocaat-generaal Liekendael de theorie van de *autonomie van het strafrecht*, een theorie die omschreven wordt als een «liberté du juge pénal à l'égard des qualifications que devrait lui fournir le droit civil.»

De strafrechtelijke veroordeling op basis van bigamie, ⁸ vroeger ook op basis van overspel, ⁹ vergt eveneens een voorafgaande beoordeling van de familierechtelijke staat van de beklaagde. In 1979 veroordeelde de Correctionele Rechtbank te Brussel ¹⁰ een bigame Algerijn op klacht van zijn eerste, Marokkaanse vrouw wegens overspel met zijn tweede echtgenote. In een later vonnis sprak deze rechtbank een Marokkaanse man vrij van overspel. In casu had de Marokkaan in Marokko zijn eerste echtgenote verstoten alvorens de tweede vrouw te huwen, maar die verstoting was in België niet erkend. Desondanks sloot de man naar zijn opvatting en in het licht van het Marokkaanse recht een geldig huwelijk dat geconsumeerd moest worden, waardoor bij hem *overmacht* vastgesteld kon worden, aldus de rechtbank ¹¹.

Door de niet-erkenning van naar vreemd recht geldige gezinsverhoudingen loopt de vreemdeling in België strafrechtelijke risico's, vroeger op basis van overspel, nu nog op basis van bigamie. Omgekeerd brengt ook de niet-erkenning in het buitenland van in België tot stand gebrachte gezinsverhoudingen het gevaar mee dat de betrokkene een gedraging heeft die in dat land strafbaar is. Taverne ¹² wijst op de gevaren die een Marokkaanse, islamietische vrouw in het land van herkomst loopt indien zij huwt met een niet-islamietische man die zich niet tot de islam bekeert. Bij een eventuele terugkeer naar Marokko zal de vrouw immers beschouwd worden als ongehuwd. De Marokkaanse autoriteiten kunnen de vrouw in dat geval strafrechtelijk vervolgen voor seksuele relaties buiten het huwelijk.

Niet alleen strafrechten, ook administratieve rechtscolleges worden geconfronteerd met I.P.R. als complicerende factor van het geschil. Zo gaf de Raad van State in 1985 ¹³ aan dat voor de minderjarigheidsvraag zoals die geformuleerd wordt in artikel 2, § 1, OCMW-Wet van 2 april 1965, het eigen nationale recht van de betrokkene gelding krijgt. Het geschil draaide hierbij rond de aanwijzing van het steunverlenende OCMW.

⁷ Cass., 29 juni 1988, *Pas.*, 1988, I, 1324, concl. adv.-gen. LIEKENDAEL, en *J.L.M.B.*, 1988, 1067, noot F.P.

⁸ Voor een uitgebreide bespreking zie WATTÉ, N., *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1987, 218-228.

⁹ *Ibid.*, 347 e.v.

¹⁰ Corr. Brussel, 10 april 1979, *J.T.*, 1979, 612, noot MESSINE, J.

¹¹ Corr. Brussel, 21 oktober 1986, *T.V.R.*, 1986, afl. 41, 40.

¹² TAVERNE, M., «Quelques réflexions à propos des mariages mixtes en Belgique», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, (253), 254.

¹³ R.v.St., 4 november 1985, *Adm. Publ. (M.)*, 1985 (verkort), 147.

1° Uitsluiting uit toepassingsgebied door verwijzing naar de nationale wet

4. In een aantal geschillen hield de beoordeling van de meerderjarigheid volgens de nationale wet van de betrokken vreemdeling in dat deze werd uitgesloten uit het toepassingsgebied van de betrokken wetgeving. Enerzijds bevatten wetten als de Arbeidswet ¹⁴ en de wet op de leerplicht ¹⁵ imperatief werkende bepalingen en worden zij beschouwd als politiewetten die als dusdanig toepasselijk zijn op allen die zich op het grondgebied bevinden. Anderzijds belet de afdwingbaarheid van deze regels op vreemdelingen blijkbaar niet dat een aantal vreemdelingen buiten het toepassingsgebied van de wet vallen, precies door verwijzing naar de nationale wet. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik, het Arbeidshof te Luik evenals het Hof van Cassatie ¹⁶ achtten de voor hen verschijnende vreemdelingen ontheven van de leerplicht nu zij volgens hun personeel statuut meerderjarig waren. De redenering in het geval dat voorlag bij het Hof van Cassatie, leidde ertoe dat de betrokken Turkse vrouw haar recht op werkloosheidsuitkeringen niet verloor: de vrijstelling van leerplicht maakte het immers mogelijk te besluiten dat de vrouw, doordat zij niet aan de leeftijdsgrens van de leerplicht onderworpen was, rechtmatig beroepsactief was, en haar rechten op werkloosheidsvergoeding niet verloor. In een kritische noot bij het arrest van het Hof van Cassatie, onder de veelzeggende titel «Emancipatie van jonge migrantenvrouwen: is de verlengde leerplicht een maat voor niets geweest?», bekritiseert Foblets de hardnekkige aanknopng door het Hof aan de nationaliteit van de betrokken Turkse vrouw in deze materie. In de materie van de jeugdbeschermingswetgeving toonde de wetgever zich naar aanleiding van de recente herziening van deze wet gevoelig voor de problematiek. Zowel het Hof van Beroep te Brussel als de Beroepskamer van het OCMW te Namen ¹⁷ hadden in de hun voorgelegde geschillen aanvaard dat de jeugdbeschermingsmaatregelen een einde namen bij de meerderjarigheid van de betrokkene zoals die bepaald wordt volgens diens nationale wet. In de wet van 2 februari 1994 ¹⁸ werd het woord «minderjarige» in art. 36, 4°, vervangen door de woorden «personen van minder dan achttien jaar ten volle», «teneinde iedere verwijzing naar het personeel statuut te vermijden. Aldus is deze wet

¹⁴ Over de consequenties van de territoriale werking van de Arbeidswet voor wat betreft het aan vreemdelingen opgelegde cultuurpatroon, zie HEYVAERT, A., «De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België», *R.W.*, 1981-82, (2221), 2241.

¹⁵ De term «minderjarige» in artikel 1 van de wet van 29 juni 1983 betreffende de leerplicht (*B.S.*, 6 juni 1983) werd door artikel 85 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 31 juli 1990 (*B.S.*, 18 augustus 1990) vervangen door de term «jongere».

¹⁶ Kort ged. Rb. Luik, 8 juni 1988, *J.Dr.Jeun.*, 1988, afl. 8, 48; Arrbh. Luik, 4 mei 1990, *T.S.R.*, 1991, 359; Cass., 25 november 1991, *T.V.R.*, 1993, 169, noot FOBLETS, M.-Cl. en *R.D.E.*, 1993, 317, noot FOBLETS, M.-C.

¹⁷ Brussel, 31 oktober 1988, *J.Dr.Jeun.*, 1989, afl. 2, 48; Brussel, 23 mei 1989, *J.Dr.Jeun.*, 1990, afl. 3, 23; Beroepsk. OCMW Namen, 12 november 1990, *J.Dr.Jeun.*, 1991, afl. 106, 48. Contra: Brussel, 26 november 1990, *J.Dr.Jeun.*, 1991, afl. 102, 37.

¹⁸ *B.S.*, 17 september 1994.

van politie en veiligheid zonder onderscheid op Belgen en vreemdelingen van toepassing». ¹⁹

5. Evenals in de wet op de jeugdbescherming en de wet op de leerplicht brengt de al dan niet inschakeling van I.P.R., met inbegrip van de daarin gehanteerde rechtstechnieken als exceptie van internationale Belgische openbare orde, ook in de sector van het verblijfs- en arbeidsrecht mee dat rechtssubjecten wel of niet binnen het toepassingsgebied van de regeling in kwestie vallen.

2° Familierechtelijk statuut en verblijfsrecht

6. I.P.R.-kwesties kwamen in het kader van het verblijfsrecht reeds aan bod naar aanleiding van de problematiek van consensuele huwelijken, ²⁰ consulaire huwelijken ²¹ en polygame gezinsrelaties. ²² Heyvaert ²³ heeft het hierbij over de selecterende invloed van de toepassing van de wetgeving op het verblijf en de vestiging van vreemdelingen op de mogelijke beleving van gezinsmodellen in België. De selectie waar Heyvaert het over heeft, is mede het resultaat van beleidspolitieke overwegingen betreffende toegang en verblijf van vreemdelingen, meer bepaald de angst voor massale immigratie via instituten die als mogelijke achterpoortjes worden beschouwd. Een samenhang tussen beleidspolitieke overwegingen, verwijzings- en erkenningsregels en oplegging van een gezinsmodel in de zin die Heyvaert aangeeft, is ook te herkennen in de sector van internationale adoptie ²⁴. Wat

betreft de Franse situatie werd in 1994 nog vastgesteld dat, terwijl voor Franse onderdanen bepaalde vormen van gezinsleven meer en meer in onbruik raken, voor vreemdelingen toch vereist wordt dat ze voldoen aan het traditionele gezinsmodel. ²⁵ Opdat vreemdelingen zich op een recht op gezinshereniging kunnen beroepen, vereist de Franse wet evenals de Belgische wet dat tussen de partners een huwelijk werd gesloten: noch een verlovings, ²⁶ noch een langdurig samenwonen verschaffen aan de vreemdeling een recht op verblijf.

7. Bij de selectie die via de verblijfswetgeving wordt doorgevoerd, bemoeilijken hinkende rechtsverhoudingen de beslissing over het verblijfsrecht. Dergelijke rechtsverhoudingen ontstaan onder meer naar aanleiding van louter burgerlijke huwelijken tussen Belgische en Marokkaanse onderdanen en tengevolge van afstammingsprocedures om en rond Marokkaans recht. Enerzijds kent het Marokkaanse recht immers niet het begrip *buitenhuwelijkse kinderen* en is adoptie er verboden. Anderzijds is het Belgische recht niet vertrouwd met het Marokkaanse instituut van de *khafala*. ²⁷ De verwerving van de Belgische nationaliteit biedt voor de betrokkenen in een hinkende rechtsverhouding niet noodzakelijk soelaas: bij behoud van de vreemde nationaliteit kunnen nog steeds twee rechtssstelsels geldingspretentie vertonen en strenge eisen formuleren betreffende de erkenning van de gezinsverhouding. De problematiek van de hinkende rechtsverhouding in combinatie met bipatridie evenals verblijfsrecht kwam scherp naar voren in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel. ²⁸ Een bipatride zeventienjarig meisje, naar Marokkaans recht reeds gehuwd, voldeed naar Belgische normen niet aan de leeftijdsvereisten om in het huwelijk te treden. Op advies van de ambtenaar van de burgerlijke stand wou zij ook naar Belgisch recht een geldig huwelijk sluiten. Als gewichtige reden om de in casu noodzakelijke vrijstelling van het leeftijdsvereiste te verkrijgen, voerde zij aan dat haar Marokkaanse echtgenoot zonder huwelijk niet langer in België mocht verblijven, zodat zijzelf hem naar het buitenland zou dienen te vergezellen en het voordeel van haar in België aangevatte studie zou verliezen.

8. Het feit een geldig huwelijk te hebben gesloten volstaat niet noodzakelijk om een beroep te kunnen doen op het recht op gezinshereniging. De wet formuleert voor een aantal categorieën vreemdelingen bijkomende vereisten, ²⁹ waarbij de geldigheid van het huwelijk niet wordt betwist

¹⁹ Wetsvoorstel, *Gedr.St., Kamer*, 1991-92, B.Z., nr. 532/1, 12.

²⁰ Vred. St.-Gillis, 27 december 1983, *T.Vred.*, 1985, 275; R.v.St., 4 maart 1993, *T.V.R.*, 1994, 18.

²¹ Kort. Ged. Rb. Brussel, 18 december 1991, *R.D.E.*, 1991, 480.

²² R.v.St., 20 januari 1983, *Adm.Publ.(M.)*, 1983, 20 (interpretatie van «kind ten laste» in een polygame gezinssituatie); R.v.St., nr. 24.400, 24 mei 1984; R.v.St., 9 juli 1986, *T.V.R.*, 1986, afl. 40, 13 (de omstandigheid dat op het ogenblik dat de Marokkaanse verzoekster België binnenkwam, het eerste huwelijk van haar echtgenoot was ontbonden, zodat de verzoekster overeenkomstig het Marokkaanse recht diens enige echtgenote was, leek voor de Raad richtinggevend; de Raad achtte het niet nodig te onderzoeken of het tweede huwelijk met de Belgische internationale openbare orde strijdig was) en R.v.St., nr. 48.817, 29 augustus 1994. Zie ook FOLETS, M.-Cl., *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Parijs, Karthala, 1994, 203 e.v. waar het ging om de ontzegging van verblijfsrecht aan de eerste echtgenote. Algemeen komt uit de rechtspraak van de Raad van State naar voren dat «gezinshereniging» van meerdere echtgenoten niet toegelaten is. Als het eerste huwelijk beëindigd is door overlijden of door echtscheiding, komt het tweede huwelijk wel in aanmerking als basis voor gezinshereniging, voor zover er geen problemen zijn m.b.t. de beperking in de tijd waarbinnen de in België verblijvende partner het recht op gezinshereniging zich kan beroepen (zie daarover de memorie van toelichting, *Gedr.St., Kamer*, 1983-84, nr. 756/1, 5, en het commissieverslag, *Gedr.St., Senaat*, 1983-84, nr. 660/2, 37).

²³ HEYVAERT, A., l.c., 2238, voornamelijk n.a.v. de uitsluiting van de categorie van de bijzit en de tweede en verdere echtgenotes in een polygaam gezin. M.b.t. de uitsluiting van ascendenten: verslag, *Gedr.St., Senaat*, 1983-84, nr. 660/2, 36.

²⁴ Men leze het commissieverslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de adoptie, *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, 256/2, 26. Bijzonder illustratief is de zinsnede in artikel 344, § 1, c, B.W. waar een conditie van inburgering (geobjectiveerd door verblijfsvoorwaarden) in hoofde van zowel de adoptant(en) als de geadopteerde wordt geformuleerd. Voor rechtspraak omtrent

«wettige redenen tot adoptie» in samenhang met het vreemdelingenrecht: Rb. Tongeren, 15 januari 1992, *T.B.B.R.*, 1993 (verkort), 173; Jeugdrb. Gent, 11 mei 1992, onuitg., aangehaald door LAMBEIN, K., «De internationale adoptie in het Belgische recht», *F.J.R.*, 1994 (163), 164 en Rb. Turnhout, 17 juni 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993 (verkort), 123.

²⁵ X, «De quel droit la famille défendre?», *Plein droit*, 1994, (5), 5 en 7.

²⁶ Zie daarover R.v.St., nr. 25.739, 17 oktober 1985, onuitg. en WALLEYN, L., «Afkondiging van huwelijksbeloften en onwettig verblijf», *T.V.R.*, 1994, (87), 87-88.

²⁷ Zie daarover Luik, 30 mei 1983, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1984, 55 en R.v.St., 27 juni 1991, *Arr. R.v.St.*, 1991, nr. 37.333.

²⁸ Brussel, 12 juli 1991, *J.T.*, 818, en *R.D.E.*, 1992, 315, met noot.

²⁹ Zie nog recent de wet van 6 augustus 1993 houdende wijziging van artikel 10, 11, 12 en 14 en invoeging van een artikel 12bis in de Vreemdelingenwet, *B.S.*, 26 oktober 1993 m.b.t. leeftijdsvereisten en de reeds in 1984 ingevoerde voorwaarde met betrekking tot de

maar in principe geen verblijfsrecht wordt verleend. De partnerrelatie die als grondslag dient voor het recht op gezinshereniging, moet bovendien gedurende een bepaalde tijd in stand gehouden worden. De vreemdeling die zich op het recht op gezinshereniging met een in België gevestigde of tot verblijf gemachtigde vreemdeling beroept, bevindt zich zodoende gedurende die tijdspanne in een van die partner afhankelijke verblijfspositie. Gedurende die tijdspanne wordt niet alleen vereist dat het huwelijk van de partners niet wordt doorbroken,³⁰ de partners moeten bovendien samenwonen³¹ of, voor een bepaalde categorie vreemdelingen, zich *samen vestigen*.³² In een aantal procedures blijft de toekenning van een verblijfsrecht niet beperkt tot een louter formeel onderzoek van het bestaan en voortduren van een juridisch erkende relatie van de betrokkenen en het vervullen van de voorwaarden: de gezinsrelatie staat soms bloot aan een inhoudelijke evaluatie, en dit zowel in de fase van de toekenning van het verblijfsrecht als bij maatregelen tot verwijdering van het grondgebied.³³ Die inhoudelijke evaluatie van de gezinsrelatie in het licht van de verblijfswetgeving komt het scherpst naar voor in het kader van de strijd tegen *fictieve huwelijken*.³⁴ Zoals blijkt uit het arrest van de Raad

van State van 17 september 1992,³⁵ kan de nietigverklaring van een fictief huwelijk bovendien weerslag hebben op het verblijfsrecht van andere personen dan de partners zelf. Bepaalde rechtspraak lijkt in de beoordeling van het fictief karakter van een bijzondere manier in te spelen op het *hinkend karakter* van de rechtsverhouding: de omstandigheid dat partijen geen bekommernis vertoonden het huwelijk, naar Belgisch recht gesloten, ook naar Marokkaans recht tot stand te brengen, vormde daarbij in de overwegingen van de rechter een aanduiding van het geveinsd karakter van het huwelijk.³⁶

9. Uit de arresten Berrehab tegen Nederland, Moustaquim tegen België en Beldjoudi tegen Frankrijk blijkt dat ook door het Europees Hof van Straatsburg,³⁷ bij de beoordeling van de al dan niet schending van het recht op respect van het gezinsleven door uitvoering van verwijderingsmaatregelen, een evaluatie van de gezinsrelaties wordt doorgevoerd.

B. De impact van vreemd I.P.R.

10. In de casus die behandeld werd door de raadkamer te Gent, zat er een verraderlijk addertje onder het gras: ook al gelden in Nigeria andere regels omtrent meerderjarigheid dan in België, dan had dit voor de betrokken vreemdeling nog geen verschil gemaakt indien hijzelf in België een domicilie had. Hier speelt namelijk het *renvoi*: wanneer de verwijzingsregels van het vreemde land waarvan we het gezinsmodel toepasselijk verklaren, zelf verwijzen naar de wet van het land van de woonplaats, verblijfplaats of van de zetel van het gerecht, aanvaarden we die terugverwijzing. In aangelegenheden van staat en bekwaamheid moet dus naar het I.P.R.³⁸ van het vaderland van de betrokkene gekeken worden. Erauw³⁹ formuleert het als zou een onderdaan van een *domi-*

trapsgewijze gezinshereniging (zie hieromtrent o.m. R.v.St., 15 juli 1992, R.D.E., 1992, 300, noot TAVERNE, M.) en de tijdspanne waarbinnen de betrokkenen zich op het recht op gezinshereniging kunnen beroepen. Strikt juridisch is de situatie hieromtrent van in België geboren kinderen van vreemdelingen niet duidelijk (cf. BEAUTHIER, G.-H., *Le droit des étrangers et le code de la nationalité*, Brussel, vie Ouvrière, 1984, 89-90).

³⁰ Zie daarover Vred. St.-Jans-Molenbeek, 17 februari 1978, J.T., 1979, 255, met noot RIGAUX, F.; VANDENBERGHE, L., «Enkele knelpunten in de controle op vreemdelingen, de controle op bestaansmiddelen en gezinsleven», *Panopticon*, 1980, 119-135. Voor een korte bespreking van de juridische consequenties van de al dan niet erkenning van een verstoting, raadplege men *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, CARLIER, J.-Y. en VERWILGHEN, M. (red.), Louvain-La-Neuve, Academia Louvain-La-Neuve, 1989, 28 en 63.

³¹ Zie daarover R.v.St., 20 oktober 1989, R.A.C.E., 1989, nr. 33.275 en T.V.R., 1990, afl. 58, 15, noot TAVERNE, M.; R.v.St., 24 november 1989, T.V.R., 1990, afl. 58, 18, noot TAVERNE, M. en meer recent R.v.St., nr. 49.497, 6 oktober 1994. Sommige auteurs hebben het hier over een «verbanningsrecht» (JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., «Nederlanders, wie zijn dat eigenlijk?», N.J.B., 1977, (589), 596, of «chantagemiddel» (CARLIER, J.-Y. en VERWILGHEN, M., o.c., 23-24) in handen van de reeds verblijfsrechtelijke partner. Een recente wetswijziging bracht aan deze bekritiseerde situatie weliswaar geen einde, maar toch enige verbetering door de tijdspanne te preciseren: zie de wet van 6 augustus 1993 houdende wijziging van de Vreemdelingenwet, B.S., 26 oktober 1993, en het ter uitvoering van deze wet uitgevaardigde K.B. van 3 maart 1994 (B.S., 8 maart 1994).

³² M.b.t. het recent ingevoerde vereiste zich samen te «vestigen» voor families van E.G.-onderdanen, zie FOLETS, M.-Cl., «De nieuwe vluchtelingenwet en het vreemdelingenbeleid in het algemeen: schrijft de wetgever met dubbel krijt?», in *De nieuwe Vluchtelingenwet. Commentaar op de wet van 6 mei 1993*, FOLETS, M.-Cl. en PARMENTIER, S. (red.), Gent, Mys & Breesch, 1993, (183), 194-197.

³³ Het staat evenwel niet aan alle overheden vrij een huwelijk op zijn merites te beoordelen en daar de overeenkomstige gevolgen aan te hechten: zie Arrbr. Brussel, 1988, T.V.R., 1988, 27 m.b.t. de inhoudelijke evaluatie van een gezinsrelatie door het OCMW.

³⁴ Zie hieromtrent Cass., 19 maart 1992, R.W., 1992-93, 158 en Rec. Arr. Cass., 1992, nr. 128-129 met noot SENAËVE, P., en de recente circulaire van 1 juli 1994 betreffende de omstandigheden waarin de

huwelijksvoltrekking door de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden geweigerd, B.S., 7 juli 1994.

³⁵ R.v.St., 17 september 1992, Arr. R.v.St., 1992, nr. 40.358.

³⁶ Zie Rb. Brussel, 17 januari 1984, Rev. Trim. Dr. Fam., 1986, 28 en Rb. Brussel, 31 maart 1992, T.B.B.R., 1994 (verkort), 75.

³⁷ E.H.R.M., 21 juni 1988 (Berrehab/Nederland), Publ. Hof, Reeks A, Vol. 138; E.H.R.M., 12 oktober 1989 (Moustaquim/België), Publ. Hof, Reeks A, Vol. 193 en E.H.R.M., 26 maart 1992 (Beldjoudi/Frankrijk), Publ. Hof, Reeks A, Vol. 234 A.

³⁸ Over de vraag of het in het kader van *renvoi* enkel de vreemde verwijzingsregels betreft, of ook de bevoegdheidsregels en regels van erkenning en uitvoering, zie FALLON, M., «Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge», J.T., 1978, (641), 641-642; FALLON, M., noot onder Rb. Brussel, 9 maart 1990, Rev. Trim. Dr. Fam., 1990, 412-414; FALLON, M., noot onder Cass., 4 november 1993, Rev. Trim. Dr. Fam., 1994, 497-507; FALLON, M., noot onder Cass., 29 september 1994, Rev. Trim. Dr. Fam., 1994, 520-524, en BOUCKAERT, F., «Renvoi verbannen uit de wet Rolin?», (noot onder Cass., 29 september 1994), Rec. Arr. Cass., 1995, 85-87.

³⁹ ERAUW, J., *Beginselen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 140. Hij wijst er evenwel op dat dit niet inhoudt dat de vreemdeling «geassimileerd» wordt aan een Belg voor wat betreft de toepassing van de wet van 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten minste één van de echtgenoten een vreemdeling is: zie ERAUW, J. en SPANOGHE, E., «Het huwelijk en de echtscheiding in het internationaal privaatrecht», T.P.R., 1982, (269), 292, en reeds vroeger ERAUW, J., «Echtscheiding door onderlinge toestemming van twee buitenlanders in België», R.W., 1978-79,

cilieland die vast in België verblijft via het renvoi om een *Belgisch personeel statuut* krijgen. Nigeria nu is zo'n domicilie-land en renvoi wordt in de materie van meerderjarigheid algemeen aanvaard. Het gaat er dan om uit te maken of de betrokkene inderdaad woonplaats heeft in België. In casu was dit volgens Lambein⁴⁰ niet het geval.

11. Onderdanen van landen die, evenals België, principeel de nationaliteitsaanknopning laten prevaleren, kunnen langs de omweg van het renvoi evenwel geen Belgisch personeel statuut verkrijgen. Zo kan de rechter geen gebruik maken van het zijsprongetje van het renvoi, om toepassing van Marokkaans recht te vermijden. Het Marokkaanse recht vertoont integendeel grote aanspraken op de regeling van de rechtspositie van eigen onderdanen die zich in het buitenland bevinden en staat aldus diametraal tegenover de tendensen in België vertrouwd Belgisch forumrecht toe te passen. Moulay Rchid⁴¹ heeft het hierbij over het *privilege de la nationalité* en het *privilege de la religion*.

III. De impact van nationaliteitsrecht en verblijfsrecht op geschillen van personen- en familierecht

A. De impact van nationaliteitsrecht

12. Nu het Belgische I.P.R. nog steeds de nationale wet van de vreemdeling aanwijst ter bepaling van het personeel statuut, is de potentiële invloed van Belgisch en vreemd nationaliteitsrecht op I.P.R.-regels vanzelfsprekend. De Belgische nationaliteitswetgeving interageert met de vreemde nationaliteitswetgeving: zij speelt in op de al dan niet toekenning, verkrijging of verlies van een vreemde nationaliteit.⁴² De wettelijke regelen tot toekenning en verkrijging van de Belgische nationaliteit zijn de laatste jaren versoepeld. Vanuit dit lichtpunt bekeken, kan Belgisch recht dan ook meer en meer toegepast worden op geschillen van staat en bekwaamheid. Lambein stelt hieromtrent: «Enerzijds zal door het kleiner worden van het aantal vreemdelingen de confrontatie met vreemde wetten, alsook het eigenlijk aantal voorvragen m.b.t. de staat en bekwaamheid afnemen. Anderzijds zal door de automatische verwerving van de Belgische nationaliteit het aantal bipatriden toenemen. Ingevolge artikel 3 van het Verdrag van Den Haag van 12 april

1930 worden zij hier toch als Belg beschouwd».⁴³ De evolutie in ons nationaliteitsrecht heeft tevens tot gevolg dat de hypothese van nationaliteitsgemengde gezinsverhoudingen sneller dan voorheen voorhanden is.⁴⁴ Voor deze hypothese staat het I.P.R. heden ten dage voor grote uitdagingen, wat betreft de te hanteren aanknopingsfactor, het tijdstip waarop de gelijkheid dan wel het verschil in nationaliteit beoordeeld moet worden,⁴⁵ de oplossing van het conflict mobile, de omgang met multipatridie,...

B. De impact van het verblijfsstatuut

1° Onmiddellijke impact op I.P.R.-regels

13. Voor een aantal vreemdelingen is het verblijfsstatuut beslissend voor het antwoord op de vraag welke verwijzingsregels dienen te worden gehanteerd: het persoonlijk statuut van vluchtelingen wordt, overeenkomstig artikel 12 van het Verdrag van Genève,⁴⁶ geregeld door de wet van het land van hun woonplaats of, indien ze geen woonplaats hebben, van het land van hun verblijf.⁴⁷ De vluchteling wordt geacht

⁴³ LAMBEIN K., «De wet van 13 juni 1991 tot wijziging van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit», *R.W.*, 1991-92, (548), 550. Artikel 3 van dit verdrag houdt evenwel slechts een potentialiteit in, geen verplichting. Maar artikel 1 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, de vestiging en verwijdering van vreemdelingen definieert de «vreemdeling» duidelijk als «al wie het bewijs niet aanbrengt dat hij de Belgische nationaliteit bezit». M.b.t. de oplossing van de kwestie van bipatridie in andere rechtsmateries: Brussel, 9 maart 1993, *F.J.F.*, 1993, 513 (m.b.t. fiscaal recht) en Cass., 30 juni 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1486 (m.b.t. uitlevering).

⁴⁴ Wat betreft de verwerving van de Belgische nationaliteit op basis van het huwelijk werd onlangs evenwel een verstrenging ingevoerd (artikel 4, wet 6 augustus 1993 tot wijziging van het wetboek van de Belgische nationaliteit en de wetten betreffende de naturalisatie, *B.S.*, 23 september 1993). De nationaliteitswetgeving biedt hier dus later dan voorheen de mogelijkheid de internationaliteit van de rechtsverhouding te neutraliseren. M.b.t. de weerslag van de evolutie van de Belgische nationaliteitswetgeving op de I.P.R.-regeling van die gezinssituaties waarbij een vrouw op grond van een vreemde nationaliteitswet door haar huwelijk automatisch de nationaliteit van haar echtgenoot verwerft, zie LENAERTS, K., «De vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap in het internationaal privaatrecht», in *Vereffening-gemeenschap van de huwelijksgemeenschap*, PINTENS, W. e.a. (red.), Antwerpen, Maklu, 1987, (140), 148 e.v.

⁴⁵ Zie daarover, n.a.v. het cassatiearrest van 25 mei 1992 m.b.t. artikel 224 B.W., COIPEL, N., «Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage», *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1993, (141), 159-160 en 168-169 en, n.a.v. het cassatiearrest van 16 juni 1994 m.b.t. echtscheidingsgevolgen, WYLLEMAN, B., «De wet van toepassing op de gevolgen van de echtscheiding in het algemeen en op de uitkering na echtscheiding in het bijzonder» (noot onder Cass., 16 juni 1994), *Rec. Arr. Cass.*, 1994, (309), 310.

⁴⁶ Verdrag betreffende de Status van Vluchtelingen en Bijlage, ondertekend te Genève, op 28 juli 1951, goedgekeurd bij wet van 26 juni 1953, *B.S.*, 4 oktober 1953.

⁴⁷ Cf. *Demandeurs d'asile, réfugiés: situation juridique et sociale en Belgique et dans quelques états européens*, CARLIER, J.-Y., DE RYCK, S. en DU BLED, S., Brussel, Larcier, 1986, 71-76 en RIGAUX, F., *Droit international privé. Tome 2: droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, p. 293, nr. 949, p. 341, nr. 1026, p. 388, nr. 1099, en p. 404, nr. 1123. Indien noch het domicilie, noch de verblijfplaats van de vluchteling be-

(20002), 2008. Zie hieromtrent ook Cass., 29 september 1994, *Rec. Arr. Cass.*, 1995, 87, met noot BOUCKAERT, F., en *Rev. Trim. Dr.Fam.*, 1994, 517, met noot FALLON, M.

⁴⁰ LAMBEIN, K., «Het belang van het domicilie bij meerderjarigheid en bekwaamheid in het internationaal privaatrecht» (noot onder Rk. Gent, 22 december 1993), *T.G.R.*, 1994, 107.

⁴¹ MOULAY RCHID, A., «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», in *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, CARLIER, J.-Y., (red.), Brussel, Bruylant, 1992, 143-177. Cf. MOULAY RCHID, A., «La réforme du Code de statut personnel marocain: une avancée dans la codification des droits de l'homme», *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1994, (429), 429. In deze aflevering van de *Revue Trimestrielle de Droit Familial* verscheen overigens ook een bespreking van drie (reeds ondertekende maar nog niet goedgekeurde) verdragen tussen België en Marokko m.b.t. I.P.R.-regels.

⁴² Zo de artt. 10 en 22 van de wet van 28 juni 1984 betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, *B.S.*, 12 juli 1984.

volledig met het land van zijn nationaliteit gebroken te hebben, in die mate zelfs dat er sprake is van een «*versteend*» huwelijksvermogensstelsel.⁴⁸ Hoewel Lienard-Ligny⁴⁹ met betrekking tot de echtscheiding door onderlinge toestemming de notaris tot voorzichtigheid aanmaant, wordt de vluchteling in de rechtspraak doorgaans geassimileerd met een Belg voor kwesties van personen- en familierecht. In die zin speelt het al dan niet verkrijgen van het statuut van vluchteling een determinerende rol op de I.P.R.-aspecten van de gezinsverhoudingen van de betrokkene. Zo zou een kandidaat-vluchteling die nog tijdens de asielprocedure huwt met een Belgische onderdaan of met een in België gevestigde of tot verblijf gemachtigde vreemdeling en die zich beroept op bepalingen van gezinshereniging ter regeling van het verblijfsstatuut, onder andere regels van personen- en familierecht vallen dan de kandidaat-vluchteling die de asielprocedure met succes doorloopt en het vluchtelingenstatuut verkrijgt, ook al ontstaat naderhand een gezinsrelatie die eveneens de grondslag vormt van een verblijfsrecht.⁵⁰

2° Belang verblijfsstatuut voor de uitbouw en instandhouding van gezinsrelaties

14. Ook voor niet-vluchtelingen vertoont het verblijfsstatuut belang voor de mogelijkheden van zowel uitbouw⁵¹ als instandhouding van hun gezinsrelaties. Recent wees Wal-

paald kan worden, dient volgens RIGAUX (*ibid.*, p. 294, nr. 949) subsidiair de *lex fori* toegepast te worden (cf. Rb. Brussel, 6 juli 1957, *Rev. Dr. Fam.*, 1957, 249).

⁴⁸ Zie daarover ERAUW, J., «Rechtsvraag: de wijziging van vreemd materieel recht en de vluchtelingen», *IUS*, 1979-80, 144-149.

⁴⁹ LIENARD-LIGNY, M., «Le divorce par consentement mutuel» in *Relations familiales internationales*, VERWILGHEN, M. en DE VALKEN- EER, R., (red.), Brussel, Bruylant, 1993, (5), 13-14. Vraag hierbij is of de betrokkene als vreemdeling dan wel als Belg moet worden beschouwd en dus respectievelijk hetzij van artikel 1 hetzij van artikel 2 van de wet van 27 juni 1960 toepassing moet worden gemaakt, met alle consequenties van dien wat het toegelaten type echtscheiding betreft. ERAUW bekritiseert de assimilatie en bespreekt de analogie met de oplossing die hieromtrent in het kader van renvoi wordt gegeven (zie hiervoor *supra*, randnummer 10).

⁵⁰ Mogelijk heeft het feit nog tijdens de asielprocedure in het huwelijk te treden met een Belgische onderdaan of een in België gevestigde of tot verblijf gemachtigde vreemdeling tevens weerslag op een ander vlak. We doelen hier op de rechtspraak van de Raad van State waarbij het recht op verblijf, ook in het kader van gezinshereniging, afhankelijk werd gemaakt van het aanvragen en het verkrijgen van een geldig visum bij een diplomatieke post in het land van herkomst. Men raadplege hierover BAMPs, Ch., «De incidentie van het huwelijk van een vreemdeling op een verwijderingsmaatregel» (noot onder R.v.St., 1 oktober 1993 en R.v.St., 22 oktober 1993), *Rec. Arr. R.v.St.*, 1994, 5; NYS, M., «Le droit au regroupement familial: nouvelles dispositions légales», *R.D.E.*, 1994, 3-26; SCARCEZ, M., «Le mariage d'un étranger avec un national ou assimilé l'exempte-t-il des formalités d'entrée sur le territoire?» (noot onder R.v.St., 30 juni 1993), *J.L.M.B.*, 1994, 21-22 en WALLEYN, L., «Onregelmatige binnenkomst en het recht op verblijf», *T.V.R.*, 1993, 3-6.

⁵¹ M.b.t. de moeilijkheden van een Pakistaans kandidaat-vluchteling om in België in het huwelijk te treden: Rb. Luik, 23 mei 1986, *Jur. Liège*, 1985-86, 421. Omtrent de mogelijkheid voor vreemdelingen in het huwelijk te treden werden in 1986 door senator LAFOSSE twee parlementaire vragen gesteld: *Vr. en Antw., Senaat*, 1986-87, 2 december 1986, 470 (Vr. nr. 118 LAFOSSE) en *Vr. en Antw., Senaat*,

leyn⁵² nog op de problemen die onwettig in België verblijvende vreemdelingen in een aantal Belgische gemeenten ondervinden in het huwelijk te treden voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Een heel andere kwestie dan de vraag naar de mogelijkheid een huwelijk in België te sluiten, is de vraag of de vreemdeling zich na dit huwelijk ook op een verblijfsrecht kan beroepen,⁵³ en in welke mate de omstandigheid van dit huwelijk de rechtmatigheid van eerder genomen bevelen het land te verlaten op de helling zet.⁵⁴ Uit het arrest Berrehab tegen Nederland van het Hof van Straatsburg⁵⁵ bleek hoezeer de afhankelijkheid van het verblijfsstatuut van de partner de mogelijkheid gezinsrelaties met het kind in stand te houden, kan bemoeilijken. Het Europees Hof besloot in casu dat het recht op eerbiediging van vader en dochter door de maatregelen van de Nederlandse autoriteiten werd geschonden. Eigenlijk blijven ook in België voor vreemdelingen de kansen tot instandhouding van hun gezinsrelaties precair tot het ogenblik dat zij de Belgische nationaliteit hebben verworven, en dus niet langer blootstaan aan het risico van uitzetting. In het arrest Moustaqim tegen België⁵⁶ wees het Europees Hof op de louter fictieve band van de Marokkaanse onderdaan met Marokko. Ook de Algerijn Beldjoudi had in het geschil Beldjoudi tegen Frankrijk⁵⁷ volgens het Hof geen enkele andere band met Algerije dan het feit dat hij de Algerijnse nationaliteit bezat. Volgens Parmentier is het na het arrest Beldjoudi wel duidelijk dat een geïntegreerde vreemdeling slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden uitgewezen kan worden zonder dat dit een schending uitmaakt van artikel 8 E.V.R.M. Het uitzonderlijk karakter van de omstandigheden is recht evenredig met de integratiegraad van de betrokkene, aldus Parmentier.

3° De modaliteiten van het verblijf in het licht van I.P.R.-regels

15. Ook naar aanleiding van procedures waarbij I.P.R.-regels aan bod kwamen, gingen een aantal rechters over tot een evaluatie van de modaliteiten van het verblijf van de betrokken vreemdeling: hierbij worden allereerst het aantal jaren verblijf van de vreemdeling in België in rekening gebracht, vervolgens gebeurt een inschatting van de band met personen die op Belgisch grondgebied verblijven. Een dergelijke evaluatie zou de rechter dan een beeld moeten geven van de mate van integratie van de vreemdeling in België.

1986-87, 18 november 1986, 336 (Vr. nr. 119 LAFOSSE). Zie ook *Vr. en Antw., Kamer*, 1992-93, 11 juni 1992, 3235 (Vr. nr. 99 Van Eetvelt).

⁵² WALLEYN, L., «Afkondiging van de huwelijksbeloften en onwettig verblijf», *T.V.R.*, 1994, afl. 2, 87-91.

⁵³ Zie daarover het Bericht betreffende het huwelijk van uit België teruggewezen of uitgezette vreemdelingen, *B.S.*, 4 juni 1982.

⁵⁴ Zie daarover o.m. R.v.St., 3 juli 1990, *R.A.C.E.*, 1990, nr. 35.353; R.v.St., 20 december 1990, *A.P.M.*, 1991, 13; R.v.St., 13 maart 1992, *R.A.C.E.*, 1992, nr. 38.996; R.v.St., 1 oktober 1993, *T.V.R.*, 1994, 131; R.v.St., 1 oktober 1993, *T.V.R.*, 1994, 132; Rb. Brussel, 9 oktober 1992, *T.V.R.*, 1993, 30.

⁵⁵ E.H.R.M., 21 juni 1988 (Berrehab/Nederland), *Publ. Hof*, Reeks A, Vol. 138.

⁵⁶ E.H.R.M., 18 februari 1991 (Moustaqim/België), *Publ. Hof*, Reeks A, Vol. 193: het betrof een uitgezette vreemdeling van de tweede generatie.

⁵⁷ E.H.R.M., 26 maart 1992 (Beldjoudi tegen Frankrijk), *T.V.R.*, 1993, afl. 66 → 9 (318), 321, noot PARMENTIER, S.

16. Enerzijds kan de veronderstelde integratie van de vreemdeling in de beslissing van de rechter een factor uitmaken die mede de aanwijzing van het op de gezinsverhouding toepasselijke recht bepaalt. Zo werd in de sector van de adoptie in de jaren tachtig ingegrepen op het niveau van de verwijzingsregel, en werd de normaal toepasselijke Marokkaanse wet opzijgeschoven wegens de louter theoretische binding.⁵⁸ In de sector van het huwelijksvermogensrecht werd in de jaren zeventig eveneens toepassing gemaakt van een *ontsnappingsclausule*, dit om de tot dan geldende aanknopingsaan de nationale wet van de man opzij te schuiven.⁵⁹ Het verzet van de rechtspraak tegen de traditionele aanknopingsfactor in geval van nationaliteitsgemengde huwelijken bleek ten dele geïnspireerd door overwegingen van gelijkheid tussen man en vrouw, ten dele door de overweging dat de aanknopingsbij de wet van de man niet altijd strookte met de realiteit. Ook heden ten dage blijkt bepaalde rechtspraak groot gewicht toe te kennen aan het recht van de plaats van de socio-economische inbedding, hetgeen soms uitloopt in een afwijking van de klassieke verwijzingsregel. Zowel voor als na het cassatiearrest van 10 april 1980⁶⁰ beoordelen een aantal rechters,⁶¹ niettegenstaande kritiek vanuit de rechtsleer,⁶² de wijzigbaarheid van het huwelijksvermogensstelsel volgens de wet van het gemeenschappelijk domicilie in plaats van de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit, precies om motieven van inburgering van de echtgenoten.⁶³ In deze gevallen was geen sprake van enig *conflit mobile*, een hypothese waarvoor de rechtspraak evenals de rechtsleer immers algemeen aanvaardt dat voor de veranderbaarheid en de grondvoorwaarden van de verandering van het contract of het wettelijk stelsel de actuele aanknopingsgebruikt mag worden.⁶⁴

17. Anderzijds behoudt de rechter in een aantal I.P.R.-kwesties wel de principiële aanknopings, maar acht hij het noodzakelijk het door de verwijzingsregel aangewezen recht terzijde te schuiven. De mogelijkheid hiertoe wordt, zoals reeds aangegeven, geboden door de techniek van de exceptie van de Belgische internationale openbare orde. Een evaluatie van de integratie van de betrokkene kan meespelen bij de hantering van deze exceptie: in een functionele benadering van de exceptie is de band van de casus met België immers van belang.⁶⁵ Inzake regels van erkenning van buitenlandse vonnissen speelt de mate van betrokkenheid met de Belgische rechtsorde eveneens een rol. In een casus rond de erkenning van een eenzijdige verstoting besliste de vrederechter te Lokeren⁶⁶ dat de verstoting in België niet kon worden erkend. De vrederechter overwoog dat de overwegingen betreffende ongelijkheid tussen man en vrouw en rechten van verdediging «inzonderheid van toepassing zijn voor partijen, die naar verluidt twintig jaar in België verblijven hetgeen in hun hoofde ongetwijfeld een mentaliteitswijziging moet hebben teweeggebracht.»

IV. Principiële blindheid voor het materieelrechtelijk voor- of nadeel

18. In de sector van het personen- en familierecht preten-deren de verwijzingsregels aan te sluiten bij het voor betrokkenen meest vertrouwde rechtsstelsel. Het *voordeel* voor de betrokkenen moet in dit licht niet bekeken worden op het niveau van de materieelrechtelijke uitkomst van het rechtsgeding, maar op het niveau van de verwijzingsregel, namelijk de gunst het door hen meest gekende en doorvoelde recht toe te passen.⁶⁷ De verwijzingsregels zoals uitgewerkt door Von Savigny zijn, althans in principe, blind voor het resultaat. De neutrale verwijzingsregel die aanknoopt bij de eigen nationale wet dient evenwel niet noodzakelijk de privé-belangen. Vandaar de volgende passage uit het boek van Deelen,⁶⁸ met de sprekende titel «De blinddoek van Von Savigny»: «(...) een conflictenrechtelijk systeem (...) waarin – gelijk sinds Von Savigny het geval is – het toepasselijke recht zo te zeggen in den blinde wordt aangewezen; waarin – naar een beeld dat, ik meen Cavers van Harvard Law School eens heeft gebruikt – het toe te passen recht vanzelf uit de hoed komt wanneer men maar aan het touwtje met het juiste aan-

daarover COIPEL, N., «Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage», *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1993, (141), 147; LENAERTS, K., «De ver-effening-verdeling van de huwelijks-gemeenschap in het internationaal privaatrecht», *l.c.*, 161; RIGAUX, F. en FALLON, M., *o.c.*, p. 649, nr. 1448.

⁶⁵ Zo bv. Jeugdrb. Brussel, 23 juli 1980, *Jur. Adm. Inf.*, 1981, 17 en Jeugdrb. Brussel, 12 mei 1982, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1983, 198, bevest. Brussel, 9 november 1982 (in procedures van adoptie); Rb. Brussel, 22 november 1988, *T.V.R.*, 1988, 18 (in een procedure van betwisting van het vaderschapsvermoeden van de echtgenoot, hoewel uit het vonnis niet met zekerheid afgeleid kan worden in welke mate de rechtbank zich liet leiden door het Belgisch domicilie van de partijen).

⁶⁶ Vred. Lokeren, 23 september 1988, *T.V.R.*, 1989, afl. 51, 27.

⁶⁷ Cf. HEYVAERT, A., «Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht (pre-dadvies)», *R.W.*, 1991-92, (1194), 1202.

⁶⁸ DEELEN, J., *De blinddoek van Von Savigny*, Amsterdam, Scheltema & Holkema, 1966, 5.

⁵⁸ Zie o.m. Jeugdrb. Turnhout, 20 februari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2741, noot LENAERTS, K. Daartegenover werd de band met Marokko benadrukt in Jeugdrb. Brussel, 15 april 1985, *T.Vred.*, 1986, 18, noot ERAUW, J.

⁵⁹ Bergen, 22 oktober 1975, *Rev. Not. B.*, 1976, 520, noot VAN DER ELST, R.

⁶⁰ Cass., 10 april 1980, *Pas.*, 1980, I, 968, met concl. adv.-gen. VELU. Het Hof besliste dat het huwelijksvermogensstelsel van echtgenoten met gelijke nationaliteit «in beginsel» onderworpen is aan het stelsel van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit.

⁶¹ Zie o.m. Rb. Charleroi, 24 oktober 1979, *Rev. Not. B.*, 1980, 179; Rb. Doornik, 3 september 1981, *Rev. Not. B.*, 1981, 561, noot F.L.; Rb. Brugge, 14 mei 1985, *T. Not.*, 1985, 174. Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen (Antwerpen, 11 januari 1988, *T. Not.*, 1991, 141, noot VAN HOVE, E.) mag bovendien bij ernstige huwelijksmoeilijkheden die dringend een oplossing vereisen Belgisch recht toegepast worden indien de situatie een voldoende band vertoont met België.

⁶² Zie o.m. LAMBEIN, K., «Enkele beschouwingen i.v.m. de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel van een Italiaans echtpaar in België» (noot onder Luik, 13 september 1990), *T. Not.*, 1994, (41), 42.

⁶³ Het «betrokkenheidselement» werd bovendien door ERAUW in het kader van het huwelijksvermogensrecht naar boven gebracht in verband met de werking in de tijd van de verwijzingsregel voor nationaliteitsgemengde huwelijken (ERAUW, J., «Het intertemporeel internationaal privaatrecht, en de toepassing ervan in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1979, 1-27). Omtrent deze werking in de tijd, zie Cass., 9 september 1993, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1994, 471, met noot COIPEL, N.

⁶⁴ Verschillen in opvatting blijken wel te bestaan rond de vraag wanneer precies een dergelijk conflict mobile voorhanden is. Zie

knopingspunt trekt. Wat dan te voorschijn komt, kon wel eens tegenvallen.» Het voorgaande komt scherp naar voren in een rechtsgeding tussen een Italiaanse man en een Belgische vrouw, twistend over de op hun huwelijksvermogensstelsel toepasselijke wet: de Italiaanse man beriep zich in casu op Belgisch recht, terwijl zijn Belgische echtgenote Italiaans recht wou laten prevaleren.⁶⁹ De complexiteit van het I.P.R. maakt dit alles mogelijk.

19. Een recent Nederlands colloquium droeg de veelzeggende titel: «I.P.R. een basisvak of mandarijnenwetenschap?»⁷⁰ Enerzijds werd door de deelnemers gewezen op de bijna onoverbrugbare kloof die is ontstaan tussen theorie en praktijk van het I.P.R. als gevolg van de discussies in wetenschappelijke kringen over de methode en grondslagen van het I.P.R. Anderzijds werd toch het concrete belang van de uitslag van academische discussies onderkend. Het voorgaande geldt evenzeer voor de Belgische situatie. Ook Erauw⁷¹ had het reeds over het academische karakter van het I.P.R.

20. Maar moge het I.P.R. dan al een «raar» vakgebied zijn, zijn scharnierfunctie is niet te ontkennen. Het I.P.R. leent zich in de sector van het personen- en familierecht tot talrijke sleutelmogelijkheden ter sturing van het te bereiken materieelrechtelijk resultaat.⁷² Met I.P.R.-regels kan bovendien, op een verder vlak, gesleuteld worden aan andere rechten. De deur die tussen enerzijds het personen- en familierecht

van vreemdelingen, anderzijds een reeks andere rechtsdoemenen als verblijfsrecht bestaat, is veelal echter ondoorzichtbaar. Soms keert de toepassing van I.P.R. zich tegen de rechtzoekende. Maar in een reeks gevallen maken technieken van het I.P.R. dat de passende sleutel op het slot gevonden wordt ter verwerkelijking van de juridische streefdoelen van de rechtzoekende. De weerslag van hantering van het I.P.R. voor vragen van staat en bekwaamheid laat zich als in een domino-effect voelen op een verder gelegen vlak. Zo werd het recht op werkloosheidsuitkeringen van de Turkse vrouw toegekend door haar ontheven te achten van de schoolplicht, welke ontheffing op haar beurt mogelijk was door toepassing van haar nationale wet. Voor de Nigeriaan die verscheen voor de raadkamer te Gent kreeg de beoordeling van de wettigheid van zijn vrijheidsberoving een gunstige wending, precies door de inschakeling van zijn nationale wet.

21. Het gaat bij dit alles echter om een «schurend» scharniertje: er is de discussie over de grondslagen van het I.P.R.; het ambitieus uitgangspunt van aansluiting bij het meest betrokken recht verwordt in de concrete toepassing tot een louter juridische fictie indien de band met het land van herkomst volledig «verwaterd» is en toch wordt aangeknoopt bij vreemd nationaliteitsrecht, of integendeel wanneer door de conflictregel verwezen wordt naar Belgisch recht terwijl de betrokkenen toch blijvend georiënteerd zijn op vreemd recht en volledig bij die vreemde rechtscultuur aansluiten. De hantering van bepaalde I.P.R.-technieken komt soms geforceerd over. Deelen⁷³ schreef reeds in 1966 dat men «al eens frequenter, een soms meer soms minder uitgesproken neiging kan bespeuren om zich, bij de selectie der toe te passen wet, van de door Von Savigny aangereikte blinddoek te ontdoen». Als wij de beeldspraak van Deelen volgen en nog verder doortrekken, dan is er voor degene die de abstracte regels van het I.P.R. moet hanteren niet alleen de verleiding onder de blinddoek van Von Savigny naar de inhoud van het normaal toepasselijk recht door te gluren, maar eveneens de verlokking door het sleutelgat van de deur tussen personen- en familierecht en andere vakgebieden te gluren.

Veerle VAN DEN EECKHOUT
Assistente K.U.Leuven

van de 'renvoi' of door het amputeermes van de openbare-orde-exceptie anders beoordeeld worden.»

⁷³ DEELEN, o.c., 10.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 OKTOBER 1993
Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete
Openbaar ministerie: de h. De Swaef
Advocaat: mr. De Gryse

Koop – Vrijwaring voor verborgen gebreken – Opeenvolgende verkopers – Gehoudenheid in solidum – Bijdrage van de verkopers in hun onderlinge verhouding

Als de koper van een zaak die met een verborgen gebrek behept is, de teruggave van de prijs en schadevergoeding vordert tegen opeenvolgende verkopers en de rechter aanneemt dat zij in solidum moeten worden veroordeeld, moet ieder van de verko-

pers in hun onderlinge verhouding slechts instaan voor de terugbetaling van de door hem verkregen verkoopprijs, verhoogd met het aandeel van de vergoeding van de schade die aan hem te wijten is.

B.V.B.A. A. t/ P, B. en H.

Gelet op het bestreden arrest, op 31 januari 1991 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Overwegende dat de appelrechters beslissen dat «partijen A. en P. elkaar vrijwaring zijn verschuldigd tot beloop van de helft van de sommen die in dezen door partij H. op één van hen zou worden verhaald»;

Overwegende dat, indien de verkoper de gebreken van de zaak gekend heeft, hij niet alleen gehouden is tot teruggave van de prijs die hij ervoor ontvangen heeft, maar bovendien tot vergoeding van alle schade aan de koper;

Dat als de koper de teruggave van de prijs en schadevergoeding vordert tegen opeenvolgende verkopers en de rechter aanneemt dat zij in solidum moeten worden veroordeeld, ieder van de verkopers in hun onderlinge verhouding slechts hoeft in te staan voor de terugbetaling van de door hem verkregen verkoopprijs, verhoogd met het aandeel van de vergoeding van de schade die aan hem te wijten is;

Dat de appelrechters, die, na te hebben vastgesteld dat eiseres een koopprijs van 463.500 frank had gevraagd, dat de koper H. recht had op terugbetaling van de door hem aan P. betaalde koopprijs van 1.015.300 frank en op 119.416 frank schadevergoeding, niet zonder schending van de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen konden beslissen dat eiseres en de verweerder sub 1 elkaar vrijwaring zijn verschuldigd tot beloop van de helft van de sommen die door de koper H. op één van hen zouden worden verhaald;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 20 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Waûters

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Arbeidsovereenkomst – Overeenkomst – Wet van de partijen – Herroeping – Werkgever – Gezag – Duur van de overeenkomst – Eenzijdige wijziging – Jus variandi

Het voorschrift van art. 1134 B.W., volgens hetwelk wettig aangegane overeenkomsten de partijen tot wet strekken en slechts met hun wederzijdse toestemming kunnen worden herroepen, is ook toepasselijk op de arbeidsovereenkomsten. De voor deze overeenkomsten kenmerkende gezagsverhouding of hun duur vormen op zichzelf voor de werkgever geen grond voor een eenzijdige wijziging of herroeping van de overeengekomen voorwaarden.

B. t/ N.V. B.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 januari 1993 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het eerste onderdeel van het middel: schending van de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek, 20, enig lid, 1° en 3°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, en voor zoveel nodig 4 en 89 van dezelfde wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing, na te hebben vastgesteld dat het geschil betrekking had op de regelmatigheid van door verweerster doorgevoerde wijzigingen aan eisers arbeidsovereenkomst, en na erop te hebben gewezen dat eiser om de toepassing verzocht van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek en dat «krachtens deze wetsbepaling wordt aangenomen, steeds volgens (eiser), dat het recht van de werkgever om eenzijdig arbeidsvoorwaarden te wijzigen enkel bestaat in zoverre de partijen het voorwerp van de arbeidsplicht bij het aangaan van de overeenkomst onbepaald hebben gelaten, of anders uitgedrukt, alleen de niet bedongen arbeidsvoorwaarden vatbaar (zijn) voor wijziging, voor zover het dan nog geen eenzijdige, belangrijke of essentiële arbeidsvoorwaarden betreft», oordeelt: «Het onderscheid alzo voorgesteld door (eiser) wordt door het hof verworpen; immers, het zo strikt toepassen van art. 1134 B.W. zou leiden tot een volkomen immobilisme, zodat de uitvoering van de overeenkomsten die zich uitstrekken over een langere periode, zo niet onmogelijk, dan toch uiterst moeilijk wordt; zodoende, en daarmee is de rechtspraak het eens, kunnen en mogen vastgelegde overeenkomsten gewijzigd worden, voor zover de essentie en de geest ervan niet aangetast worden. Ook de arbeidsovereenkomst ontsnapt niet aan die regel, zodat de werkgever op grond van de voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagsverhouding het recht heeft eenzijdig de arbeidsovereenkomst te wijzigen, voor zover weliswaar de essentiële voorwaarden ervan niet worden aangetast; of anders uitgedrukt, de werknemer dient een minimum aan soepelheid aan de dag te leggen, de werkgever moet de essentiële rechten van zijn werknemer waarborgen en eerbiedigen»;

en doordat het arbeidshof bij de toepassing van dit principe op de onderhavige zaak, meer bepaald met betrekking tot het loonaspect, aanneemt dat «moeilijk te ontkennen (valt) dat de vastlegging van het loon een diepgaande wijziging heeft ondergaan», doch oordeelt dat «er ontegenzeggelijk een gegronde reden (bestond) om de berekeningswijze van het loon aan te passen», en bij het onderzoek of aldus nochtans niet de materiële en morele belangen van de werknemer werden gekrenkt, een vergelijking van de loonsystemen doorvoert waarbij het vaststelt dat eisers vergelijking, op grond van een streefcijfer van 31.000.000 frank, minstens twee vergissingen inhield, namelijk: «Enerzijds heeft hij geen rekening gehouden met de 13e maand, hem contractueel toegezegd, anderzijds werd het commissieloon van 1% toegekend op het volledige zakencijfer en niet op een gedeelte ervan», waarna het de loonberekeningen vergelijkt op grond van «het zakencijfer gerealiseerd door (eiser) in de loop van het jaar 1990 en dat bedroeg 27.714.500 frank», waaromtrent het besluit: «Deze nuchtere cijfers liegen er niet om; de nieuwe wedderregeling is duidelijk voordeliger voor de vertegenwoordiger dan de vorige; het loon blijkt dus

in de huidige stand van zaken geen hinderpaal te vormen voor de aanvaarding van de nieuwe overeenkomst»;

...

Overwegende dat krachtens artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan tot wet strekken van de partijen die ze hebben aangegaan en niet kunnen worden herroepen dan met hun wederzijdse toestemming of op gronden door de wet erkend;

Dat die wetsbepaling op arbeidsovereenkomsten toepasselijk is;

Dat die bepaling, op zich beschouwd, inhoudt dat de werkgever, tenzij anders is bedongen, niet eenzijdig de overeengekomen voorwaarden kan wijzigen of herroepen;

Dat de gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst kenmerkt, en de tijd waarover de overeenkomst wordt uitgevoerd, alleen daartoe geen grond opleveren;

Overwegende dat het arrest, door anders te oordelen, artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

– NOOT – Bovenstaand cassatierecht houdt in dat de werkgever niet het recht heeft enig element van de gesloten arbeidsovereenkomst - zij het een niet essentieel bestanddeel – eenzijdig te wijzigen met een beroep op de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagshouding of op de duur van de overeenkomst. Het bestaan van een *jus variandi* aan de zijde van de werkgever wordt aldus verworpen.

De conclusie daaruit moet zijn dat een eventuele wijzigingsbevoegdheid voor de werkgever moet berusten op de wil van beide partijen. Die wil kan bv. hieruit blijken dat de overeenkomst de bepaling van de door de werknemer uit te voeren taken aan de werkgever overlaat (in die zin: W. Rauws, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst*, 316 en 317; M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, I, nr. 119; in andere zin: J. Steyaert, G. De Ganck, L. De Schrijver, *Arbeidsovereenkomst*, nr. 239.7 e.v.).

Zie ook Patrick Humblet, «Ius dominandi of ius variandi: what's in a name?», *R.W.*, 1994-95, 241.

J.R.R.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 DECEMBER 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Verbist

Gemeenschap en gewest – Rechtsopvolging van de Staat – Overgedragen goederen – Onbevaarbare waterlopen – Art. 57, §§ 2 en 5, Financieringswet 1989

Wanneer een gerechtelijke procedure hangende is inzake de verplichtingen die in rechtstreeks verband staan met de aan de gewesten overgedragen goederen, te dezen de onbevaarbare waterlopen, blijft de Staat slechts schuldenaar van de verplichtingen waarover vóór 1 januari 1989 een in kracht van gewijsde gegane beslissing was geweest.

Belgische Staat t/ De L. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 29 juni 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat het arrest het beroepen vonnis bevestigt dat vaststelt dat de verweerders de Belgische Staat hebben gedagvaard op grond dat een gebouw dat hun eigendom is of dat zij exploiteren, op 12 april 1985 werd getroffen door wateroverlast afkomstig van de achterliggende beek; dat dit vonnis beslist dat de schade te wijten is aan de gebreken van een duikerhoofd dat door de Staat was aangelegd en toen onder zijn bewaring was; dat het vonnis de Staat op grond van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek veroordeelt de geleden schade te betalen;

Overwegende dat de Gewesten, ingevolge het bepaalde in artikel 61, § 1, eerste lid, van de Financieringswet van 16 januari 1989, tenzij in deze wet anders wordt bepaald, de verplichtingen hebben overgenomen die betrekking hebben op de bevoegdheden die hun zijn toegekend bij de wet van 8 augustus 1988 tot hervorming der instellingen, met inbegrip van de verplichtingen die voortkomen uit hangende gerechtelijke procedures;

Dat artikel 61, § 2, van de voornoemde Financieringswet bepaalt dat de artikelen 1, 2 en 8 van de wet van 5 maart 1984 betreffende de saldi en lasten van het verleden van de Gemeenschappen en Gewesten en betreffende de nationale economische sectoren, van toepassing blijven, voor zover zij verwijzen naar aangelegenheden bedoeld bij de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en bij de wet tot oprichting van gemeenschaps- en gewestelijke instellingen, gecoördineerd op 20 juli 1979, zonder dat rekening wordt gehouden met de wijzigingen die in deze wetten zijn aangebracht na de inwerkingtreding van voornoemde wet van 5 maart 1984;

Dat de in het voren bedoelde artikel 61, § 1, van de Financieringswet bepaalde rechtsopvolging aldus beperkt is tot de bevoegdheden die aan de Gemeenschappen en Gewesten werden overgedragen bij voornoemde wet van 8 augustus 1988;

Dat, overeenkomstig artikel 6, § 1, III, 8°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, de Gewesten bevoegd zijn voor de landbouwhydraulica en de onbevaarbare waterlopen; dat de voornoemde wet van 8 augustus 1988 de bevoegdheid voor de aangelegenheden van «landbouwhydraulica en de onbevaarbare waterlopen» niet aan het Gewest heeft overgedragen, zodat de rechtsopvolging bedoeld in artikel 61, § 1, te dezen niet kon worden vastgesteld door de appelrechters;

Overwegende evenwel dat, krachtens artikel 57, § 2, van de Financieringswet van 16 januari 1989, de goederen van de Staat die ressorteren onder de bevoegdheid van de Gewesten krachtens artikel 6, § 1, III, 8°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en die in het Vlaamse Gewest zijn gelegen, aan het Vlaamse Gewest zonder vergoeding worden overgedragen;

Dat, krachtens artikel 57, § 5, eerste lid, van die Financieringswet, de Gemeenschappen en de Gewesten de rechten en de verplichtingen overnemen van de Staat betreffende de hen krachtens dit artikel overgedragen goederen, met inbegrip van de rechten en verplichtingen verbonden aan han-

gende en toekomstige gerechtelijke procedures; dat, krachtens artikel 57, § 5, tweede lid, de Staat echter de verantwoordelijkheid blijft dragen voor de verplichtingen waarvan de betaling of de uitvoering kon worden geëist voor de eigendomsoverdracht wat de goederen betreft waarvan sprake is in dit artikel;

Dat, wanneer een gerechtelijke procedure hangende is inzake de verplichtingen die in rechtstreeks verband staan met de aan de Gewesten overgedragen goederen, te dezen de onbevaarbare waterlopen, de Staat enkel schuldenaar blijft van de verplichtingen waarover vóór 1 januari 1989 een in kracht van gewijsde gegane beslissing was gewezen;

Dat het arrest dat na die laatste datum de Staat, als bevaarder van de onbevaarbare waterloop, veroordeelt de gevolgen van de overstroming te dragen, artikel 57, § 5, van de Financieringswet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 27 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: mevr. De Raeye

Advocaten: mrs. Geinger en Nelissen Grade

1. Gewijsde (rechterlijk) – Arbeidsovereenkomst – Achterstallig loon – Veroordelend vonnis – Geschilpunt – Bruto- of nettobedrag – 2. Sociale zekerheid werknemers – Niet ingehouden werknemersbijdragen – Verhaal op de werknemer – Toepasselijke wetgeving – 3. Burgerlijke rechtspleging – Gerechtskosten – Tenuitvoerlegging – Beslagrechter

1. Wanneer de arbeidsrechtbank de werkgever heeft veroordeeld tot betaling van achterstallig loon, zonder te preciseren of het bruto- dan wel nettoloon betreft, en niet blijkt dat op dit stuk een betwisting aanhangig was, is het bruto- of nettokarakter van het toegekende bedrag geen geschilpunt geweest en heeft het vonnis daarover geen uitspraak gedaan. Op dat punt bezit het dan ook geen gezag van rechterlijk gewijsde.

2. Daar art. 26, eerste lid, S.Z.-wet 1969 de werkgever verbiedt de S.Z.-bijdragen die hij niet te bekwaam tijd heeft ingehouden, op de werknemer te verhalen, is dienaangaande de toepassing van de artt. 1376 en 1377 B.W., betreffende het onverschuldigd betaalde, uitgesloten. Voormelde wetbepaling wordt geschonden door het arrest dat beslist dat de werknemer de werknemersbijdrage voor de sociale zekerheid die hem onrecht is betaald, verschuldigd is aan de werkgever.

3. Uit de veroordeling van een partij in de kosten van het geding volgt, krachtens art. 1024 Ger.W., dat ook de kosten van tenuitvoerlegging ten laste van die partij komen.

Voor betwistingen omtrent de rechtmatigheid van tenuitvoerleggingen is uitsluitend de beslagrechter bevoegd (art. 1395 Ger.W.).

D. t/ H.

Gelet op de bestreden arresten, op 15 september 1992 en op 15 juni 1993 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het eerste middel: (...)

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het vonnis van 23 november 1987, tussen partijen gewezen, verweerder bij verstek veroordeelde tot betaling van achterstallig loon, zonder te preciseren of het bruto- dan wel nettoloon betrof;

Overwegende dat het gezag van het rechterlijk gewijsde beperkt is tot wat de rechter heeft beslist over een punt dat in betwisting was en tot wat, om reden van het geschil dat voor de rechter was gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, de noodzakelijke grondslag, al zij het impliciet, van de beslissing uitmaakt;

Overwegende dat niet is aangevoerd en uit de vermeldingen van het hiervoren bedoelde vonnis evenmin blijkt dat voor de arbeidsrechtbank een betwisting hangende was over de vraag of verweerder bruto- dan wel nettoloon verschuldigd was;

Dat, nu dat punt geen geschilpunt was, het vonnis over dat punt geen uitspraak heeft gedaan;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het vierde onderdeel betreft:

Over de grond van niet-ontvankelijkheid: het onderdeel kan niet tot cassatie leiden ingevolge de bepalingen van de artikelen 1376 en 1377 van het Burgerlijk Wetboek;

Overwegende dat het verbod om de niet-ingehouden werknemersbijdrage voor de sociale zekerheid op de werknemer te verhalen, waarop het onderdeel zich beroept, de toepassing van de artikelen 1376 en 1377 van het Burgerlijk Wetboek uitsluit;

Over het onderdeel zelf:

Overwegende dat, naar luid van artikel 26, eerste lid, van de Sociale-Zekerheidswet van 27 juni 1969, de werkgever de werknemersbijdrage waarvan hij de inhoudingen te bekwaam tijd nagelaten heeft te verrichten, niet op de werknemer mag verhalen;

Overwegende dat het arrest van 15 juni 1993 die bepaling schendt door te oordelen dat eiseres, werknemster, de werknemersbijdrage voor sociale zekerheid die haar onrecht door verweerder, haar werkgever, werd uitbetaald, aan verweerder verschuldigd is;

Dat het onderdeel gegrond is;

Over het tweede middel: (...)

Overwegende dat uit het bovenvermelde overgelegde vonnis blijkt dat verweerder veroordeeld werd in de kosten van het geding; dat met toepassing van artikel 1024 van het Gerechtelijk Wetboek die beslissing inhoudt dat ook de kosten van tenuitvoerlegging ten laste komen van verweerder;

Overwegende dat het arrest van 15 juni 1993 beslist dat de kosten van de tenuitvoerlegging van bovengenoemd vonnis ten laste van eiseres komen en haar veroordeelt tot betaling van het bedrag van 49.245 frank, op grond dat het in de gegeven omstandigheden voor eiseres niet nodig was over te gaan tot tenuitvoerlegging van het vonnis;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 1395 van het Gerechtelijk Wetboek de beslagrechter bevoegd was om een geschil betreffende de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging uitspraak te doen;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER – 14 SEPTEMBER 1994

Voorzitter: de h. Degraeve

Raadsheren: de hh. Staessens en Delbeke

Advocaten: mrs. Moeyskens, De Loose, De Clerck en

Verbeke

Vervoer – C.M.R. – Stuwng door de afzender – Aanwijzingen van de vervoerder – Ontheffingsgrond – Bewijsvoering

Het C.M.R.-Verdrag laat de vraag op wie de stuwingsverplichting rust, onbeantwoord.

Als de lading en de stuwng verricht zijn door de afzender «onder aanwijzing» van de chauffeur, moet nagegaan worden waarin die aanwijzing bestaan heeft. Te dezen blijkt dat ze zich beperkte tot aanwijzing van zichtbare gebreken in de stuwng, maar dat deze niet gebrekkig voorkwam.

Uit de bepalingen van art. 17, lid 1 en lid 4, c, C.M.R. vloeit het principe voort dat wie de stuwng uitvoert, daarvoor verantwoordelijk is en moet zorgen dat ze «vervoersbestendig» is.

Het beroep van de vervoerder op de ontheffing van art. 17, lid 4, c, kan doelmatig afgeweerd worden door aan te tonen dat hij tijdens de uitvoering van het transport een fout begaan heeft. Het maken van een draaiende beweging is een normaal risico en zeker geen abnormaal maneuver of een rijfout. De stuwng moet tegen zo'n normaal maneuver of een rijfout. De stuwng moet tegen zo'n normaal vervoersrisico bestand zijn.

Van een vervoerder kan niet geëist worden dat hij grenzeloos gespecialiseerd is en dat hij kennis heeft van de risico's die eigen zijn aan de bijzondere aard van de vervoerde goederen.

N.V. U. e.a. t/ A. Ltd. en B.V.B.A. B.

Het in rechtsgeldige vorm ingesteld hoger beroep betreft het vonnis van 26 september 1989, op tegenspraak gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Brugge, tweede kamer, waarbij de vordering van appellanten ongegrond verklaard werd en meteen vastgesteld werd dat de door beide geïntimeerden ingestelde vorderingen tot vrijwaring zonder voorwerp vielen.

...

2. Ingevolge opdracht van 3 mei 1984, heeft eerste geïntimeerde A. aanvaard om voor rekening van de N.V. U. zes trailers met houtspaanderplaten te vervoeren van Ooigem naar Howden (U.K.).

Blijkens C.M.R.-vrachtbrief van 4 mei 1984 werd die opdracht, wat de trailer («flat») A304 en het traject van Ooigem naar de haven van Inningham (U.K.) betreft, uitgevoerd door de B.V.B.A. B., tweede geïntimeerde, als ondervervoerder (de vrachtbrief vermeldt «Cobelfret Inningham» als plaats van aflevering).

Deze door U. met 276 spaanderplaten beladen trailer werd door een chauffeur van tweede geïntimeerde met trekker naar Zeebrugge gebracht en daar nog dezelfde dag door de zeevervoerder N.V. Cobelfret in goede staat in ontvangst genomen («in good order and condition») en aan boord gebracht van de M.V. Stena Transporter.

Bij aankomst te Inningham op 8 mei 1984, na een overtocht die blijkens het logboek van de kapitein plaatsvond bij

zwaar weer, noorderwind met windkracht 7, maar zonder bovenmatig stampen en rollen van het schip («Heavy sea and swell, pitching and rolling moderately – wind N – force 7»), werd door Cobelfret vastgesteld dat de lading naar rechts overhelde. De trailer werd in die toestand aan wal getrokken, maar toen de bestuurder van het slepend voertuig («tug-master driver») daarbij een draaiende beweging uitvoerde, is een deel van de vracht op de grond gevallen.

Partijen blijven het oneens omtrent de aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen en de gevorderde schadevergoeding.

3. De door de eerste rechter bij tussenvonnis aangestelde deskundige heeft in het bedrijf van de appellante de opeenvolgende fasen van een soortgelijke belading van een trailer met spaanderplaten gevolgd.

Volgens hem zijn de 46 platen die samen één pak uitmaken, genoegzaam stevig bijeengebonden (met vier 17 mm-brede banden in synthetische stof), maar is de onderlinge cohesie van de drie opeengestapelde pakken, die niet aan elkaar vastgemaakt worden en enkel door het met vier spansets omspannen dekzeil bijeengehouden worden, ontoereikend. Steeds volgens de deskundige werden alle laad- en stuwverrichtingen door personeel van U. uitgevoerd «onder aanwijzing van de voerder van de Transportfirma B.», was de lading bij het vertrek uit Ooigem «niet voldoende gesjord met het oog op het voorziene transport (meer bepaald het zeetransport)» en zijn de bovenste pakken spaanderplaten tijdens de zeereis door het «relatief – doch niet abnormaal – slecht weer» naar rechts verschoven.

4. De eerste rechter overwoog dat, zo de vervoerder al aansprakelijk is voor de wijze waarop de vracht op zijn aanwijzingen gestuwd wordt, het voor een goede rechtsbedeling noodzakelijk is na te gaan waarin die aanwijzingen in werkelijkheid bestaan hebben. Nu de bovenste pakken pas tijdens het maritiem traject verschoven zijn en dus deugdelijk gestuwd bleken voor vervoer over de weg, is het volgens hem duidelijk dat maritiem vervoer een andere stuwng vereist dan vervoer over de weg.

Uit ter dezer zake ingeroepen rechtspraak leidde de eerste rechter af dat U. als fabrikant geregeld haar produkten over zee verzendt en dus niet onwetend is omtrent de voor zee-transport vereiste stuwng. De omstandigheid dat U. als afzender wist dat de litigieuze vracht over zee vervoerd moest worden, en niet onwetend was van de daartoe vereiste stuwng, achtte de eerste rechter afdoende om te besluiten dat de ontoereikende stuwng niet ten laste van de wegvervoerder gelegd moet worden, maar wel ten laste van U., die bewust een voorzienbaar risico genomen heeft. Steeds volgens de eerste rechter had het personeel van U. geen aanwijzingen nodig van de chauffeur van B. en mocht U. de stuwng van de pakken onderling niet aan de chauffeur overlaten, nu zij uit vorige schadegevallen wist dat de belading zonder onderlinge vasthechting gevaar liep niet te volstaan voor zeevervoer. Dat de stuwng met het oog op zeevervoer gebeurde op aanwijzing van de chauffeur, achtte hij niet afdoende bewezen, zodat de hoofdeis hem ongegrond voorkwam.

5. In hun beroepsakte benadrukken de appellanten dat geen van de vervoerders voorafgaande aan het schadegeval enige opmerking of voorbehoud gemaakt heeft nopens de door haar uitgevoerde stuwng, hetgeen volgens hen inhoudt dat die stuwng, ook wat het zeevervoer betrof, door de ver-

voerders aanvaard werd en dat zij, gezien hun resultaatsverbinenis, geen ontheffingsgronden kunnen aanvoeren.

Volgens hen komt de zienswijze van de eerste rechter neer op de stelling dat de wegvervoerder niet op de hoogte hoeft te zijn van de wijze waarop gestuwd moet worden wanneer de goederen ook over zee vervoerd moeten worden. Die stelling noemen zij in hun conclusies onaanvaardbaar omdat belading niets uitstaande heeft met stuwing, waarvoor de vervoerder volgens hen steeds moet zorgen. Zij doen gelden dat de geïntimeerden wisten dat het vervoer ook over zee en zonder overlading moest gebeuren, en stellen dat tweede geïntimeerde, die reeds eerder zulk een transport verricht had, zich op de hoogte had moeten stellen omtrent de voor zeevervoer vereiste stuwing, haar de nodige aanwijzingen had moeten geven en hoe dan ook gehouden was de stuwing te controleren. Zij beroepen zich ten slotte nog op een per 7 oktober 1993 gewezen arrest van dit Hof waarin verwezen werd naar artikel 5 van de Algemene voorwaarden voor wegvervoer, voorkomend op de keerzijde van de C.M.R.-vrachtbrief, waarin het vermoeden bedongen wordt dat de stuwing uitgevoerd werd door de vervoerder «of voor diens rekening».

6. Het C.M.R.-verdrag laat de vraag op wie de stuwingsverplichting rust onbeantwoord.

Een uitdrukkelijke overeenkomst tussen afzender en vervoerder dienaangaande is te dezen niet naspeurbaar. Wel staat vast dat niet alleen de lading maar ook de stuwing van de spaanderplaten daadwerkelijk door afzender U. verricht werden.

In zijn verslag van 27 april 1987 heeft de gerechtelijk deskundige bevestigd dat al die verrichtingen, met inbegrip van het onder dekzeil brengen en van het opvolgend vastbinden aan de flat door middel van banden, door personeel van U. uitgevoerd werden «onder aanwijzing» van de chauffeur van tweede geïntimeerde.

Nadat deze laatste in per 24 april 1987 gedateerde brief van haar raadsman betwist had dat haar chauffeur aanwijzingen gegeven had, heeft de deskundige in een antwoordbrief van 11 mei 1987 toegegeven dat, gezien «de zeer talrijke flats die steeds op dezelfde wijze worden geladen», de vervoerder «uiteraard niet zoveel aanwijzingen te geven» heeft, maar gesteld dat hij dat wél doet «in geval van foutieve belading».

Klaarblijkelijk zijn de door de deskundige bedoelde aanwijzingen van de chauffeur beperkt tot gevallen waarbij de stuwing *zichtbare* gebreken vertoont.

Niets wijst erop dat de stuwing, zoals door U. te dezen uitgevoerd, deed blijken van zichtbare gebreken of fouten. Dit wordt door de deskundige ook niet beweerd, terwijl het tegendeel aangenomen mag worden nu zich tijdens het vervoer over de weg van Ooigem naar Zeebrugge geen verschuiving voorgedaan heeft en de vracht bij verscheping nog in goede staat verkeerde, zoals door de zeevervoerder Cobelfret uitdrukkelijk bevestigd werd («in good order and condition»). Die bevestiging sluit in dat ook Cobelfret geen zichtbare stuwingsgebreken vastgesteld heeft, zelfs niet ten aanzien van het door haar te verrichten maritiem vervoer. Ook de omstandigheid dat de zeer talrijke vrachten met bestemming Engeland, door U. steeds op dezelfde wijze geladen en gestuwd worden, toont aan dat die stuwing de ongetwijfeld talrijke en verschillende vervoerders van die vrachten niet manifest gebrekkelijk voorkomt.

Dit alles maakt het mogelijk te stellen dat voor de chauffeur van tweede geïntimeerde tijdens de belading en stuwing te Ooigem geen aanleiding bestond om omtrent de wijze van stuwing «aanwijzingen» te geven of om dienaangaande voorbehoud te maken.

Nu vaststaat dat de stuwing door U. uitgevoerd werd, verwijzen appellanten vruchteloos naar artikel 5 van de op de keerzijde van de C.M.R.-vrachtbrief voorkomende algemene voorwaarden om te stellen dat die stuwing «voor rekening van de vervoerder» verricht werd. Het bewijs van die stelling zou kunnen blijken uit het feit dat de vervoerprijs vermindert werd ter vergoeding van de stuwingsverrichtingen. Bij gebreke van een dergelijk bewijs mag de afzender in de gegeven omstandigheden geacht worden voor eigen rekening en risico gehandeld te hebben. Stuwing voor andermans rekening betekent overigens nog niet dat ze op diens verantwoordelijkheid uitgevoerd wordt. Uit de artikelen 17, lid 1, en 17, lid 4, c, C.M.R., vloeit het principe voort dat wie de stuwing uitvoert, daarvoor ook verantwoordelijk is en ervoor moet zorgen dat ze vervoersbestendig is.

Te dezen staat vast dat de door U. uitgevoerde stuwing niet bestand was tegen de normale risico's van een vervoer over zee. Bij aankomst te Inningham en nog vóór de trailer aan wal getrokken werd stelden Cobelfret en de inspecteurs van de havendienst vast dat de vracht naar rechts overhelde. Dit werd ook door de deskundige van Hullgrade Ltd. opgemerkt op het ogenblik dat de flat van de kade weggesleept en naar de distributiezone van de haventerminal gereden werd.

Nu vaststaat dat zich tijdens de overvaart ontstuwing voorgedaan heeft, staat meteen vast dat de door U. uitgevoerde stuwing niet zeebestendig was.

Daar dit alles van dien aard is dat de vervoerder grond geboden wordt, om, steunend op 17, lid 4, c, C.M.R. ontheffing te vorderen, kunnen de appellanten de ontheffing doelmatig afweren door aan te tonen dat de vervoerder gedurende de uitvoering van het transport een fout begaan heeft. Zij doen dit niet wat het wegvervoer tot Zeebrugge en wat de overvaart naar Inningham betreft. Zij wijzen met nadruk op het feit dat het schadegeval zich pas voorgedaan heeft op het ogenblik dat, tijdens het slepen van de flat naar de distributiezone, een draaibeweging werd gemaakt tijdens welke de lading nog meer is gaan overhellen en gedeeltelijk op de grond is gevallen.

Evenwel is het maken van een draaiende beweging een normaal risico van het vervoer en zeker geen abnormaal manuever of een rijfout. De stuwing moet tegen zulk een normaal vervoersrisico bestand zijn. De door U. uitgevoerde stuwing was daar niet tegen bestand, aangezien de lussen van de spansets waarmee de opeengestapelde pakken onder het dekzeil bijeengehouden werden, tijdens die draaiende beweging losgeschoten zijn, zoals door de deskundige en ooggetuige van Hullgrade Ltd. vastgesteld en bevestigd werd. Dit bewijst dat ook de vasthechting met lussen ondoelmatig was of op ondoelmatige wijze uitgevoerd werd. De vasthechting met spansets is dus niet geschikt gebleken om verschuiving van de lading, bestaande uit goederen die gemakkelijk aan verschuiving onderhevig zijn, te voorkomen en om het afvallen ervan te verhinderen tijdens een transport zonder abnormale transportincidenten.

Het groot aantal soortgelijke transporten die door U. besteld worden en de steeds eendere belading en stuwing worden ook door de deskundige Carlier bevestigd en de door

partijen overgelegde rechtspraak toont aan dat zich tal van schadegevallen door verschuiving van de bovenste pakken door ontoereikende stuwning ervan, tijdens zeevervoer of bij het nemen van bochten in de weg voorgedaan hebben.

Van een vervoerder kan niet geëist worden dat hij grenze-loos gespecialiseerd is en dat hij kennis heeft van de risico's die eigen zijn aan de bijzondere aard van de vervoerde goederen en dat hij, beter dan de feitelijke stuur en fabrikant U. weet hoe gemakkelijk pakken spaanderplaten onderling kunnen verschuiven, hoe ze vervoersbestendig gestuwd moeten worden of hoe de spansets vastgebonden moeten worden om te verhinderen dat de lussen ervan loskomen.

Vruchteloos verwijzen appellanten naar eerdere en gelij-ke vervoersopdrachten die tweede geïntimeerde voor U. uit-gevoerd heeft, nu zij niet meteen stellen dat zich tijdens die uitvoering schadegevallen voorgedaan hebben.

Het hoger beroep komt ongegrond voor en daaruit volgt dat het incidenteel beroep en de wederzijdse tussenvorde-ringen van de geïntimeerden zonder voorwerp vallen.

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 18 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. Lievens

Openbaar ministerie: de h. Vandeputte

Advocaten: mrs. Claes en Vancaeneghem

Administratief recht – Rijkscomptabiliteit – Terugvorde-ring van ten onrechte uitgevoerde betalingen – 1. Dwangbe-vel – Bevoegde ambtenaar – 2. Verjaring – Aangetekende brief – Vereisten

1. *De verwijzing in art. 3 van de wet van 22 december 1947 naar de aldaar genoemde ambtenaren viseert de functie (en niet de persoon). De waarneming van een hoger ambt of de aanstel-ling ad interim ontkracht in geen enkel opzicht de door die amb-tenaren genomen beslissingen.*

2. *Een aangetekende brief met vraag tot terugbetaling van ten onrechte uitgevoerde betalingen komt niet ter sprake als hij niet ter kennis van de schuldenaar gebracht is doordat het adres foutief was, en evenmin als het in een zodanige brief vermelde totale bedrag van de terugvorderingen niet het door het dwang-bevel geviseerde bedrag is.*

Een salaris is voorgoed vervallen aan hem die het heeft ont-vangen, als de terugbetaling ervan niet gevraagd is binnen een termijn van vijfjaar te rekenen van de eerste januari van het jaar van de betaling.

H. t/ Belgische Staat

Grievan van de appellant

De appellant herhaalt met kracht zijn voor de eerste rech-ter ontwikkelde argumentatie, die summier samengevat als volgt verwoord kan worden:

A. De vraag tot terugbetaling van een gedeelte van de door de appellant als bijambt ontvangen wedde – bij aange-tekende brief van 18 januari 1980 werd de terugvordering verminderd tot 535.363 frank – is ongeldig, aangezien het dwangbevel steunt op een ongeldige administratieve beslis-

sing (de Belgische Staat immers kan zichzelf geen uitvoerba-re titel verschaffen).

B. Het dwangbevel van 17 juli 1985 werd uitgevaardigd door de waarnemend ontvanger van de Domeinen en Penale Boeten te Brugge, en de visering en uitvoerbaarverklaring is geschied door de directeur ad interim; dus is er nietigheid aangezien alleen de met de invordering belaste ontvanger enerzijds en de gewestelijke directeur (van de BTW, Regis-tratie en Domeinen) anderzijds in dezen geldig kunnen op-treden.

C. In de persoon van de geïntimeerde is het een nalatig-heid in de zin van artikel 1383 B.W. (vandaar de oorspronke-lijke tegeneis, die niet eens door de eerste rechter is vermeld) aanvankelijk wedden uit te betalen voor gedurende meerde-re jaren effectief geleverde prestaties, om dan achteraf op basis van een retroactieve wetgeving en reglementering een gedeelte daarvan terug te vorderen.

D. De geïntimeerde levert niet het decisieve bewijs als zou de beperkte prestatie van de appellant als kinesithera-peut meer dan 60% hebben bedragen van een normaal we-kelijkse prestatie van een zelfstandige kinesitherapeut.

E. In elk geval is de vijfjarige verjaring van toepassing, zo-dat de terugvordering met betrekking tot de jaren 1974 en 1975 zonder twijfel verjaard is.

Advies van het openbaar ministerie

Het advies van het openbaar ministerie concludeert ertoe dat het hoger beroep toelaatbaar is, doch ongegrond.

Immers, *wat de invordering betreft*, dient met de eerste rechter te worden vastgesteld dat het dwangbevel werd uit-gevaardigd, gevisieerd en uitvoerbaar verklaard overeen-komstig alle ter dezer zake geldende wetsbepalingen, en niet door nietigheid is aangetast aangezien de ambtenaar die zijn functie waarnemend uitoefent of ad interim is aangesteld, op geldige wijze alle aan de ambtsdrager verbonden bevoegd-heden uitoefent.

Wat de schuld zelf betreft, zij opgemerkt dat deze werd vast-gesteld bij beslissingen van de minister van Nationale Op-voeding en Nederlandse Cultuur, dat die beslissingen nooit werden aangevochten voor de Raad van State, en dat de grootte ervan door de appellant zelf werd erkend in zijn brief van 8 mei 1982 (dossier geïntimeerde: terugbetalingsschema = 11 x 30.000 fr. + 205.362 fr.).

Wat de verjaring betreft, merkt het openbaar ministerie op (weliswaar zonder aanduiding van concrete termijnen – noot van het Hof) dat de appellant door zijn effectieve betaling van 30.000 frank op 27 mei 1982 vrijwillig afstand heeft ge-daan van de reeds verlopen tijd van de lopende verjaring, zo-dat er stuiting is (cf. Cass., 27 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, 2093; zie ook *T.B.B.R.*, 1988, 207, met noot van prof. A. Van Oevelen, «Afstand van het reeds verstreken gedeelte van een lopende verjaring», *ibidem*, 209 tot 213).

Beoordeling

2. Ten antwoord op appellant grief D zij opgemerkt dat het dwangbevel van 17 juli 1985, gevisieerd en uitvoerbaar verklaard op 24 juli 1985, uitdrukkelijk vermeldt dat het gaat om een terugvordering van 505.363 frank (zijnde dus 535.363 fr. min de terugbetaling van 30.000 frank – noot van het Hof), ten onrechte uitbetaald als wedde over de periode van 1 januari 1974 tot 31 december 1978 (eigenlijk gaat het om de periode van 1 januari 1974 tot 31 oktober 1978 – zie dossier geïntimeerde; dit blijkt ook uit de samenstelling der

bedragen: 82.982 + 100.667 + 130.255 + 136.492 + 84.967 = 535.363 frank, zoals bepaald in 1980 – noot van het Hof), «wegens uitoefening van een zelfstandige beroepsactiviteit in de zin bedoeld bij artikel 2 van de wet van 8 februari 1974» (cur-sivering door het Hof).

De door de geïntimeerde overgelegde stukken doen er duidelijk en onmiskenbaar van blijken:

– *eensdeels*, dat de grootte van het ten onrechte ontvangen weddebedrag verminderd werd van 701.436 frank (de correcte samenstelling geeft 700.437 frank; immers 82.982 + 100.667 + 130.255 + 182.842 + 203.691 = 700.437, zie de stukken gevoegd bij de brief van 28 december 1978 – noot van het Hof) naar 535.363 frank, omdat het onderzoek op de juridische dienst van het departement had uitgewezen dat de appellant geen onoprechte verklaringen had afgelegd;

– *en anderdeels*, dat zowel het advies gegeven door de commissie (opgericht bij artikel 2 van de wet van 8 februari 1974 = de zogenoemde commissie-De Bondt) als de beslissing genomen door de minister inhielden dat het zelfstandig beroep, uitgeoefend door de appellant (als kinesist) (naast zijn opdracht als lesgever), rekening houdend met de aard, de tijdsduur én de inkomsten van het zelfstandig beroep (de tijdsduur is dus niet het enige criterium, zie art. 2 van de wet van 8 februari 1974), een *beroepsactiviteit* in beslag neemt in de zin van de wet van 8 februari 1974, zodat de wetgeving op de cumulatiebeperking van toepassing werd.

Dergelijke beslissingen zijn uiteraard administratiefrechtelijke beslissingen waarvan de opportuniteit door de rechterlijke macht niet beoordeeld mag worden (cf. Cass., 20 september 1990, *R. W.*, 1990-91, 849).

Op dit punt mist de grief van de appellant duidelijk rechtsgrond.

3. Ten antwoord op appellants grieven A en B merkt het Hof op dat de rechtsgronden van het dwangbevel (op het tweede en laatste blad) in de tekst zelf werden geciteerd, en dat de bemerking omtrent de vraag of er in casu wel een geldige uitvoerbare administratieve beslissing voorhanden is (= de appellant is van oordeel dat een gewone procedure wegens onverschuldigde betaling diende te worden ingesteld) doet blijken van een misvatting van de techniek van de openbare financiën.

Immers, artikel 3 van de domaniale wet van 22 december 1949 bepaalt uitdrukkelijk (in het eerste lid) dat iedere aan de Staat of aan staatsorganismen verschuldigde som, waarvan de *invordering* wordt vervolgd door het Bestuur der Domeinen, door middel van *dwangbevel* ingevorderd mag worden, en (in het tweede lid) dat het dwangbevel door de met de invordering belaste *ontvanger* wordt uitgevaardigd en dat het door de *directeur* der registratie en domeinen gevisieerd en uitvoerbaar verklaard wordt en bij (gerechts)deurwaardersexploot wordt betekend.

Dit alles is in casu zorgvuldig gerespecteerd: het dwangbevel werd uitgevaardigd op 17 juli 1985 door de waarnemend ontvanger van de domeinen en penale boeten te Brugge, met visum en uitvoerbaarverklaring op 24 juli 1985 door de gewestelijke directeur a.i. te Brugge, en de akte betekening-bevel dagtekent van 10 september 1985 (waartegen verzet werd ingesteld bij exploit van 23 september 1985).

De verwijzing, in bovengenoemd artikel 3 van de wet van 22 december 1949, naar de aldaar genoemde ambtenaren viseert uiteraard de *functie* (en niet de persoon), en de waarneming van een hoger ambt of de aanstelling ad interim ont-

kracht in geen enkel opzicht de rechtsgeldigheid van de door die ambtenaren genomen beslissingen (wat de uitoefening van een hoger ambt betreft, zie art. 9 van het K.B. van 8 augustus 1983; wat de bevoegdheid van de ambtenaar ad interim aangaat, zie het arrest nr. 1754 van 12 juli 1952 van de 6e Kamer van de Raad van State (zaak Flamme)).

Ook op deze punten missen de grieven van de appellant duidelijk rechtsgrond.

4. Ten antwoord op appellants grief C acht het Hof het nuttig op te merken dat er ten aanzien van de appellant geen sprake kan zijn van nadelige retroactiviteit.

Immers, de wet van 8 februari 1974, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 28 mei 1974, in werking getreden op 1 januari 1974 (krachtens artikel 5 van die wet), *versoepelde* de toen bestaande bezoldigingsregeling van het personeel van het Ministerie van Openbaar Onderwijs. De vóór die wet bestaande regeling hield in dat het personeelslid, dat tevens een activiteit als zelfstandige uitoefende, vergoed werd in *bijbetrekking* (dus met halvering van wedde).

De wet van 8 februari 1974 voerde de regel in dat het personeelslid verder in *hoofdamt* werd vergoed *indien* het zelfstandig beroep minder vergde aan arbeidsprestaties dan 60 procent van de wekelijkse arbeidsprestaties verstrekt door iemand die dezelfde activiteit op uitsluitende wijze uitoefende.

Het K.B. van 12 oktober 1976 betreft enkel de werking en de samenstelling van de zogenoemde commissie (senator) De Bondt, en voert *geen* nieuwe grenzen of beperkingen in.

Aangezien de retroactiviteit van een wettelijke of van een verordenende bepaling *alleen* de gevolgen betreft – en niet het bestaan ervan – (cf. Cass., 9 januari 1986, *R. W.*, 1986-87, 339) kan er ten aanzien van de appellant – die principieel in een voordeliger situatie werd gebracht – geen sprake zijn van nadelige retroactiviteit. Er is dus geen fout van de overheid, zodat de tegeneis door de eerste rechter – weliswaar zuiver impliciet – terecht werd afgewezen.

Over de rechtsgeldigheid van de door de commissie verstrekte adviezen en van de door de minister genomen beslissingen inzake de appellant, zie supra punt 2.

Ook deze grief mist dus duidelijk rechtsgrond.

5. Rest het onderzoek van het *kroonargument: de verjaring*. Op dit centrale punt is het Hof van oordeel dat de eerste rechter gedeeltelijk onoordeelkundig heeft beslist.

5.1. De aangetekende brief van 28 december 1978 komt hier niet ter sprake, *niet alleen* omdat hij niet ter kennis van de schuldenaar werd gebracht wegens een foutief adres (en dus ongeldig, zie art. 7, § 2, van de wet van 6 februari 1970 betreffende de verjaring van schuldvorderingen ten laste of ten voordele van de Staat en de provinciën), maar *vooral* omdat het in die brief voorziene totaalcijfer van de terugvorderingen (volgens de administratie 701.436 frank, volgens het Hof 700.437 frank, zie punt 2) *niet* in het dwangbevel wordt vermeld (het dwangbevel immers viseert de terugvordering van 505.363 frank, zijnde 535.363 frank min die terugbetaling van 30.000 frank).

Ook de aangetekende brief van 18 januari 1980 bereikte de schuldenaar niet, wegens hetzelfde foutief adres. Nadien werd dezelfde brief – ditmaal met een correct adres, geschreven met de hand – aan de schuldenaar *aangetekend verzonden op 24 januari 1980* (de datum van deze aangetekende zending blijkt uit stuk B/16).

Daaruit volgt:

– ten eerste, dat enkel deze laatste brief (van 24 januari 1980) kan gelden als afgifte van een aangetekende brief ter kennis gebracht van de schuldenaar (cf. artikel 7, §§ 1 en 2, van de wet van 6 februari 1970), waarin het correcte totaalcijfer van de terugvorderingen voorkomt (namelijk 535.363 frank);

– en ten tweede, dat de terugvordering voor het jaar 1974 (namelijk 82.982 frank) en voor het jaar 1975 (namelijk 100.667 frank) op die datum (24 januari 1980) reeds verjaard was (immers de wet zegt duidelijk: te berekenen vanaf de eerste januari van het jaar van de betaling: de terugbetaling werd niet gevraagd binnen een termijn van vijf jaar: wat 1974 betreft had er moeten worden teruggevorderd vóór einde 1979).

Met andere woorden: ingevolge bereikte verjaring van de bedragen gevorderd voor 1974 en 1975 ($82.982 + 100.667 = 183.649$ frank) dient de vordering te worden verminderd tot 505.363 frank min 183.649 frank = 321.714 frank.

5.2. Voor de bedragen gevorderd voor 1976, voor 1977 en voor 1978 werd de terugbetaling geldig gevraagd binnen een termijn van vijf jaar, te rekenen van de eerste januari van het jaar van de betaling, bij ter post aangetekende brief, ter kennis gebracht van de schuldenaar, met vermelding per jaar van het totale bedrag van de teruggevraagde som, en met vermelding van de belangrijkste bepaling in strijd waarmee de betalingen werden gedaan (met name artikel 5b van het K.B. van 15 april 1958 – zoals ingevoegd bij de wet van 8 februari 1974).

De leer van het cassatie-arrest van 23 oktober 1986 – geldigheid van de afstand gedaan van het reeds verlopen gedeelte van de verjaring – is dus in casu niet toepasselijk aanzien, voor het jaar 1978, de verjaring bereikt zou zijn einde 1982 en de geldige terugvorderingsbrief dateert van 24 januari 1980.

Bovendien is duidelijk dat de betaling van 30.000 frank, zonder formulering van enig voorbehoud, gedaan op 27 mei 1982 niet als een gedwongen betaling beschouwd kan worden (immers een gedwongen betaling is een betaling «sur condamnation judiciaire» – De Page, VII, vol. 2, nr. 1194 – en de vervolging werd eerst aangevat in 1985). Evenmin kan er sprake zijn van morele dwang; geen enkel concreet en decisief element wijst in die richting.

NOOT – Zie de artt. 94 en 104, §§ 1 en 2, K.B. van 17 juli 1991.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER – 3 FEBRUARI 1995

Voorzitter: de h. Craeybeckx

Raadsheren: mevr. Nailis en de h. Van Leuven (rapporteur)

Openbaar ministerie: de h. Willio

Strafvordering – Tussenkost in strafzaken – Stafhouder

De vrijwillige of gedwongen tussenkost van een derde voor de strafrechter is alleen maar ontvankelijk op voorwaarde dat een bijzondere wet zulks uitdrukkelijk bepaalt of dat de wet de rechter bij uitzondering bevoegd maakt om een veroordeling, een sanctie of enige andere maatregel uit te spreken tegen een

derde die in dat geval moet worden toegelaten tot het geding of daarin kan worden opgeroepen.

Een betwisting over de bewijsvoering, nl. de toelaatbaarheid van bepaalde stukken als bewijselement, levert geen belang op dat de tussenkost van de Orde van Advocaten wettigt, zelfs als het beroepsgeheim daarbij is betrokken.

De P. t/ C.

Gelet op de tussenkost van de Orde van Advocaten te Antwerpen, vertegenwoordigd door de stafhouder, mr. H. Lange, die een conclusie en stukken neerlegt;

...

Overwegende dat het Hof, alvorens recht te doen zo betreffende de ontvankelijkheid der hogere beroepen als ten gronde, na kennisneming van het geschilpunt dat ontstaan is door de tussenkost van de Orde van Advocaten te Antwerpen als volgt beslist;

Overwegende dat ter terechtzitting van het Hof van 2 december 1994 de Orde van Advocaten te Antwerpen, ofschoon traditioneel vertegenwoordigd en in rechte optredend door de stafhouder en de secretaris van de Orde, ter zake enkel vertegenwoordigd door de stafhouder «conclusie en tussenkost» neerlegt;

Overwegende dat de vrijwillige of gedwongen tussenkost van een derde voor de strafrechter enkel ontvankelijk is op voorwaarde dat een bijzondere wet zulks uitdrukkelijk bepaalt of dat de wet de rechter bij uitzondering bevoegd maakt om een veroordeling, een sanctie of enige andere maatregel uit te spreken tegen een derde die in dat geval moet worden toegelaten tot het geding of daarin kan worden opgeroepen;

Overwegende dat de tussenkost van de Orde van Advocaten te Antwerpen – zoals blijkt uit haar conclusie – ertoe strekt te zeggen voor recht dat zonder miskennis van artikel 77 van de wet op de Jeugdbescherming door partijen en hun raadslieden verder gebruik mag worden gemaakt van het sociaal verslag opgesteld tussen partijen in de procedure hangende voor de Jeugdrechtsbank van het Hof van Beroep te Antwerpen;

Overwegende dat de stafhouder als hoofd van de Orde zijn tussenkost wettigt op de betwisting rond het beroepsgeheim en de beweerdde schending daarvan de gehele Orde van Advocaten raakt of kan raken, gelet op artikel 77 van de wet van 8 april 1965, dat verwijst naar artikel 458 van het Strafwetboek, en de verwijzing daarnaar door de heer procureur-generaal wat de persoonlijke betrokkenheid van mr. S. en mr. V., advocaten bij de Balie te Antwerpen, met betrekking tot hun beroepsgeheim daartelt;

Overwegende dat, ingevolge het hoger beroep van beklagde, zowel op straf- als op burgerlijk gebied, en het hoger beroep van het openbaar ministerie, ingesteld tegen een vonnis gewezen door de Correctionele Rechtsbank te Antwerpen gewezen op 11 mei 1994 deze zaak aan de beoordeling van dit hof wordt onderworpen;

dat de feiten, voor zover bewezen, omschreven ten aanzien van beklagde en welke ten grondslag liggen van de onderhavige strafvervolgung een overtreding van artikel 369bis van het Strafwetboek betreffen;

Overwegende dat de procureur-generaal bij zijn schrijven van 20 oktober 1994, gevoegd bij het strafdossier, aan de raadsman van beklagde in antwoord op de toezending van

zijn project van conclusie op 13 oktober 1994 ter kennis bracht: «Als grief zal ik op 2 december a.s. aan het Hof kenbaar maken dat strijdig met art. 77 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming stukken m.b.t. minderjarigen en opgesteld ten behoeve van de Jeugdrechtbank werden toegevoegd aan de onderhavige strafzaak. Ik zal dan ook vorderen dat zij uit de debatten geweerd worden.»;

Overwegende dat het Hof vaststelt dat de betwisting enkel betrekking heeft op de bewijsvoering, meer bepaald de rechtmatigheid en/of toelaatbaarheid van stukken welke tijdens de debatten als bewijselement door partijen voorgedragen zullen worden;

Overwegende dat in strafzaken de rechter in beginsel volkomen vrij de bewijswaarde en derhalve ook de regelmatigheid beoordeelt die hij aan een bepaald bewijselement toekent;

Overwegende dat derden en met name de Orde van Advocaten te Antwerpen ten deze zich niet kunnen beroepen op enig belang om in het geding tussen te komen;

Overwegende dat het Hof vaststelt dat de te onderzoeken feiten, indien bewezen, dateren van tussen 7 februari 1992 en 10 januari 1993, dat verder rekening houdend met de aard der zaak, de belangen zo van de vervolgende als van de burgerlijke partij, de voortzetting van het debat vergen dermate dat dit arrest uitvoerbaar bij voorraad verklaard dient te worden niettegenstaande elk rechtsmiddel, nu geen redenen beperkt worden die zouden aantonen dat door deze uitvoerbaarheid het verdedigingsrecht van beklaagden zou zijn beperkt;

...

ARBEIDSHOF TE GENT

3e KAMER – 14 DECEMBER 1994

Voorzitter: de h. Dewulf

Raadsheren in sociale zaken: de h. Simoens en mevr. Baeysens

Openbaar ministerie: de h. Diependaele

Advocaten: mrs. Ureel loco Kenis en Roos

Administratief recht – Bestuurshandeling – Uitdrukkelijke motivering – Administratieve overheid – Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Verzekeringsinstelling – Arbeidsongeschiktheid – Einde – Adviserend geneesheer – Beslissing – Motiveringsplicht – Juridische en feitelijke gronden – Recht op privé-leven – Beroepsgeheim – Niet afdoende motivering – Vernietiging van beslissing

In het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering vormt de beslissing van de adviserend geneesheer van een Z.I.V.-verzekeringsinstelling ter zake van het einde van de arbeidsongeschiktheid van een gerechtigde een beslissing van een orgaan van een administratieve overheid in de zin van de Motiveringswet 1991. Die beslissing moet derhalve uitdrukkelijk worden gemotiveerd in rechte en in feite. Een dergelijke beslissing moet derhalve meedelen welke de vereiste graad van arbeidsongeschiktheid is, wat een toetsing inhoudt aan de criteria gesteld door art. 56, § 1, Z.I.V.-Wet (thans art. 100, § 1, G.V.U.-Wet). Binnen die criteria kan de adviserend geneesheer, bij het meedelen van de juridische en de feitelijke gronden van zijn be-

slissing, zowel het recht op privé-leven van de gerechtigde als het geldend medisch beroepsgeheim respecteren.

Bij gebrek aan een afdoende motivering als vereist door de Motiveringswet 1991, moet de beslissing van de adviserend geneesheer inzake het einde van de arbeidsongeschiktheid worden vernietigd.

N.V. S.M. t/ Van H.

Nopens het voorwerp van de betwisting

Bij beslissing van 10 juli 1992 van de adviserend geneesheer van appellant werd gezegd dat geïntimeerde niet meer de graad van arbeidsongeschiktheid heeft die recht geeft op uitkeringen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering vanaf 13 juli 1992.

Bij verzoekschrift neergelegd op 10 augustus 1992 ter griffie van de Arbeidsrechtbank te Gent tekende geïntimeerde hiertegen beroep aan en vorderde hij vernietiging van die beslissing en veroordeling tot betaling van de invaliditeitsuitkering ten belope van 25.000 fr. en, indien nodig, de aanstelling van een deskundige.

De arbeidsrechtbank heeft de vordering toelaatbaar verklaard en de eis in de volgende mate gegrond verklaard. De beslissing van de adviserend geneesheer van appellant op 10 juli 1992 ten aanzien van geïntimeerde genomen, werd vernietigd, en er werd voor recht gezegd dat geïntimeerde als meer dan 66% arbeidsongeschikt erkend dient te worden vanaf 13 juli 1992 tot en met 17 augustus 1992. Geïntimeerde werd namelijk door de adviserend geneesheer meer dan 66% arbeidsongeschikt erkend vanaf 18 augustus 1992, tengevolge van zijn opname in het Psychiatrisch Centrum St.-Jan Baptist te Z.

Geoordeeld werd dat de rechtbank bevoegd is ambtshalve na te gaan of een bestuurshandeling niet in strijd is met de bepalingen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Appellant is een «bestuur», en de bestreden beslissing is een «bestuurshandeling» in de zin van artikel 1 van deze wet.

...

De beslissing bevat noch de juridische noch de feitelijke overwegingen die eraan ten grondslag liggen, laat staan dat deze motivering «afdoende» zou zijn.

...

Bespreking

1. Artikel 1 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen omschrijft bestuurshandelingen als de eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor een of meer bestuurden of voor een ander bestuur. Onder bestuur moet hier worden verstaan de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Appellant betwist een dergelijke administratieve overheid te zijn.

Artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geeft zelf geen nadere omschrijving van het begrip administratieve overheid. De inhoud van het begrip moet derhalve afgeleid worden uit de evolutieve rechtspraak van de Raad van State.

Uit de verwijzing naar artikel 14 mag niet worden afgeleid dat de wet van 29 juli 1991 enkel toepasselijk is op beslissin-

gen die door de Raad van State nietig kunnen worden verklaard.

In de bijlage die gevoegd is bij het verslag namens de commissie voor de Binnenlandse Aangelegenheden (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215/3, 30-31) wordt uiteengezet wat volgens de rechtspraak van de Raad van State als een administratieve overheid kan worden aangemerkt.

In essentie worden bedoeld alle organen van het centraal, gewestelijk, communautair, provinciaal of gemeentelijk bestuur, die niet behoren tot de wetgevende of de rechterlijke macht, maar belast zijn met een openbare dienst en op een eenzijdige wijze bindende, uitvoerbare beslissingen kunnen nemen voor een taak van algemeen belang (zie Debersaques G., «Een ingrijpende verandering in het bestuursrecht: de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991», *T.B.P.*, 1992, 375; Van Mensel A., «De formele motiveringsplicht. De wet van 29 juli 1991», *T.B.P.*, 1992, 392).

Zoals het openbaar ministerie terecht opmerkt, is, om na te gaan of een orgaan als een administratieve overheid beschouwd kan worden, de *juridische vorm* die het aangenomen heeft – rechtspersoon van publiek recht of privaatrecht – *niet doorslaggevend*. Beslissend is het antwoord op de volgende vragen:

a) Beschikt het orgaan of de instelling over een beslissingsbevoegdheid? Wordt een deel van het openbaar gezag uitgeoefend in die zin dat eenzijdige, uitvoerbare maatregelen getroffen mogen worden?

b) Is het doel en de opdracht van de rechtspersoon van algemeen nut, in het algemeen belang?

c) Is de rechtspersoon opgericht of erkend door de openbare overheid, door of krachtens de wet of decreet? (art. 12, § 1, eerste lid, van de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van mutualiteiten).

d) Is de rechtspersoon belast met het beheer van een openbare dienst?

e) Beschikt de openbare overheid over een controlebevoegdheid op het orgaan in kwestie?

De beslissingen van de adviserend geneesheer van appellant voldoen aan die criteria.

Appellant meent nochtans dat ziekenfondsen als zodanig geen administratieve overheden zijn waarvan de beslissingen het «*privilège du préalable*» genieten. De beslissingen van het ziekenfonds, bijvoorbeeld tot terugvordering van het onverschuldigde, zijn niet van rechtswege uitvoerbaar. Dat bepaalde beslissingen, zoals die uitgaande van de adviserende geneesheren, definitief worden bij gebrek aan betwisting, is een bepaling die is ingeschreven voor de goede werking van de ziekte- en invaliditeitsverzekering die als dusdanig van het ziekenfonds geen administratieve overheid maakt.

Dit argument is weinig overtuigend. De beslissing van de adviserend geneesheer is wel degelijk een eenzijdige, bindende en uitvoerbare beslissing (zie art. 100, derde lid, van de wet van 9 augustus 1963, luidens hetwelk de vordering ingeleid voor de arbeidsrechtbank niet schorsend werkt), genomen ter uitoefening van een deel van het openbaar gezag. Het toekennen of weigeren van het recht op ziekte- en/of invaliditeitsuitkeringen kan toch bezwaarlijk buiten de uitoefening van het openbaar gezag worden gezien, nu het een subjectief politiek recht betreft.

Ten slotte *verplicht* artikel 62 van de Z.I.V.-Wet de verzekeren aan te sluiten bij een ziekenfonds dat aangesloten is bij een landsbond (of bij de Hulpkas voor Ziekte- en Invali-

deitsverzekering of bij de Kas der Geneeskundige Verzorging van de N.M.B.S.). Deze laatste zijn als «verzekeringsinstelling», ingevolge de artikelen 2 en 3 van de wet, *belast* met de toepassing van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering. Ofschoon privaatrechtelijke instellingen zijn de landsbonden als uitvoeringsorganen betrokken bij die openbare dienst (R.v.St., 28 oktober 1969, *Arr. en Adv. R.v.St.*, 1969, 976).

Voor zover het inderdaad gaat om de uitvoering van de verplichte verzekering zijn de landsbonden «meewerkende instellingen» (zoals zij genoemd worden in het verslag van de Koninklijke Commissie «voor de codificatie, harmonisatie en vereenvoudiging van de sociale zekerheid in het kader van de globale hervorming», Deel III, Brussel, 1985, art. 253, e.v.).

Om al die redenen en de overige beschouwingen van de eerste rechter die door het Arbeidshof kunnen worden bijgevalen, dient te worden besloten dat appellant valt onder het toepassingsgebied als omschreven in artikel 1, wet 29 juli 1991.

2. Artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 bepaalt dat *de bestuurshandeling «uitdrukkelijk» moet worden gemotiveerd*. Deze opgelegde motivering moet, volgens artikel 3, in de akte zelf de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn.

De bestreden beslissing zoals ze aangetekend ter kennis werd gebracht van geïntimeerde, vermeldt enkel: «Einde van arbeidsongeschiktheid als bedoeld in de wet van 9 augustus 1963... Ik heb de eer u te melden, dat ik na onderzoek van oordeel ben dat u niet meer de graad van arbeidsongeschiktheid heeft die recht geeft op uitkeringen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering, en wel vanaf 13 juli 1992».

Bezwaarlijk kan worden aangenomen dat dit stuk voldoende de juridische en feitelijke overwegingen bevat die aan de beslissing ten grondslag liggen.

Motivering moet, volgens de rechtspraak van de Raad van State (weliswaar met betrekking tot beslissingen die dateren van vóór de inwerkingtreding van deze motiveringswet, doch waarvoor een bijzondere regeling een formele motivering verplicht stelde) zodanig zijn dat degene ten aanzien van wie een beslissing genomen wordt, een zodanig inzicht krijgt in de motieven van de beslissing dat hij in staat is terdege te oordelen of het zin heeft tegen die beslissing te verwerpen met de middelen die recht hem verschaft (vgl. R.v.St., 10 november 1992, *T.B.P.*, 1993, 487).

In casu wordt aan geïntimeerde niet meegedeeld welke de graad van arbeidsongeschiktheid is die vereist is (gemis aan juridische motivering), noch aan de hand van welke feitelijke gegevens of vaststellingen de adviserend geneesheer tot zijn bevinding is gekomen (gemis aan feitelijke overwegingen).

Ten onrechte stelt appellant dat de adviserend geneesheer niets anders kan zeggen dan dat, naar zijn overtuiging, de opgelopen handicap niet voldoende is om de verzekerde het werken te beletten. De enkele vermelding dat betrokkene niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden voor de erkenning van arbeidsongeschiktheid, zou volgens appellant aldus volstaan als motivering.

Nochtans moeten de functionele stoornissen of letsels, ongeacht de vraag of deze ter kennis gebracht mogen worden (cf. *infra*), getoetst worden aan de vereisten van de beroepencategorie waartoe geïntimeerde behoort of van de ver-

schillende referentieberoepen, als gesteld in artikel 56, § 1, van de wet van 9 augustus 1963, naargelang het al dan niet een periode van primaire ongeschiktheid betreft. Aan geïntimeerde is hieromtrent niets meegedeeld.

Terecht oordeelt de eerste rechter dat het niet is omdat de bestuurshandeling werd meegedeeld conform een bij K.B. vastgesteld model, dat zij voldoet aan de vereisten van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991. Duidelijkheidshalve wordt hieraan toegevoegd dat sinds 25 juni 1993 de modellen in de bijlagen van het K.B. van 31 december 1993 trouwens gewijzigd werden, kennelijk met de bedoeling beter aan de motiveringsvereisten van de wet van 29 juli 1991 tegemoet te komen (K.B. 21 april 1993, *B.S.*, 25 juni 1993).

3. Appellant beroept zich ten slotte op de *uitzonderingsbepalingen* van artikel 4, 3° en 4°, van de motiveringswet, volgens welke de motiveringsplicht niet van toepassing is indien de motivering van de handeling afbreuk kan doen aan de eerbied voor het privé-leven en aan de bepalingen inzake de zwijgplicht.

Deze uitzonderingen moeten evenwel strikt worden geïnterpreteerd.

3.1. Artikel 8, lid 1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden bepaalt dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven.

Het begrip privé-leven is wettelijk niet omschreven, maar het is relatief ten aanzien van tijd en ruimte.

De Nationale Arbeidsraad vermeldt o.m. «gezinstoestand, politieke gezindheid, lidmaatschap van een vakbond, religie en levensovertuiging» (advies nr. 756). Volgens M. Jamoulle is de gezondheidstoestand een belangrijke factor («La vie privée et le droit du travail», *Ann. Dr. Louvain*, 1984, 39).

Ongetwijfeld kan het recht op privé-leven (art. 4, 3°) perfect worden geëerbiedigd door de adviserend geneesheer bij het aangeven van de reden(en) van zijn beslissing.

De (mee te delen) vaststelling van de (verderdurende) arbeidsongeschiktheid en dus de raming van het arbeidsvermogen moet evenwel geschieden binnen de normen opgelegd door artikel 56, § 1, Z.I.V.-Wet (stand en opleiding, laatste beroepscategorie, beroepsverleden en -opleiding) of artikel 56, § 2, zelfde wet (bijvoorbeeld niet toegelaten hervattingsactiviteit) (zie P. Gosseries, «Vie privée et droit belge de la sécurité sociale, n° 14: § 4 Les restrictions au respect de la vie privée», in *Actuele problemen van sociaal recht*, Post-univ. cyclus W. Delva, 1987).

3.2. Krachtens artikel 458 Sw. worden geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken, gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van 100 tot 500 frank.

Met betrekking tot de toepasselijkheid van voornoemd artikel op de controlerend geneesheren, blijkt in de rechtsleer verdeeldheid te bestaan (zie bijvoorbeeld i.v.m. het beroepsgeheim van de arbeidsgeneesheer: «Actuele knelpunten bij de uitoefening van de arbeidsgeneeskunde», door prof. dr. A. Van Regenmortel, in *Actuele problemen van het arbeids-*

recht, M. Rigaux (red.), Maklu Uitgevers, Antwerpen, 1993, blz. 183).

Zonder te verwijzen naar artikel 458 Sw., erkende het Hof van Beroep te Brussel dat voor de adviserend geneesheren van ziekenfondsen een zwijgplicht geldt (Brussel, 8 november 1973, *Pas.*, 1974, II, 50, en *J.T.*, 1974, 138, geciteerd door H. Nys, *Geneeskunde, recht en medisch handelen, A.P.R.*, blz. 389; zie ook P. Gosseries, o.c., nrs. 21 e.v.).

Het arrest verwijst wel naar artikel 21 K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren (*B.S.*, 29 juli 1967), volgens hetwelk het de adviserend geneesheer verboden is aan de administratieve overheid van zijn verzekeringsinstelling de overwegingen van geneeskundige aard mee te delen die de door hem genomen beslissing motiveren. Ook de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren baseert de zwijgplicht van deze artsen op dit artikel. Op grond hiervan mogen zij medische gegevens niet overhandigen of doorspelen aan een gerechtigde met het oog op het instellen van een rechtsgeding (*T.Orde-Gen.*, 1988, afl. 40, 11-12).

Anders dan de eerste rechter meent het arbeidshof dat de adviserend geneesheer zich moet houden aan zijn beroepsgeheim ook tegenover de gecontroleerde gerechtigde. Maar het moet niettemin mogelijk zijn de motiveringsplicht na te leven zonder afbreuk te doen aan de bepalingen inzake de zwijgplicht (art. 4, 4°, van de wet). Het arbeidshof volgt hierin het advies van het openbaar ministerie.

Samengevat: zelfs indien moet worden aangenomen dat de adviserend geneesheer deontologisch bepaalde medische gegevens moet verzwijgen, ontslaat dit feit hem niet van de motiveringsplicht wat betreft de *juridische gronden* waarop de beslissing steunt, en zelfs wat betreft de *motivering in feite*, waarin hij, zonder het medisch beroepsgeheim te schenden, en met eerbiediging van het privé-leven, kan en moet vermelden welke mogelijkheden er zijn of niet zijn om het beroep of de beroepen met de eraan verbonden vereisten te kunnen uitoefenen, of waarin hij vaststelt dat verzekerde niet alle werkzaamheden heeft onderbroken of het werk heeft hervat, enz.

4. Het *ontbreken van een «afdoende» motivering* opgelegd in artikel 3 van de wet leidt tot de (mogelijke) *vernietiging* van de beslissing.

Met de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen wordt immers de van oudsher bestaande «materiële motiveringsplicht» van het bestuur aangevuld met een «formele motiveringsplicht» (zie P. Van Orshoven, «De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen», *R.W.*, 1991-92, 488).

In het arrest dat hij op 1 februari 1989 gewezen heeft (R.v.St., nr. 31.882), besliste de Raad van State al zeer duidelijk «que lorsque (...) une disposition prévoit une motivation en la forme, celle-ci revêt un caractère substantiel».

Voortaan bepaalt de wet van 29 juli 1991 zelf dat de motivering een substantieel deel van de bestuursakte moet uitmaken en niet kan blijken uit het dossier waarop de beslissing steunt. Zij moet in de beslissing zelf opgenomen worden.

Daar de uitdrukkelijke motivering sedert 1 januari 1992 verplicht is geworden, is het in principe voor appellant niet mogelijk bij de onderhavige betwisting zich op een bepaald motief te beroepen dat in de beslissing zelf van zijn adviserend geneesheer niet is opgenomen, maar wel in het dossier

terug te vinden is (zie *Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z., 1988, nr. 215/3, verslag van de commissie, 21; *Parl.Hand.*, *Senaat*, 24 april 1991, 2009).

Samen met de eerste rechter dient te worden beslist dat de bestreden beslissing vernietigd diende te worden wegens het niet in acht nemen van een essentieel vormvoorschrift.

Appellant kan bijgevolg niet geacht worden op een wettige wijze een einde te hebben gemaakt aan de arbeidsongeschiktheid van geïntimeerde.

Het eerste vonnis waarbij voor recht gezegd wordt dat geïntimeerde als meer dan 60% arbeidsongeschikt erkend dient te worden vanaf 13 juli 1992 t.e.m. 17 augustus 1992, moet bevestigd worden, maar gedeeltelijk op andere gronden.

NOOT – Toepassing van de formele motiveringswet op de beslissingen waardoor een einde wordt gesteld aan de arbeidsongeschiktheid van een verzekerde

1. Door de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (verder formele motiveringswet genoemd, *B.S.*, 12 september 1991, in werking getreden op 1 januari 1992) wordt aan de bestuurlijke overheden de verplichting opgelegd om hun individuele bestuurshandelingen uitdrukkelijk te motiveren.

Overeenkomstig artikel 3 van die wet bestaat de formele motivering van een bestuurshandeling erin dat de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen, in de akte zelf worden vermeld.

Het doel van de wet bestaat erin de bestuurde in kennis te stellen van de redenen die ten grondslag liggen aan de beslissing teneinde hem/haar in staat te stellen om met kennis van zaken de juiste draagwijdte van de beslissing te beoordelen en zich eventueel beter te kunnen voorbereiden bij het instellen van een beroep (*Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215/3, 3).

2. De toepassing van de formele motiveringswet heeft sinds haar inwerkingtreding reeds voor heel wat problemen gezorgd in het kader van de geschillen m.b.t. de vaststelling van het einde van de arbeidsongeschiktheid van sociaal verzekerden.

De beslissingen met betrekking tot het einde van de arbeidsongeschiktheid worden alnaargelang het een tijdvak van primaire arbeidsongeschiktheid, respectievelijk invaliditeit betreft genomen door de adviserend geneesheer van de verzekeringsinstelling (artikel 90, eerste lid, van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994) respectievelijk de Geneeskundige Raad voor Invaliditeit (een orgaan van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering, verder GRI te noemen) (artikel 94, eerste lid, van dezelfde wet). Zowel de adviserend geneesheer als de GRI, die is samengesteld uit geneesheren, zijn overeenkomstig de medische deontologie gebonden door het beroepsgeheim (cf. art. 58, a, tweede lid, en b, tweede lid, van de Code van Geneeskundige Plichtenleer), wat onder meer de terughoudendheid verklaart die bestaat bij deze geneesheren ten aanzien van het verstrekken van de medische overwegingen of gegevens waarop hun administratieve beslissing is gebaseerd. In artikel 4 van de wet op de motivering wordt het beroepsgeheim vermeld als één van de uitzonderingen op de motiveringsverplichting. Op dit vlak deed zich dan ook

het belangrijkste probleem voor m.b.t. de toepassing van de formele motiveringswet op de beslissingen «einde arbeidsongeschiktheid». De cruciale vraag was of het medisch beroepsgeheim zich verzet tegen een medische motivering.

In een eerste reeks van geschillen tussen de verzekeringsinstellingen respectievelijk het RIZIV enerzijds en de sociaal verzekerden anderzijds m.b.t. het einde van hun arbeidsongeschiktheid werd het standpunt van eerstgenoemde instanties dat «het meedelen van de medische overwegingen die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen niet kan worden verplicht op grond van artikel 4, 4°, van de Wet op de Motivering» systematisch verworpen door bepaalde arbeidsrechtbanken die onder meer van oordeel waren dat het medisch beroepsgeheim betrekkelijk is en niet kan worden opgeworpen t.a.v. de persoon op wie de medische gegevens betrekking hebben. Als gevolg hiervan besloten deze arbeidsrechtbanken dat de beslissing bij gebrek aan medische motivering niet afdoende in feite gemotiveerd was, zodat ze niet voldeed aan de formele motiveringswet. Over de gevolgen die aan de niet-motivering dienden te worden verbonden, bestond er nochtans geen eensgezindheid. Sommige arbeidsrechtbanken vernietigden de beslissing zonder meer en verklaarden de verzekerde verder arbeidsongeschikt. Andere vernietigden de beslissing, doch spraken zich vervolgens uit over de grond van de zaak.

Een bepaalde strekking in de rechtspraak van de Arbeidsrechtbank te Gent behoorde tot de eerste categorie (cf. onder meer een vonnis van de Arbrb. Gent, 18 februari 1993, *R.W.*, 1992-93, 1450-1453).

In tegenstelling tot de andere arbeidsrechtbanken heeft deze strekking de problematiek van de formele motivering ook *ambtshalve* opgeworpen, zonder dat de partijen hierover conclusie namen.

3. De verzekeringsinstellingen, respectievelijk het R.I.-Z.I.V. konden zich met die zienswijze niet akkoord verklaren en tekenden hoger beroep aan. Zij handhaafden hun vroeger ingenomen standpunt dat het meedelen van de medische gegevens die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen een uitzondering uitmaakt op de motiveringsverplichting, opgelegd bij artikel 4, 4°, van de wet op de motivering. Bovendien voegden ze eraan toe dat ook de uitzondering vermeld in artikel 4, 3°, kan worden aangevoerd. Overeenkomstig artikel 4, 3°, is de motiveringsverplichting niet van toepassing indien de motivering van de beslissing kan afbreuk doen aan de *eerbiediging van het privé-leven*.

Krachtens artikel 10, § 3, van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (de zogenaamde «Privacywet») (artikel in werking getreden op 1 september 1993) kunnen medische persoonsgegevens, als omschreven in artikel 7 van dezelfde wet, niet rechtstreeks aan de betrokkene zelf worden meegedeeld maar wel door toedoen van een door hem gekozen geneesheer (zie hieromtrent Vandeweerdt, M., «De bescherming van de medische persoonsgegevens», *B.T.S.Z.*, 1993, 265-272).

In toepassing van datzelfde artikel kunnen bovenvermelde gegevens dus niet in een beslissing die rechtstreeks aan de betrokkene ter kennis wordt gebracht, worden vermeld.

Subsidiair merkten ze op dat volgens een vaste rechtspraak van de Raad van State de schending van de uitdrukkelijke motiveringswet niet volstaat als middel om een beslissing te vernietigen indien blijkt dat de verzoekende partij op een an-

dere wijze dan door de formele motivering kennis heeft van de motieven van de bestuurshandeling.

In zo'n geval is trouwens het doel van de formele motivering bereikt (zie R.v.St., 13 oktober 1992, *T.B.P.*, 1993, 481, en R.v.St., 10 november 1992, *T.B.P.*, 1993, 487).

Welnu, uit het door de sociaal verzekerden ter griffie neergelegde verzoekschrift, evenals uit de neergelegde medische attesten, blijkt duidelijk dat zij op de hoogte moeten zijn geweest van de motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen en waarmee zij zich niet akkoord kunnen verklaren.

Zij hebben derhalve al bij de aanvang de bestreden beslissing, alsook de mogelijkheid tot verweer ertegen op passen de wijze kunnen beoordelen (zie in dezelfde zin onder meer Arbrb. Dendermonde, afd. Dendermonde, 14 september 1994, in zake P.L./RIZIV, onuitg.).

Ten slotte argumenteerde het RIZIV nog dat de wetgever *nergens* de naleving van de wet van 29 juli 1991 als *van openbare orde* heeft aangemerkt (cf. «Adviezen en commentaren: kan een schending van de uitdrukkelijke motiveringswet alleen tot vernietiging leiden als de verzoekende partij daar belang bij heeft?», *T.B.P.*, 1993, 490).

De rechter kan derhalve *niet ambtshalve* onderzoeken of een individuele bestuurshandeling al dan niet in strijd is met de bepalingen van hogergenoemde wet.

4. Het Arbeidshof te Gent heeft in zijn arrest van 14 december 1994 (met betrekking tot een hoger beroep ingeleid door de verzekeringsinstelling) grotendeels op die argumenten geantwoord.

Het hof stelde vast dat de adviserend geneesheer de motiveringsverplichting opgelegd bij de wet van 29 juli 1991 moet naleven, evenwel met inachtneming van een aantal beperkende bepalingen, zoals de *zwijgplicht*, respectievelijk het *beroepsgeheim* (cf. bovenvermeld art. 4, 4°, van de wet op de motivering) en de *eerbiediging van het privé-leven* (cf. bovenvermeld art. 4, 3°, van de wet op de motivering), dat een van de grondrechten is welke beschermd worden door het Verdrag van 4 november 1950 tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden.

Wat de *motivering in rechte* betreft, wordt vereist dat de beslissing de juridische gronden vermeldt waarop ze is gebaseerd. Onder de *motivering in feite* verstaat het hof dat de beslissing onder meer de mogelijkheden moet vermelden die voor een verzekerde nog bestaan of niet om bepaalde beroepen en/of beroepencategorieën waarvoor hij/zij in aanmerking komt, uit te oefenen.

Anderzijds was het hof van oordeel dat het ontbreken van een «afdoende motivering» aanleiding geeft tot de vernietiging van de beslissing.

Vermeldenswaard is wel dat het hof, dat zich in bovenvermeld arrest zonder meer beperkt tot de vernietiging van de beslissing, in een gelijksoortig arrest (van 13 januari 1995 in de zaak L.C.M./V.H.) heeft geoordeeld, ondanks de vernietiging van de bestreden beslissing wegens een motiveringsgebrek, ook *uitspraak* te moeten doen *over de grond van de zaak*, wat trouwens volledig in overeenstemming is met de vigerende rechtspraak en rechtsleer (Cass., 26 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 734; Cass., 17 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1978, 1081; Cass., 18 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 1022, met conclusie van advocaat-generaal Lenaerts; Arbh. Luik, 7 februari 1992, *J.T.T.*, 1992, 352, met noot van Ph. Gosseries; Cambier, C., *Droit judiciaire civil*, «II. La compétence», Brussel, 1981,

629-630; Gosseries, Ph., «Contentieux de la sécurité sociale: compétence d'attribution et saisine des juridictions du travail», *J.T.T.*, 1981, nr. 33, p. 290, en nr. 43, p. 292). Uit de vernietiging van de beslissing volgt derhalve niet noodzakelijk de verdere erkenning van de arbeidsongeschiktheid (zie eveneens Arbh. Gent, 7 januari 1995, in zake V.H./RIZIV).

5. In zijn arresten van 6 maart 1995 (in zake RIZIV/L.P.) respectievelijk 20 maart 1995 (in zake RIZIV/K.H. en RIZIV/B.V.) heeft hetzelfde arbeidshof de arbeidsrechter te Gent ongelijk gegeven in zoverre deze van oordeel was dat de rechter ambtshalve moet onderzoeken of een individuele bestuurshandeling conform de wet van 29 juli 1991 gemotiveerd is. Het hof zegt uitdrukkelijk dat «de formele motiveringsverplichting opgelegd bij de wet van 29 juli 1991 een substantieel vormvereiste is, doch dat het *niet van openbare orde* is, maar eerder van dwingend recht ten voordele van de bestuurde».

Voor het overige was het hof in die arresten van oordeel «dat de bestreden GRI-beslissing, zonder de bepalingen inzake de zwijgplicht, het beroepsgeheim en van artikel 8, lid 1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden te schenden, niet alleen afdoende in rechte gemotiveerd was, doch ook op afdoende wijze de feitelijke overwegingen vermeldde die eraan ten grondslag lagen *door te verwijzen naar de beroepsmogelijkheden waarvoor de verzekerde gelet op zijn/haar gezondheidstoestand nog in aanmerking komt*».

Kortom, de motivering van de bestreden beslissing was dusdanig dat de verzekerde een zodanig inzicht had in de motieven dat hij/zij op basis van de inhoud van de akte zelf, met kennis van zaken, kon uitmaken of het aangewezen was om in beroep te gaan (cf. de rechtspraak van de Raad van State bovenvermeld).

Het doel van de wet op de motivering was, aldus nog het arbeidshof, bereikt zodat de verzekerde geen belang meer had bij de vernietiging van de GRI-beslissing wegens schending van de formele motiveringsverplichting.

6. Bij wijze van conclusie kan worden gesteld dat de waarde van het arrest van het Arbeidshof te Gent van 14 december 1994 evenals van de opeenvolgende gelijksoortige arresten van dit hof voornamelijk ligt in het feit dat het hof beperkingen aanvaardt aan het principe van de motiveringsverplichting, met name de zwijgplicht, respectievelijk het beroepsgeheim en de eerbiediging van het privé-leven, die trouwens in artikel 4 van de wet op de motivering uitdrukkelijk als uitzonderingsgronden worden vermeld.

Op die manier zijn deze arresten niet alleen van groot belang voor de verzekeringsinstellingen en het RIZIV, maar wellicht ook voor andere administratieve overheden – al dan niet in het kader van de sociale zekerheid –, die beslissingen nemen, met rechtsgevolgen voor een bestuurde, waaraan medische gegevens ten grondslag liggen.

Liesbeth Verbruggen

BURGERLIJKE RECHTBANK TE VEURNE

2e B-KAMER – 2 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Verslype

Rechters: de h. Vermeersch en mevr. Deconinck

Advocaten: mrs. Vanlerberghe en Ascrowat

Pacht – Oprichting van gebouwen en uitvoering van werken door de pachter – 1. Machtiging van de rechter – Beoordelingscriteria – Advies van ambtenaar van Ministerie van Landbouw – Juridische aard – Tijdstip van de machtiging – 2. Huurschade aan gebouwen waarvoor machtiging tot nieuwbouw is gevraagd – Gevolg voor de herstellingsverplichting

1. Als de pachter aan de rechter machtiging vraagt om gebouwen op te richten of werken uit te voeren die nuttig zijn voor de bewoonbaarheid van het gepachte goed of dienstig zijn voor de exploitatie van dat goed en die stroken met de bestemming ervan, dient de rechter zijn beoordeling uitsluitend te baseren op de twee voormelde criteria en mag hij zich niet laten beïnvloeden door overwegingen die daarmee niets uitstaande hebben.

Het in art. 26.2 Pachtwet bedoelde advies van een ambtenaar van het Ministerie van Landbouw moet op dezelfde wijze worden verleend als een gerechtsdeskundig advies. Die ambtenaar vervult dan de rol van een gerechtelijk deskundige en dient zich bijgevolg te houden aan de regels van het gerechtelijk deskundigenonderzoek.

Een voortijdige, partiële uitvoering van de werken heeft niet de gehele of gedeeltelijke ongegrondheid van de vordering tot machtiging van de rechter tot gevolg. Die machtiging kan evenwel niet meer geldig na de uitvoering van de werken worden gevraagd.

2. In de mate waarin de vordering van de pachter tot machtiging om nieuwe gebouwen op te richten gegrond is, is het antwoord dat hij intussen geen kosten maakt voor de herstelling van de gebouwen waarvan hij de nieuwbouw beoogt.

S. en D. t/De C. en B.

Praeliminaria

Bij verzoekschrift neergelegd op 26 augustus 1991 hebben geïntimeerden, na voorafgaande niet-verzoening, een vordering ingesteld tot machtiging om verbouwings-, afbraak- en wegruimingswerken en oprichtingswerken voor nieuwe gebouwen uit te voeren, meer bepaald:

- herinrichting en uitbreiding van de oude varkensstal voor een kostprijs van 3.019.000 fr. (B.T.W. excl.)

- afbraak wegruiming van schuur, open hangaar, rundveestal, met oprichting van een totaal nieuw gebouw onder één dak, nl. rundveestal, melkstal, melkhuisje, afkalfstal en bergplaats voor een kostprijs van 10.017.153 fr. (B.T.W. Excl.).

Bij tussenvonnis dd. 10 oktober 1991 heeft de eerste rechter in toepassing van art. 26, vijfde lid, Pachtwet een gerechtsdeskundig onderzoek door een bevoegde ambtenaar van het Ministerie van Landbouw bevolen.

Bij tussenvonnis dd. 26 december 1991 werd het in uitvoering van het tussenvonnis dd. 10 oktober 1991 verleend deskundig advies nietig bevonden, en werd een andere deskundige aangesteld.

Bij vonnis dd. 27 mei 1992 werden geïntimeerden gemachtigd om de werken, waarvoor zij de machtiging hebben gevraagd, uit te voeren, en werden appellanten verwezen in de gedingkosten.

...

In rechte

Appellanten voeren als beroepsgrievens aan enerzijds dat de eerste rechter geen of onvoldoende rekening hield met de

voor hem aangebrachte argumentatie, en anderzijds dat een nieuw element is tussengekomen, te weten dat geïntimeerden de litigieuze werken hebben aangevangen vooraleer het vonnis, waarbij zij tot de uitvoering ervan worden gemachtigd, werd uitgesproken.

1) In eerste orde laten appellanten gelden dat bij de beoordeling van de oorspronkelijke vordering van geïntimeerden de eerste rechter ten onrechte geen rekening heeft gehouden met – benevens het landbouwtechnisch aspect – de belangen van de verpachter en de houding van de pachter.

Daarbij concretiseren appellanten hun belangen als verpachter in het feit dat hun eigendom wordt bezwaard met een last van 10 à 12 miljoen frank, terwijl zij reeds zeventig jaar oud zijn.

Inzake de houding van de pachter verwijzen appellanten naar het feit dat geïntimeerden de hofstede slechts drie jaar geleden overnamen, en zij de bestaande gebouwen hebben laten verkommeren om aan nieuwbouw te kunnen doen.

Art. 25, § 1, Pachtwet bepaalt dat de pachter het recht heeft om alle gebouwen op te richten, mits hij ze onderhoudt en er alle lasten van draagt, en alle werken, onverschillig of het nieuwe werken, verbeteringswerken, herstellingswerken of herbouwingswerken betreft, uit te voeren, die nuttig zijn voor de bewoonbaarheid van het gepachte goed of dienstig zijn voor de exploitatie van dat goed en die stroken met de bestemming ervan.

In de wet is derhalve een tweevoudig criterium ingeschreven, nl. de nuttigheid (voor de bewoonbaarheid) of dienstigheid (voor de exploitatie) én de bestemmingsgerichtheid.

De pachter kan de bedoelde werken uitvoeren hetzij met toestemming van de verpachter, hetzij bij ontstentenis van die toestemming met machtiging van de vrederechter, hetzij zonder zodanige toestemming of machtiging, hetgeen zijn gevolg heeft voor de vergoeding van de uitgevoerde werken bij het einde van de pacht, zoals voorzien in art. 26 Pachtwet.

Wanneer de pachter de machtiging van de vrederechter solliciteert, dan dient deze zijn beoordeling uitsluitend te steunen op de twee voormelde criteria, en mag hij zich niet laten beïnvloeden door overwegingen die geen uitstaans hebben met het in art. 25, § 1 Pachtwet bepaalde (Eeckloo, R., en Gotzen, R., *Pacht en voorkoop*, p. 244; Sevens, M., en Traest, G., *Pacht, A.P.R.*, p. 307).

Met toepassing van deze regel zijn de door appellanten ingeroepen «belangen van de verpachter» irrelevant.

Met de omvang van de werken of de kostprijs ervan als zodanig dient bij de beoordeling geen rekening te worden gehouden, zodra vaststaat dat die werken beantwoorden aan de tweevoudige wettelijke voorwaarde.

De leeftijd van de verpachter maakt evenmin een overweging uit die kadert in de bepaling van art. 25, § 1 Pachtwet, en is bijgevolg inoperant.

T.a.v. de door appellanten ingeroepen «houding van de pachter» geldt dezelfde bevinding.

De reeds verlopen pachtijd is in de wet niet als beoordelingscriterium voorzien.

Wat betreft de bewering van appellanten dat geïntimeerden de bestaande gebouwen hebben laten «verkommeren en ten onder gaan» met het opzet nieuwe gebouwen te kunnen oprichten, dient vastgesteld dat de eerste aanvraag tot machtiging van geïntimeerden dateert van vóór de brand, waardoor een deel der gebouwen werd vernield of beschadigd, hetgeen het beweerde inzicht of opzet weerlegt.

Tenslotte maakt ook de realisatie van een meerwaarde geen voorwaarde uit die in art. 25, § 1, is ingeschreven.

Het eerste middel van appellanten is geheel ongegrond.

2) De eerste rechter heeft conform het voorschrift van art. 26, 1 Pachtwet het advies ingewonnen van de bevoegde ambtenaar van het Ministerie van Landbouw.

Bij tussenvonnis dd. 10 oktober 1991 werd rijkslandbouwkundig ingenieur D. Persyn aangesteld als gerechtsdeskundige.

Wegens de niet-contradictoire uitvoering van het gerechtsdeskundig onderzoek werd het door de voornoemde deskundige neergelegd verslag nietig bevonden bij tussenvonnis dd. 26 december 1991, en werd o.a. rijkslandbouwkundig ingenieur E. Deprettere met een nieuw deskundig onderzoek gelast.

Tegen het door deze deskundige neergelegd verslag voeren appellanten aan dat het advies niet conform art. 26 Pachtwet is gegeven wegens de onbevoegdheid van de betrokken ambtenaar, dat het deskundig onderzoek niet op objectieve wijze werd uitgevoerd, en dat het gegeven advies onjuist is.

De betwisting over de bevoegdheid betreft de kwestie of een ambtenaar van het Ministerie van Landbouw als gerechtsdeskundige kan of mag optreden.

Geïntimeerden maken gewag van een omzendbrief van de Minister van Landbouw volgens dewelke een ambtenaar niet als gerechtsdeskundige mag optreden.

Deze kwestie maakt een louter administratief-disciplinaire aangelegenheid uit, en heeft geen enkele impact op de regelmatigheid en geldigheid van het gegeven advies als zodanig.

Op het vlak van de rechtspleging is de gestelde betwisting niet dienend, omdat het advies van de bevoegde ambtenaar voorzien in art. 26 Pachtwet op dezelfde wijze moet worden verleend als een gerechtsdeskundig advies: de ambtenaar vervult de rol van een expert, en moet zich bijgevolg houden aan de regels die inzake expertise van toepassing zijn (Sevens, M., en Traest, G., *op.cit.*, p. 307).

Om die reden heeft de eerste rechter volkomen terecht het advies van de eerste aangestelde ambtenaar als niet-contradictoir afgewezen.

Het tweede onderzoek werd met inachtneming van de inzake gerechtsdeskundig onderzoek geldende voorschriften uitgevoerd, en het gegeven advies moet dan ook als formeel regelmatig worden weerhouden.

De mogelijke overtreding van een bij ministeriële omzendbrief gegeven richtlijn is, zoals reeds overwogen, een strikt intern-administratieve aangelegenheid en doet geen enkele afbreuk aan deze formele regelmatigheid.

T.a.v. de objectiviteit van het gegeven advies werpen appellanten tegen dat het verslag van ir. E. Deprettere een «karakatuur» is, omdat «de ene heeft overgeschreven wat de andere heeft neergeschreven».

Appellanten steunen deze aantijging op het feit dat ir. E. Deprettere in het bezit was van het verslag van ir. D. Persyn.

Het enkele feit dat de tweede deskundige in het bezit was van het verslag van de eerste aangestelde deskundige, doet op zichzelf geen gebrek aan objectiviteit vaststellen, waar in concreto uit niets blijkt dat de tweede deskundige bij het verstrekken van zijn advies werd beïnvloed door de bevindingen en besluitvorming van de eerste aangestelde.

Dat het advies van de beide deskundigen gelijkluidend is staat vanzelfsprekend als zodanig evenmin een gebrek aan objectiviteit.

Het verslag van ir. E. Deprettere moet «in se» worden beoordeeld naar de juistheid van de erin weergegeven bevindingen en besluitvorming, en het is zeer opvallend dat appellanten terzake geen enkel concrete weerlegging aanvoeren.

Het door de bevoegde ambtenaar te verlenen advies moet betrekking hebben op de in art. 25, § 1 Pachtwet gestelde voorwaarden, d.w.z. dat de bevoegde ambtenaar moet nagaan of de geplande gebouwen en werken wel degelijk nuttig zijn voor de woonbaarheid van het pachtgoed of dienstig voor de exploitatie ervan, en of ze stroken met de bestemming van het pachtgoed.

Onder de dienstigheid voor de exploitatie moet worden begrepen dat het geplande gebouw of werk landbouwtechnisch verantwoord is (d'Udekem d'Acoz, H. en Snick, I., *De pachtovereenkomst*, p. 434, nr. 827).

In zijn verslag van 7 mei 1992 heeft ir. E. Deprettere voor elk van de vernieuwingen of aanpassingen, waarvoor machtiging door geïntimeerden is gevorderd, in concreto nagegaan of die aan de tweevoudig wettelijke voorwaarde voldoen, en een gunstig advies uitgebracht.

Wat de bestemmingsgerichtheid betreft, die dient beoordeeld in functie van het gehele landbouwbedrijf (d'Udekem d'Acoz, H., en Snick, I., *op.cit.*, p. 434, nr. 828), heeft ir. E. Deprettere eveneens de concrete gegevens betreffende het betrokken bedrijf weergegeven en op basis daarvan gunstig geadviseerd.

Appellanten weerleggen geen enkele van de door de deskundige voor de toepassing van het tweevoudig wettelijk criterium gedane bevindingen.

T.a.v. de tegenwerping van appellanten dat het deskundig advies werd gegeven in een ingevolge brand- en huurschade complexe toestand, dient overwogen dat de deskundige zo als expliciet uit zijn verslag blijkt, kennis had van de gebeurde feiten en vanuit het tweevoudig criterium van dienstigheid en bestemmingsgerichtheid rekening houdend met die feiten geen andersluidend advies heeft verstrekt.

De concrete bevindingen van de deskundige, die in het verslag zijn weergegeven, doen vaststellen dat de door appellanten ingeroepen gebeurde feiten voor de toepassing van art. 25, § 1, Pachtwet niet tot een andere beoordeling leiden.

Het advies van ir. E. Deprettere blijft dan ook voor deze Rechtbank als grond weerhouden.

Over de interferentie tussen de door geïntimeerden gevorderde machtiging en hun herstelverplichting wordt hierna gehandeld.

3) Appellanten laten gelden dat bepaalde van de bestaande gebouwen, waarvoor geïntimeerde de machtiging tot vernieuwing of aanpassing vorderen, beschadigd werden door brand en door gebrek aan herstelling en onderhoud, en dat geïntimeerden als pachter aansprakelijk zijn voor de herstelling van die schade.

Enerzijds betogen appellanten dat geïntimeerden door hun vordering inzake nieuwbouw pogen te ontsnappen aan die herstelverplichting.

Anderzijds poneren appellanten dat «ten einde een duidelijke toestand te scheppen tussen pachter en verpachter» de brand- en huurschade voorafgaandelijk moeten worden vastgesteld en daartoe een gerechtsdeskundig onderzoek dient bevolen.

Inzake het opzet van geïntimeerden dient overwogen, zoals reeds hoger werd gedaan, dat dit geenszins bewezen voorkomt, aangezien de oorspronkelijke vordering tot machtiging tot uitvoering van de litigieuze werken werd ingesteld alvorens de door appellanten ingeroepen schadefeiten zich hebben voorgedaan.

Op 2 mei 1991 werd de loods, bestaande uit melkhuis, koe-stal en opslagplaats, door brand beschadigd.

Bij vonnis op tegenspraak dd. 14 november 1991 van de vrederechter van het kanton Veurne werd vastgesteld dat geïntimeerden als pachter aansprakelijk zijn voor die brandschade en werd het schadebedrag vastgesteld op 1.138.195 fr. + B.T.W. (st. 6 van geïntimeerden).

Appellanten miskennen het gezag van gewijsde van dit vonnis wanneer zij stellen dat het bedrag van de brandschade niet vaststaat, zoals ook in het bestreden vonnis geoordeeld waar de tegenvordering terzake van appellanten niet-toelaatbaar werd verklaard.

De aanstelling van een gerechtsdeskundige is niet dienend, en de vordering van appellanten, dat in graad van hoger beroep dient gezegd voor recht dat de door de brand vernielde gebouwen door de pachter moeten heropgericht worden, is ongegrond.

Inachtgenomen het feit dat de omvang van de brandschadevergoeding reeds in rechte is vastgesteld, maakt de kwestie van de brandschade geen enkel beletsel uit voor het verlenen van de gevorderde machtiging, noch voor de latere begroting van de eindpachtvergoeding.

De huurschade werd door appellanten voor het eerst ingeroepen in hun voor de eerste rechter genomen besluiten dd. 29 april 1992.

In hun conclusies dd. 26 september 1991 hadden appellanten wel gewag gemaakt van stormschade (voorgevallen in 1990), doch bij het vonnis op tegenspraak dd. 26 september 1991 van de vrederechter van het kanton Veurne (st. 10 van appellanten) werd reeds geoordeeld dat appellanten als verpachter moeten instaan voor de herstelling van de stormschade, zodat ook terzake gezag van gewijsde voorligt.

De huurschade die appellanten nadien hebben ingeroepen, is volgens hen ontstaan doordat geïntimeerden nalieten na de brand de dakplaten terug te plaatsen en de nodige herstellingen en onderhoudswerken uit te voeren.

De schade waarop appellanten doelen, is derhalve ontstaan in de loop van de huidige procedure, die is ingezet bij verzoekschrift dd. 19 juli 1991 (tot oproeping in verzoening).

Die schade betreft precies een deel van de bestaande gebouwen, waarvoor geïntimeerden hun vordering tot machtiging hebben ingesteld.

Het is volkomen aannemelijk dat geïntimeerden geen kosten hebben gemaakt voor de herstelling van gebouwen waarvan zij de nieuwbouw beoogden.

In de mate dat de vordering van geïntimeerden tot machtiging om die nieuwbouw uit te voeren gegrond is, komt ook de niet-herstelling intussentijd verantwoord voor.

A contrario dient overwogen dat in de mate waarin het verzet van appellanten tegen de vordering tot machtiging ongegrond is, zij in de – lopende de procedure – ontstane huurschade geen middel tot verzet tegen of uitstel van die machtiging kunnen putten.

Om die reden is de door appellanten gevorderde aanstelling van een gerechtsdeskundige ook niet dienend.

Op grond van de bovenstaande vaststellingen en overwegingen is de kwestie van de door appellanten ingeroepen brand- en huurschade geheel inoperant.

4) In hun beroepsakte voeren appellanten een nieuw middel aan, tegen het feit dat geïntimeerden de bouwwerken hebben aangevangen vooraleer het vonnis waarbij zij tot de uitvoering van die werken werden gemachtigd was uitgesproken.

Appellanten poneren dat om die reden geïntimeerden moeten worden uitgesloten van de eindpachtvergoeding en dat door de voortijdige uitvoering van die werken de vordering tot machtiging van geïntimeerden in haar geheel zonder voorwerp, minstens ongegrond is.

Uit de door appellanten voorgelegde stukken, inzonderheid de gerechtsdeurwaardersvaststelling dd. 25 mei 1992 blijkt dat de werken voor de aanbouw van een nieuwe zeugenstal reeds gedeeltelijk waren uitgevoerd (st. 1 van appellanten).

Inzake de sanctie van niet-vergoedbaarheid dient vastgesteld dat dit verweer van appellanten voorbarig is.

De kwestie van de eindpachtvergoeding moet immers worden beoordeeld bij de beëindiging van de pacht.

Anderdeels heeft een voortijdige, partiële uitvoering van de werken niet de gehele of gedeeltelijke ongegrondheid van de vordering tot machtiging voor gevolg.

De machtiging van de vrederechter heeft dezelfde gevolgen als de schriftelijke toestemming van de pachter (Sevens, M., en Traest, G., *op.cit.*, p. 306, nr. 315).

In art. 26 Pachtwet is niet bepaald wanneer de toestemming of machtiging moet worden gevraagd.

In de rechtsleer wordt algemeen aangenomen dat de toestemming ook tijdens of zelfs na de uitvoering van de werken kan worden gesolliciteerd (Eeckloo, R., *Pacht en verkoop*, nr. 431; Sevens, M., en Traest, G., *op.cit.*, p. 306, nr. 316; Eeckloo, R., en Gotzen, R., *Pacht en verkoop*, p. 239).

Aangezien art. 26, 1, vijfde lid, Pachtwet voorschrijft dat bij het verzoek tot machtiging aan de vrederechter een beschrijving van de uit te voeren werken en een raming van de kosten moet worden gevoegd, moet worden aangenomen dat de machtiging niet meer kan worden gesolliciteerd na de uitvoering der werken (d'Udekem d'Acoz, H., en Snick, I., *op. cit.*, p. 352, nr. 585).

In casu werd de vordering tot machtiging ingesteld bij het verzoekschrift dd. 19 juli 1991 (tot oproeping in verzoening).

De door appellanten gewraakte werken werden kennelijk aangevangen in de loop van de maand mei 1992, d.w.z. niet alleen na het instellen van de vordering tot machtiging, maar ook nadat het gunstig advies van de gemachtigde ambtenaar was neergelegd en slechts enkele dagen voor de uitspraak van het vonnis.

Appellanten betwisten niet dat de kwestieuze werken zijn uitgevoerd overeenkomstig de bij het bestreden vonnis gegeven machtiging.

In die omstandigheden ligt de ongegrondheid van de vordering tot machtiging om de voormelde reden zeker niet voor, laat staan dat die vordering zonder voorwerp zou zijn geworden.

5) Appellanten laten tenslotte als grief gelden dat in het bestreden vonnis het bedrag van de door de eerste rechter aanvaarde kostenraming niet is vermeld.

In zoverre appellanten hierop hun vordering stoelen om «de bedragen te vermelden waarvoor op het einde van de

pacht een vergoeding zou dienen betaald te worden (...)», dient opnieuw overwogen dat de huidige rechtspleging niet strekt tot het bepalen van de eindpachtvergoeding die eerst bij de beëindiging van de pacht kan worden begroot doch enkel tot de machtiging tot het uitvoeren van bepaalde werken.

De aldus geformuleerde vordering is praematuur en kan dan ook niet aangenomen worden.

Het beschikkend gedeelte van het vonnis a quo is gelibelleerd als volgt: «machtigt partijen D. en B. om op het pachtgoed (...) de bouwwerken uit te voeren hierboven opgesomd.».

T.a.v. de door appellanten geformuleerde grief dient vooreerst overwogen dat in de wettekst, inzonderheid art. 26, 1 Pachtwet geen formeel voorschrift tot expliciete vermelding van het aanvaard kostenbedrag is opgenomen en a fortiori geen sanctie op de niet-vermelding is voorzien.

Anderdeels is het vanzelfsprekend dat de rechtszekerheid vereist dat duidelijk blijkt voor welke werken en voor welk kostenbedrag de machtiging wordt verleend.

Het beschikkend gedeelte maakt één geheel uit met de rest van het vonnis, waarvan het de beslissing formuleert.

Waar in het beschikkend gedeelte van het bestreden vonnis de machtiging wordt verleend voor de bouwwerken «hierboven opgesomd», dient vastgesteld dat er slechts één opsomming in het vonnis voorkomt, nl. bij de omschrijving van de eis van geïntimeerden.

Er ligt derhalve geen leemte of dubbelzinnigheid voor.

Ten einde evenwel elke onduidelijkheid uit te sluiten, wordt in het dispositief van het onderhavig vonnis het aanvaard kostenbedrag expliciet vermeld.

Waar de door appellanten voor deze Rechtbank aangevoerde middelen falen naar recht, is het door hen ingesteld hoger beroep geheel ongegrond.

Geïntimeerden hebben een tegenvordering ingesteld strekkend tot veroordeling van appellanten tot betaling van een schadevergoeding ad 100.000 fr. wegens teregt en roekeloos geding.

Appellanten hebben bij het formuleren van hun verweer alle mogelijke middelen uitgeput.

Dit feit, noch de ongegrondheid van die middelen maken het door hen ingesteld hoger beroep evenwel teregt en roekeloos.

Appellanten hebben evenmin op dilatoire wijze de rechtspleging benaardstigd, noch anderszins misbruik gemaakt van hun recht van verweer.

De tegenvordering komt dan ook ongegrond voor.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE KORTRIJK

2e KAMER – 1 FEBRUARI 1994

Rechter: de h. Beerens

Advocaten: mrs. D'Hulster en van den Berghe

Geneeskunde – 1. Uitvoeren van legale abortus – Aard van de verbintenis – 2. Aansprakelijkheid – Vordering van ouders tot vergoeding van schade als gevolg van mislukken van abortus – Rechtmatigheid – Voordeelstoerekening

1. *Het uitvoeren van een gevraagde legale abortus na zes weken zwangerschap, gevolgd door een controle na ongeveer veer-*

tien dagen, legt aan de behandelende geneesheer een resultaatsverbintenis op.

2. *De vordering van ouders tot vergoeding van de schade die zij hebben geleden als gevolg van het mislukken van een abortus en de geboorte van een initieel ongewenst kind, is niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden.*

Bij de berekening van de omvang van de schade moet er voordeelstoerekening plaatshebben ten voordele van de aansprakelijke en moet rekening worden gehouden met de voordelen en plichten die de geboorte van een kind normalerwijze voor de ouders meebrengt, met name de immateriële voordelen voortvloeiend uit de geboorte van het kind, zoals de liefde, de affectie en de vriendschap van het kind voor zijn ouders, de materiële voordelen, zoals de belastingverminderingen, de kinderbijslag, bouwpremies, en de wettelijke onderhoudsverplichting van ouders tegenover hun kinderen.

S. en V. t/ V.

De feiten

1. Eisers zetten uiteen dat tweede eiseres op 6 januari 1991 op het kabinet van verweerder in het Medisch Instituut op consult is geweest, toen zij ongeveer zes weken zwanger was; dat, daar de geboorte van een kind om medische en persoonlijke redenen ongewenst was, besloten werd tot afbreking van de zwangerschap; dat op 10 januari 1991 verweerder een volgens hem «volledig gerechtvaardigde abortus» uitvoerde; dat op 22 januari 1991 tweede eiseres ter nacontrole kwam en verweerder haar slechts vaginaal onderzocht en liet kennen dat alles goed verlopen was; dat, toen tweede eiseres in de zevende week na de curettage nog steeds geen maandstonden had, zij verweerder opbelde en verweerder stelde dat zij zich geen zorgen hoefde te maken, dat hij voor een goeie week met vakantie ging en dat zij dan maar moest terugkeren na zijn vakantie; dat op 15 maart 1991 tweede eiseres dan opnieuw op consultatie ging bij verweerder; dat verweerder dan na onderzoek de mededeling deed dat zij opnieuw zwanger was van ongeveer zes weken; dat tweede eiseres verklaarde dat dit onmogelijk was, en op de vraag of zij dan een nieuwe curettage moest ondergaan, verweerder antwoordde dat dit te gevaarlijk zou zijn; dat dit onder andere een ernstige echtelijke ruzie tot gevolg had daar eerste eiser van twee eisers niet kon aannemen dat hij opnieuw een kind bij haar had verwekt; dat tweede eiseres dan op 18 maart 1991 bij dr. S. op consult is gegaan teneinde zijn diagnose en mening te kennen; dat uit de door deze dokter uitgevoerde echografie bleek dat zij op 18 maart 1991 ongeveer 16,5 weken zwanger was; dat op dergelijke leeftijd zwangerschaps-onderbreking noch legaal noch om ethische redenen nog mogelijk was; dat het kind gezond en wel geboren is op 13 september 1991 en de naam van Benjamin S. draagt.

2. De feiten zoals door eisers uiteengezet kunnen door verweerder niet ernstig betwist worden.

Tweede eiseres heeft zich tot hem gewend in zijn functie van geneesheer teneinde een legaal volledig verantwoorde abortus uit te voeren met nacontrole.

De abortus gebeurde op 10 januari 1991 toen tweede eiseres ongeveer zes weken zwanger was.

De gevraagde abortus was legaal verantwoord er mag aangenomen worden dat tweede eiseres in een noodsituatie verkeerde wegens haar niet meer zo jeugdige leeftijd (° 23 de-

ember 1952) en haar medische voorgeschiedenis en gezondheidstoestand (verhoogde bloeddruk, nierproblemen, vroeger diepe veneuze trombose, arthrose). Bovendien waren eisers ook materieel en financieel niet berekend op de komst van nog een broertje voor hun reeds 16-jarige zoon. Eerste eiser was beroepsmilitair (eerste-sergeant bij de Luchtmacht) en ingevolge de reorganisatie in het Belgisch leger was hij na 17 jaar dienst in Duitsland gemuteerd naar A. Tweede eiseres was in Duitsland tewerkgesteld als bediende in de privé-sector en was ingevolge de mutatie van haar man naar België werkloos. Het gezin kocht hier in België een bungalow met een plat dak en slechts twee slaapkamers.

Deze abortus is mislukt en bij de nacontrole op 22 januari 1991 heeft verweerder tweede eiseres ten onrechte voorgelaten dat alles in orde was.

Het attest van 18 maart 1991 van dr. S. met betrekking tot een door hem uitgevoerde zwangerschapsequografie stelt letterlijk: «Er is een vergrote baarmoeder aanwezig met een goed beweeglijke foetus en een regelmatig hartritme. De foetale biometrie met bipartiële diameter, hoofdomtrek en abdominale contour wijst op een zwangerschap van bijna 16,5 weken, wat een verwachte bevallingsdatum geeft op 31 augustus 1991».

Er zijn geen redenen om aan deze vaststellingen van dr. S. te twijfelen en dat het kind uiteindelijk slechts op 13 september 1991 is geboren wil niets zeggen nu heel wat kinderen na de termijn van 9 maanden of 40 zwangerschapsweken worden geboren.

In ieder geval wil dit niet zeggen dat de conceptie noodzakelijkerwijze rond 13 december 1990 gebeurd zou zijn.

3. De vordering van eisers betreft een vordering tot vergoeding van de schade die zij als gevolg van het mislukken van de abortus en de geboorte van het kind als gevolg daarvan hebben geleden.

Het betreft duidelijk een «wrongful birth vordering» of een vordering van de vader en de moeder tegen degene door wiens fout het initieel ongewenste kind uiteindelijk geboren werd.

Die vordering is van contractuele aard: eisers vroegen verweerder om de uitvoering van een legaal verantwoorde abortus die mislukt is.

4. De vordering van eisers is geenszins ontoelaatbaar en strijdig met de openbare orde en/of de goede zeden. Het bestaansrecht van het kind zelf wordt niet ter discussie gesteld.

De bekommernis van mannen of vrouwen om geen kinderen (meer) te krijgen wordt in onze maatschappij als rechtmatig erkend.

Het gebruik van allerlei anticonceptiva wordt heden ten dage niet alleen meer geduld, maar is zonder meer geoorloofd en wordt in sommige omstandigheden door de overheid sterk aanbevolen.

Bovendien werd bij wet van 3 april 1990 (*B.S.*, 5 april 1990) abortus in geval van noodsituaties wettelijk geregeld en is in dat geval voor het einde van de 12e week na de bevruchting niet langer een misdrijf. De vraag tot abortus is in een dergelijk geval dus niet langer onrechtmatig.

Het is inderdaad mogelijk dat het kind psychische schade oploopt als het later hoort dat het niet alleen ongewenst was maar dat zijn ouders hem ook als schadepost hebben voorgesteld voor de rechter en dat de rechter – en dus de maatschappij – dit hebben erkend.

Echter, het risico op psychische schade betekent nog niet dat deze vordering tot schadevergoeding daarom onrechtmatig is. Immers, het risico op psychische schade bestaat ook bij de zogenaamde laatkomertjes, bij adoptiekinderen... en niemand zal gaan beweren dat hier enige onrechtmatigheid mee gepaard gaat.

Bovendien zijn de schadeëisen van een vrouw die door de schuld van een man een ongewenst buitenechtelijk kind ter wereld heeft gebracht, met name de kosten verbonden aan de zwangerschap, geboorte en onderhoud van het ongewenste kind, nooit onrechtmatig genoemd en ook daar bestaat een even grote of mogelijk nog grotere mogelijkheid van psychische schade voor het kind dat later moet horen bijvoorbeeld het produkt te zijn van een ongemeen ergerlijke verkrachting...

5. De rechtbank is van oordeel dat een gevraagde legale abortus aan zes weken zwangerschap zoals in casu, *gevolgd door een controle* van ± 2 weken, zoals in casu, aan de geneesheer een resultaatsverbintenis oplegt. Zelfs in geval van mislukking de eerste maal, wat bij grondige controle (niet louter vaginaal) vastgesteld moest zijn geweest, kon alles nog rechtgetrokken worden met een tweede ingreep.

Omdat de abortus zo vroeg in de zwangerschap gebeurde en bovendien spoedig gevolgd werd door een controle waarna alles nog kon worden rechtgetrokken, mag aangenomen worden dat op verweerder zeker een verbintenis tot resultaat weegt. Gelet op deze resultaatsverbintenis dient geen effectieve fout bewezen te worden. Het resultaat werd niet bereikt nu de vrucht niet weggenomen werd en verweerder heeft een geoorloofde gezinsplanning bij eisers aldus doorkruist.

6. Wat de schade betreft die als gevolg hiervan is ontstaan, moet de rechtbank in concreto de vergelijking maken van de huidige toestand van de vader en de moeder van het ongewenste kind met de hypothetische toestand waarin zij zich bevonden zouden hebben zo de fout van de wederpartij (verweerder) zich niet had voorgedaan en er dus geen kind geboren zou zijn.

7. In ons recht bestaat geen algemene positieve schadebeperkingsplicht voor de benadeelden, eisers, in die zin dat zij a) niet gehouden geacht kunnen worden door enige abortusplicht bij een reeds relatief ver gevorderde zwangerschap en b) evenmin gehouden geacht kunnen worden het kind bij zijn geboorte voor adoptie af te staan.

a) J. Ronse en L. Dewilde in *Schade en Schadeloosstelling*, A.P.R., Brussel, 1984, blz. 336 e.v., nr. 482, stellen vast in welke omstandigheden de weigering van het slachtoffer een heelkundige bewerking te ondergaan als fout kan worden aangemerkt, meer bepaald aan volgende vereisten samen dient voldaan te worden:

- afwezigheid van gevaar aan de ingreep verbonden;
- de ingreep mag niet te pijnlijk zijn;
- een zeer hoge graad van waarschijnlijkheid nopens de schadevermindering;
- de kosten van de ingreep moeten worden voorgeschoten door de aansprakelijke;
- alle nieuwe schadelijke gevolgen van de ingreep moeten door de aansprakelijke worden vergoed.

Aangenomen mag worden dat eisers zeker er niet toe gehouden geacht mogen worden om in het buitenland op kosten van verweerder bij een zwangerschapsduur van 16,5 weken nog een (in het buitenland niet strafbare) abortus te la-

ten uitvoeren. Alleen al de psychische band tussen moeder en kind kan, hoewel ab initio afwezig, toch inmiddels zo ver gevorderd zijn dat de moeder gewoon een abortus aan 16,5 weken niet meer aankan, wat in casu het geval blijkt te zijn geweest. Cf. stuk 3 eisers: brief van 3 april 1991 van eisers aan de verzekeraar van verweerder: «Tijdens mijn telefonische confrontatie-beschuldiging van dr. V. raadde deze mij aan de zwangerschap in Nederland te laten onderbreken: hijzelf zou de kosten op zich nemen. Maar mijn man en ikzelf vonden het onderbreken van een zwangerschap op 6 of op 16,5 weken een «levensbreed» verschil. Wij konden het niet met ons geweten in overeenstemming brengen dit leven te beëindigen en besloten noodgedwongen het kind te houden.»

b) Wegens de lichamelijke en psychische band die er tussen ouders en kind groeide kunnen eisers er ook niet toe gehouden geacht worden het kind ter adoptie af te staan. Bovendien is het voor het kind toch in de regel het beste als het in zijn «natuurlijk familieverband» kan opgroeien. Het is niet strijdig met een algemene zorgvuldigheidsnorm of met de goede trouw bij de uitvoering van het contract dat eisers abortus in het buitenland na 16,5 weken of ter adoptie afstaan bij de geboorte van het kind hebben geweigerd.

8. In ons Belgisch recht wordt de Schutznormtheorie algemeen afgewezen. De rechtbank is evenwel van oordeel dat bij de berekening van de omvang van de schade voordeels-toerekening moet plaatshebben ten voordele van de aansprakelijke, d.w.z. dat bij de schadeberekening rekening moet worden gehouden met de voordelen en plichten die de geboorte van een kind normalerwijze met zich brengt voor de ouders.

Allereerst zijn er de immateriële of morele voordelen voortvloeiend uit de geboorte van het kind, zoals de liefde, affectie en vriendschap van het kind voor zijn vader en moeder.

Daarnaast zijn er de materiële voordelen, zoals belastingverminderingen, kindergeld, bouwpremies en de wettelijke onderhoudsverplichting van ouders ten opzichte van het kind.

Het Hof van Cassatie oordeelt in dezen dat de rechter bij de raming van de geleden schade slechts met latere gebeurtenissen rekening mag houden die de toestand van de benadeelde persoon verbeteren, zo die gebeurtenissen niet vreemd zijn aan de onrechtmatige daad of aan de schade zelf (cf. Cass., 31 maart 1952, A.C., 1952, 423, en Cass., 19 februari 1973, A.C., 1973, 608).

De theorie van de voordeelstoerekening zoals hierboven uiteengezet beantwoordt ongetwijfeld aan het door het Hof van Cassatie gestelde criterium over de invloed van de latere gebeurtenissen bij de schadeberekening.

9. Het is wel zo dat de ouders de wettelijke verplichting hebben hun kinderen levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding te verschaffen (art. 203, § 1, B.W.). Kan men in casu spreken van een onderbreking van het oorzakelijk verband door de eigen juridische oorzaak (de wettelijke verplichting van art. 203, § 1, B.W.)?

Het Hof van Cassatie heeft in de arresten van 9 maart 1984 en 15 maart 1985 het volgend (nieuw) criterium vastgelegd en aangenomen: «dat het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting wel kan verhinderen dat schade in de zin van art. 1382 B.W. ontstaat, inzonderheid wanneer, blijkens de inhoud of strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement, de te verrichten uitgave of

prestatie definitief voor rekening moet blijven van degene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten, zelfs als de omstandigheid op grond waarvan tot uitvoering van de uitgave of de prestatie moet worden overgegaan, een gevolg is van de onrechtmatige daad.»

De rechtbank is van oordeel dat dit criterium te dezen niet vervuld is, dat nog aangenomen zou kunnen worden dat tussen familieleden de familierechtelijke regels inzake onderhoud de voorrang moeten hebben op de aansprakelijkheidsregels, maar dat zulks niet geldt ten opzichte van derden door wier schuld zo'n onderhoudsverplichting ontstaat doordat zij een geoorloofde gezinsplanning hebben doorkruist.

Het materiële onderhoud van een kind kan wel degelijk een schadepost vormen ten laste van de aansprakelijke voor de geboorte van het kind.

Zulks werd reeds bij herhaling bevestigd door de 19e-eeuwse rechtspraak die aldus de onderhoudsuitgaven van de moeder van een ongewenst natuurlijk kind vergoedde op grond van art. 1382 B.W. ten laste van de derde aansprakelijke voor de geboorte (de natuurlijke of overspelige vader).

Dit ging zo ver dat het principe later werd bekrachtigd in een wetbepaling (art. 340, C, B.W. – inmiddels gewijzigd).

Dat wil niet zeggen dat met de wettelijke opvoedingsplicht van de ouders geen rekening zou kunnen worden gehouden bv. bij de voordeelstoerekening ten voordele van de aansprakelijke (cf. punt 8).

Echter, de extra-materiële kosten die de geboorte van het ongewenste kind met zich brengt, zijn wel een principiële schadepost, verhaalbaar op de aansprakelijke voor diens geboorte.

10. Concrete berekening der schade

– Vordering van Linda V.:

a) Medische kosten

De gevorderde som van 31.181 fr. kan worden toegestaan gelet op de overgelegde stukken 18, 19 en 20 en nu deze kosten ongetwijfeld niet gemaakt zouden moeten zijn ware de abortus gelukt.

De vergoedende rente wordt toegekend vanaf het tijdstip waarop de kosten zijn gemaakt, dus vanaf de geboorte op 13 september 1991. De gerechtelijke rente wordt toegekend vanaf de dagvaarding tot integrale betaling.

b) Inkomstenderving

Het is zo dat tweede eiseres reeds werkloos was ingevolge de mutatie van eerste eiser als militair naar België toen zij zwanger werd. Het krijgen van een tweede kind wanneer er al een zoon van 16 jaar is, betekent hooguit een vertraging in het zoeken naar ander werk van maximaal 12 maanden, zijnde de zwangerschapsmaanden + de periode van het wettelijk zwangerschapsverlof nu een werkgever niet geneigd zal zijn een zwangere of pas bevallen werkneemster voor het eerst in dienst te nemen. Daarna vormt het kind op zich geen enkel beletsel meer om naar nieuw werk te zoeken en er te vinden. Er zijn erkende crèches waar het kind tijdens de werkuren opgevangen kan worden en de kosten van de kinderopvang voor de eerste drie levensjaren zijn afhankelijk van het inkomen en grotendeels fiscaal recupereerbaar... Bovendien, wanneer de tweede eiseres hele dagen thuis is, liggen haar eigen kosten niet zo hoog als wanneer ze alle dagen moet uit werken gaan (kosten vervoer, kleding) en kan zij zelf heel wat klusjes opknappen die ze misschien anders

moet laten doen bij gebrek aan tijd... Bovendien is het lang niet zeker dat tweede eiseres, ware zij niet zwanger geweest, werk zou hebben gevonden als bediende dat jaar van de geboorte (o.a. gelet op de leeftijd van tweede eiseres).

Aldus kent de rechtbank *ex aequo et bono* 100.000 fr. toe, rekening houdend o.a. met de voordeelstoerekening en al de vreugden verbonden aan de opvoeding van een piepjong kind waarvan eisers niet tegenspreken dat zij deze hebben ervaren en met de tegemoetkoming van de overheid (fiscaal) in de kosten kinderopvang. De raming van de schade is gebeurd op heden en de gerechtelijke rente wordt toegekend vanaf heden tot integrale betaling.

c) *Morele schade*

De gevorderde 1 fr. mag worden toegekend.

– Vordering van Ronny S. en Linda V. namens de huwge-meenschap

a) *Kosten opvoeding en onderhoud van het kind*

De extra-kosten verbonden aan de opvoeding van het kind vormen ongetwijfeld een schadepost.

De rechtbank houdt rekening met: 1) de voordeelstoerekening voormeld, alle vreugden die het ouderschap biedt, alle fiscale en andere tegemoetkomingen van de overheid in de opvoeding van de kinderen; 2) met het feit dat eisers wettelijk gezien de opvoedingsplicht moeten dragen; 3) met het feit dat eisers de extra-materiële opvoedingskosten ineens en vervoegd zullen uitgekeerd krijgen en kent *ex aequo et bono* toe de som van 520.000 fr.

De raming van de schade is gebeurd op heden en de gerechtelijke rente wordt toegekend vanaf heden tot integrale betaling.

b) *Verbouwing*

De rechtbank kan niet aannemen dat de geboorte op zich van een tweede kind onmiddellijk noodzaakte tot het bouwen van een bijkomende slaapkamer, zeker niet nu de twee kinderen hetzelfde geslacht hebben.

Het is niet ongewoon dat twee jongens in dezelfde kamer slapen. Zelfs al zou het een kleine slaapkamer betreffen dan valt met de techniek van stapelbedden heel wat op te lossen. Bovendien houden heel wat moeders het kind tijdens het eerste levensjaar op de eigen ouderlijke slaapkamer.

In ieder geval is het zo dat eisers een hele dakconstructie op hun bungalow lieten plaatsen waar meer kamers ondergebracht kunnen worden en waardoor hun woning ongetwijfeld een grote meerwaarde krijgt (cf. foto's overgelegd door eisers).

Bovendien waren er, indien er toch voor een bijkomende kamer werd gekozen, heel wat andere mogelijkheden, bv. opdelen van de grootste slaapkamer in twee, afnemen van de livingruimte voor een slaapkamer, een gedeelte van de hal ombouwen tot slaapkamer e.d.

Niettemin kan toch voor extra-materiële uitrustings- en/of verbouwingskosten, weerom rekening houdend met de voordeelstoerekening, *ex aequo et bono* de som worden toegekend van 100.000 fr.

De raming van de schade is gebeurd op heden en de gerechtelijke rente wordt toegekend vanaf heden tot integrale betaling.

NOOT – Zie over deze problematiek Kruithof, R., «Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?», *R.W.*, 1986-87, 2737-2778.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 5 maart 1993

Overeenkomst – Wederkerige overeenkomst – Contractuele wanprestatie van beide partijen – Gehoudenheid tot schadeloosstelling

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 9 september 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat, krachtens artikel 1149 van het Burgerlijk Wetboek, in geval van foutieve niet-uitvoering van een contractuele verbintenis, de schuldenaar van deze verbintenis, onder voorbehoud van de toepassing van de artikelen 1150 en 1151 van het Burgerlijk Wetboek, de schuldeiser volledig moet vergoeden voor het verlies dat hij heeft geleden en de winst die hij moet derven;

«Overwegende dat de rechter, ingeval hij met toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, een wederkerige overeenkomst wegens de wanprestatie van beide partijen ontbonden verklaart, de schade waarop iedere partij recht heeft wegens het niet nakomen door de andere partij van haar verbintenissen, moet bepalen in evenredigheid met de ernst van de respectieve tekortkomingen;

«Overwegende dat de omstandigheid dat beide partijen hun verbintenissen niet zijn nagekomen, hun contractuele aansprakelijkheid niet opheft, noch hun gehoudenheid, in evenredigheid met hun aandeel in die aansprakelijkheid, tot vergoeding aan de andere partij van de schade die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van hun tekortkomingen;

«Overwegende dat het arrest oordeelt: 1° dat de twee contracten 'onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn'; 2° dat 'beiderzijds contractuele fouten werden begaan: W.-De B. leverden, wat het eerste contract betreft, de appartementen niet af zoals bedonken ondanks de betaling van het voorschot en P. voltooide de werken niet wat het tweede contract betreft'; 3° dat 'geen schadevergoeding aan W.-De B. verschuldigd is noch vice-versa';

«Overwegende dat het arrest, door op grond van die redenen aan eiseres elk recht op schadevergoeding te ontzeggen, de artikelen 1149 en 1184 van het Burgerlijk Wetboek schendt.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaten: mrs. De Gryse en Geinger – In de zaak: De B. t/P.)

NOOT – Zie Cass., 9 mei 1986, *R.W.*, 1986-87, 2699.

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

Onteigening – Spoedprocedure – Opeenvolgende onteigeningen – Een zelfde doel – Begrip

Het eerste middel van de eisers tegen het bestreden arrest (Hof Gent, 22 mei 1992) wordt o.m. op de volgende gronden afgewezen:

«Overwegende dat, krachtens artikel 2 van de voornoemde Ontheeningswet, opeenvolgende ontheeningen voor een zelfde doel als één geheel worden beschouwd bij de schatting van de waarde van de onteigende goederen;

«Dat het begrip 'een zelfde doel' in die wetsbepaling niet vereist dat opeenvolgende ontheeningen worden verordend tot uitvoering van een zelfde plan van aanleg;

«Dat het onderdeel in zoverre faalt naar recht.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Waüters – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal – Advocaten: mrs. De Gryse en Claeys Bouuaert – In de zaak: W. e.a. t/ Intercommunale Leiedal)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 12 januari 1995

Inkomstenbelastingen – Hof van beroep – 1. Art. 1068 Ger.W. niet toepasselijk – 2. Verplichting over de zaak zelf uitspraak te doen

Over het door eiser tegen het bestreden arrest (Hof Bergen, 6 mei 1994) aangevoerde middel beslist het Hof als volgt:

«In zoverre het middel schending van artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek aanvoert:

«Overwegende dat de voorwaarden en het doel van het beroep inzake inkomstenbelastingen bij het hof van beroep, alsmede de rol van dat rechtcollege zijn vastgelegd in de bijzondere bepalingen van de artikelen 278 tot 286 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964); dat, nu artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing is op die rechtspleging, het middel faalt naar recht in zoverre het schending van die bepaling aanvoert;

«In zoverre het middel schending van artikel 278 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) aanvoert:

«Overwegende dat, daar het hof van beroep in eerste en laatste aanleg uitspraak doet over het beroep van de belastingplichtige en de belastingen de openbare orde raken, het zelf over de zaak ten gronde uitspraak moet doen binnen de perken van het geschil waarvan het kennis neemt, welke ook de nietigheid zij van de beslissing van de directeur;

«Dat het arrest zich derhalve ten onrechte beperkt tot nietigverklaring van die beslissing.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Piret – In de zaak: Belgische Staat t/ N.V. Entreprises F.)

NOOT – Zie Cass., 15 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 340.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 12 januari 1995

Inkomstenbelastingen – In art. 70, § 2, B.T.W.-Wetboek bedoelde geldboeten – Aftrekbare bedrijfslast

Eisers voorziening tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 2 maart 1994) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het arrest erop wijst dat het geschil betrekking heeft op het belastingjaar 1989 en gaat 'over de vraag of de op grond van artikel 70, § 2, van het B.T.W.-Wet-

boek opgelegde geldboeten al dan niet aftrekbaar zijn, gelet op artikel 50, 5°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964)';

«Overwegende dat, enerzijds, artikel 50, 3° en 4°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) de belastingen opsomt die niet als bedrijfslasten kunnen worden aangemerkt; dat de belasting over de toegevoegde waarde er niet in voorkomt; dat daaruit valt af te leiden dat de belasting over de toegevoegde waarde, ingeval ze een op de winst van het belastingjaar drukkende last is, een aftrekbare bedrijfslast is;

«Overwegende dat, anderzijds, artikel 50, 5°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964), in de ten tijde van de feiten toepasselijke bewoordingen, bepaalt dat niet als bedrijfslasten worden aangemerkt 'de als geldboeten betaalde sommen, met inbegrip van transactionele geldboeten, verbeurdverklaringen en straffen van alle aard'; dat de oorsprong van die tekst te vinden is in artikel 11, § 3, van de wet van 20 november 1962 houdende hervorming van de inkomstenbelastingen; dat uit de parlementaire voorbereiding van die wet blijkt dat de bewoordingen 'straffen van alle aard' geen betrekking hebben op de sancties die bestaan in belastingverhogingen, maar op sancties die het karakter van straffen hebben; dat, nu de in artikel 70 van het B.T.W.-Wetboek bedoelde administratieve geldboeten, zoals te dezen, bestaan in een verhoging van de verschuldigde belasting, ze geen straffen zijn;

«Dat het hof van beroep, door te beslissen dat artikel 50, 5°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) geen betrekking heeft op de geldboete waarvan sprake is in artikel 70, § 2, van het B.T.W.-Wetboek en ze als bedrijfslast aftrekbaar is, zijn beslissing naar recht heeft verantwoord.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Delahaye (voor verweerster) – In de zaak: Belgische Staat t/ B.V.B.A. S.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 januari 1995

Inkomstenbelastingen – Aanslagbiljet – Principieel verschuldigde basisbelasting – Uitdrukkelijke vermelding niet vereist

Eisers middel tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 22 december 1992) wordt onder meer om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat artikel 365 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 niet voorschrijft dat het kohier en het aanslagbiljet uitdrukkelijk melding maken van het bedrag van de principieel verschuldigde basisbelasting, waarmee de voorheffingen en voorafbetalingen nog niet zijn verrekend;

«Dat de appelrechters die zulks beslissen, de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schenden.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaat voor verweerder: mr. Claeys Bouuaert – In de zaak: S. t/ Belgische Staat)

Hof Gent (14e Kamer), 29 maart 1994

Beslag en executie – Samenloop – Beneficiaire aanvaarding nalatenschap – Uitvoerend beslag – Opschorting

Appellanten komen in verzet tegen het uitvoerend beslag dat is gelegd door geïntimeerden deels op goederen die behoren tot de nalatenschap die appellanten onder het voorrecht van boedelbeschrijving hebben aanvaard. De opschorting van de tenuitvoerlegging wordt bevolen op grond van de volgende overwegingen:

«Daar ook geïntimeerden niet bewijzen welke goederen uitsluitend tot de nalatenschap behoren, moet aanvaard worden dat alle in beslag genomen goederen onverdeeld zijn tussen eerste appellante en de nalatenschap, zodat de eerste rechter terecht toepassing heeft gemaakt van artikel 1561 Ger.W., dat een algemene regel bevat die ook geldt ten aanzien van roerende goederen, zodat terecht de opschorting van de verdere tenuitvoerlegging werd bevolen, in afwachting van de vereffening en verdeling van de nalatenschap.

«In strijd met wat appellanten beweren, zijn onverdeelde goederen wel vatbaar voor beslag, alleen de verkoop ter uitvoering van het beslag kan worden tegengehouden. Voor zover zij nog steeds de opheffing van het beslag vorderen, is hun hoger beroep ongegrond.

«De opschorting van verdere tenuitvoerlegging is ook gerechtvaardigd door het feit dat de nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard, wat een collectieve vereffening noodzakelijk maakt, waarbij voor gewone schuldeisers als geïntimeerden geen afzonderlijk optreden meer mogelijk is, zoals afgeleid mag worden uit de nieuwe artikelen 793, tweede lid, en 808 B.W. (de Leval, G., *Traité des saisies*, 1988, 254 e.v., nr. 133; Dirix en Broeckx, A.P.R., *Beslag*, 1992, nr. 101).»

(Voorzitter: de h. Top – Advocaten: mrs. Smetryns, Moors en Bracke – In de zaak: H. e.a. t/ D.)

NOOT – Zie hierover H. Casman, «Beheer en vereffening van een beneficiair aanvaarde nalatenschap», *Liber amicorum A. De Bounghne*, Antwerpen, 1985, 19-35).

Hof Antwerpen (6e Kamer), 10 oktober 1994

Voorrechten – Werk voor rekening van de Staat – Besteld door het Wegenfonds – Voorrecht van de onderaannemer

«Overwegende dat appellanten en appellante op incidenteel beroep stellen dat zij schuldeisers zijn van de N.V. Algemene Ondernemingen M. voor leveringen verricht in het kader van werken, waarvan de opdrachtgever het Ministerie van Openbare Werken en/of het Wegenfonds is;

«Overwegende dat appellanten zich baseren op het voorrecht van de wet van 3 januari 1958;

«Overwegende dat de vereffenaars van N.V. Algemene Ondernemingen M. beweren dat de desbetreffende werken besteld waren door het Wegenfonds, dat een juridische persoonlijkheid heeft en onderscheiden is van de Belgische Staat en er geen deel van uitmaakt, zodat de wet van 3 januari 1958 niet van toepassing zou zijn voor de werken uitgevoerd in opdracht van het Wegenfonds;

«Overwegende dat de werken die appellanten hebben uitgevoerd als onderaannemer voor N.V. Algemene ondernemingen M. en die besteld werden door het Wegenfonds wel degelijk gelden als werken 'voor rekening van de Staat', in de zin van art. 2 van de wet van 3 januari 1958 (zie Cass., 3 april 1992, *R.W.*, 1992-93, 249 e.v., met noot G. Van Haegenborgh);

«Overwegende dat appellanten dan ook een bevoorrechte vordering hebben voor deze werken uitgevoerd voor de failliete hoofdaannemer en waartoe het Wegenfonds opdracht had gegeven aan deze laatste;

«Overwegende dat dan ook terecht derdenbeslag werd gelegd in handen van de Belgische staat;

Overwegende dat immers de werken waarop appellanten zich beroepen onder de bevoegdheid vallen van het Ministerie van Openbare Werken en het Wegenfonds en dus voor rekening van de Staat werden uitgevoerd.»

(Voorzitter: de h. Van Gelder – Raadsheren: de h. Thys en mevr. Vanstraelen – Advocaten: mrs. Marnef, Moors, Verlinden loco Theunis, Réard en Meeusen loco Willems – In de zaak: Faillissement N.V. S. e.a. t/ N.V. Algemene Ondernemingen M., in vereffening e.a.)

NOOT – Zie Cass., 3 april 1992, *R.W.*, 1992-93, 249, met conclusie van advocaat-generaal M. De Swaef en noot van G. Van Haegenborgh.

BOEKEN

CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (red.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Maklu Uitgevers, Antwerpen/Apeldoorn, 1994, 342 pp.

Het verslagboek van het Tweede Antwerpse Juristencongres vormt een goed overzicht van themata die aan actualiteit nog niet hebben ingeboet. De lezer wordt niet alleen gewezen op de aanzienlijke gevolgen van recente wetwijzigingen op het familierecht en gezinsvermogensrecht, die vaak over het hoofd worden gezien, maar ook op de gevolgen op het overeenkomstenrecht, waarover reeds heel wat literatuur bestaat.

Een aantal bijdragen schetst de levensloop van de consument in diens wisselende rechtsverhouding tot de bank. D. Deli, die promoveerde op de privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het verrichten van rechtshandelingen, behandelt op een kritische en praktische wijze het statuut bij financiële verrichtingen van de minderjarige en het voorlopig bewind over goederen van een meerderjarige. Om de met de bankpraktijk onverenigbare vormvereisten inzake vermogensbeheer van minderjarigen te versoepelen, stelt de auteur wettelijke methodes als regularisatie, sterkmaking en bevestiging voor. De banken benaderen jongeren evenwel via technieken die de handelingsbekwaamheid van minderjarigen systematisch uitbreiden. Die kloof tussen recht en praktijk overbruggen kan volgens de auteur slechts door een algehele hervorming van de bekwaamheidsregeling van de minderjarige, m.a.w. door hem een ruimere handelingsbekwaamheid te geven. Hierbij moet de wetgever voor ogen houden dat een minderjarige niet meer bescherming verdient dan waaraan hij op grond van zijn eigenheid behoefte heeft. Die maatstaf moet elk beschermingsbeleid idealiter aangeven, maar biedt o.i. de wetgever weinig houvast voor een beleid op maat van een precies en dynamisch beeld van jongeren.

De verhouding van gehuwden tot de bankier komt aan bod in de bijzonder gestoffeerde bijdrage van A. Verbeke. De auteur geeft een volledig overzicht van mogelijke implicaties voor de bankier van de

gehuwde staat van de cliënt bij een bankrekening, waarin de informatieplicht van de bankier en de internationaalprivaatrechtelijke regeling aan te stippen zijn, bij een lening, die indien zij *alleen* wordt aangegaan praktische problemen stelt, en bij verschaftte zekerheden, waarin de spanning tussen het autonomiebeginsel en wettelijke mechanismen ter bescherming van de gezinsbelangen verduidelijking vergen.

Een korte bijdrage van H. Casman over de gevolgen van het overlijden van de houder van de rekening op de werking ervan, sluit de bijdragen m.b.t. de levensloop van de consument af.

H. Braeckmans geeft een bondig overzicht van de recente ontwikkelingen inzake consumenten- en hypotheekkrediet. De veelvuldige verwijzingen naar rechtspraak verlenen de tekst actualiteitswaarde. Met betrekking tot de vraag of aan de voorwaarden van artikel 1244 B.W. voldaan moet zijn opdat de consument een beroep kan doen op betalingsfaciliteiten op grond van artikel 38 W.Cons. Kred., wordt terecht instemmend geantwoord. Tot dezelfde bevinding komt E. Dirix, die met een bondige, heldere bijdrage enkele ingrijpende wijzigingen inzake zekerheidsrechten en uitwinning belicht.

De inhoud en de draagwijdte van de informatie- en adviesverplichtingen is het zorgenkind van elke bankier. L. Cornelis en J. Peeters wijden er een ruime bijdrage aan, althans aan genoemde verplichtingen ten aanzien van de belegger, die o.i. toch een bijzondere consument is.

K. Byttebier bestudeert de algemene bankvoorwaarden en girale betaalinstrumenten en komt zelfs op grond van het nationale betalingsverkeer tot de vaststelling dat meer eenduidigheid in rechtspraak en rechtsleer wenselijk is.

Met A. Van Oevelen, van wiens hand het woord vooraf is, mag gesteld worden dat het verslagboek kwalitatief hoogstaande bijdragen bevat. De lezer die de geboden informatie verinnerlijkt, kan zich ongetwijfeld goed geïnformeerd noemen.

Wij kunnen ons echter niet van de indruk ontdoen dat het boek merendeels op maat van de bankier is gesteld. Zo blijven enkele bijdragen al te veel beperkt tot een beschrijving van de nieuwe Belgische wetsbepalingen vanuit het gezichtspunt van de bankier, terwijl precies de voorafgaande vraag welke consument een beschermingsbeleid noodzakelijk maakt, niet wordt gesteld. Opmerkelijk bovendien is het ontbreken van elke referentie aan het Europese reglementaire kader. In dit opzicht kan kortweg worden gewezen op talrijke problemen die voor de consument resulteren uit de branchevervaging (in de banksector en met de verzekeringssector), uit nieuwe verkoopmethodes, uit het internationale betalingsverkeer, als ook uit de onzekerheid omtrent het statuut van financiële tussenpersonen en omtrent de nationale bepalingen die op grond van de algemeen belangclausule uit de tweede bankenrichtlijn, inzonderheid op grond van consumentenbescherming, aan buitenlandse dienstverleners kunnen worden tegengeworpen.

G. Straetmans

B. CABAY, *Le transfert à une société de portefeuille des titres de sa propre entreprise*, Brussel, Bruylant, 1994, 320 pp.

Een natuurlijk persoon die een meerderheidsparticipatie bezit in een of meer exploitatievennootschappen, speelt vaak met de idee zijn aandelen onder te brengen in een holding. Dit kan een interessante techniek zijn voor het doorvoeren van een vermogens(re)organisatie of een planning van de successie. Doorgaans is het onderliggend motief nochtans van fiscale aard. De overdracht van aandelen aan een holding kan namelijk aanzienlijke belastingbesparingen opleveren, zowel op het vlak van de inkomstenbelastingen (door de omvorming van belastbare roerende inkomsten in belastingvrije meerwaarden), als op het vlak van de successie- en/of registratierechten. Een recent verschenen studie uit de reeks van de «Bibliothèque fiscale» van de Ecole Supérieure des sciences fiscales biedt een antwoord op de vraag wanneer de oprichting van een holding voormelde verwachtingen al dan niet kan inlossen. De nadruk ligt op de fiscale consequenties, maar de auteur belicht waar nodig ook de relevante vennootschapsrechtelijke aspecten.

Het boek is onderverdeeld in drie grote delen. Het eerste deel bevat een overzicht van de factoren die spelen bij de opportuniteitsbeoordeling van de operatie en bij de te maken keuzen, zoals: al dan

niet oprichting van een nieuwe vennootschap, keuze van de rechtsvorm, wijze en draagwijdte van de overdracht van de aandelen, de vaststelling van de overdrachtprijs en de financieringskwestie. In het tweede deel wordt bestudeerd of en in welke mate het nuttig is de maatschappelijke activiteiten van de holdingvennootschap uit te breiden tot een bestuursmandaat in de werkmaatschappij, een managementcontract met de werkmaatschappij of tot een andere commerciële of industriële bedrijvigheid. Tevens wordt de algemene fiscale impact van de overdracht van aandelen aan een holding belicht voor alle betrokken partijen. Deel drie ten slotte gaat in op de vraag of een fusie tussen de exploitatievennootschap en de holding fiscaal interessante perspectieven kan bieden.

Het accent van de studie ligt niet op het juridisch-wetenschappelijk vlak. Juridische knelpunten, zoals de problematiek van de verkapte dividenden of het vraagstuk van de overprijs, worden wel behandeld (soms komt het daarbij zelfs tot ware rechtspraakoverzichten), maar bij de interpretatie beperkt de auteur zich doorgaans tot een weergave van standpunten die eerder reeds door gezaghebbende doctrine naar voor zijn gebracht. De grote verdienste van dit werk is dat het de relevante beginselen van het vennootschapsrecht en het fiscaal recht systematisch en nauwgezet toepast op de behandelde problematiek. Onder meer komen aan bod: de waardebepaling van de onderneming, het stelsel van de DBI-af trek, de her kwalificatie van interesten in dividenden, de bijzondere heffing op roerende inkomsten, en de implicaties van een fusie tussen een moeder- en dochtermaatschappij. De auteur besteedt ook ruim aandacht aan de mogelijke consequenties van de algemene anti-rechtsmisbruikbepaling van artikel 341, § 1, W.I.B. De uiteenzetting is volledig, bevat telijk en gericht op de informatiebehoeften van de praktijk. Bijzonder interessant is dat de auteur niet alleen signaleert wat de mogelijke hinderpalen zijn bij het opzetten van de constructie, maar dat zij tevens oplossingen suggereert om ze te omzeilen. Kortom, het boek biedt een handige leidraad, toegankelijk voor de geïnteresseerde bedrijfsleider, en nuttig als werkinstrument voor de adviespraktijk.

S. Huysman

M. DEVROEY, *De Wet Breyne, woningbouw-wet*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties en Advies, 1994, 234 pp.

Het werk van Marc Devroey betreft de sinds 1993 gewijzigde wet Breyne in haar totaliteit. Ook Dirk Meulemans had een dergelijke publikatie aangekondigd, maar heeft deze uitgesteld omdat snel na de wijzigingen door de wet van 3 mei 1993 er reeds sprake van was de wet opnieuw aan te passen en zelfs helemaal te vernieuwen. Omdat een en ander op zich laat wachten, is het boek van Devroey tot nader bericht perfect actueel.

Naast de eigenlijke commentaar bevat het boek ook de wetgeving zelf en enkele modellen. Een rechtspraakoverzicht, een bibliografie en een trefwoordenlijst sluiten het boek af, zodat deze publikatie als een volledig werkinstrument beschouwd kan worden.

De uitgebreide commentaar op de gewijzigde wet Breyne geeft blijk van een rijke ervaring van de auteur in bouwrechtangelegenheden. Devroey beperkt zich namelijk niet tot een theoretische weergave van de klassieke meningsverschillen maar verdedigt op gemotiveerde wijze regelmatig eigen standpunten. Heel soms heeft dit wel als nadeel dat hij nalaat te vermelden dat andere standpunten mogelijk zijn of zelfs bestaan, zoals bijvoorbeeld over de vraag omtrent de voltooiing van het bouwwerk als toepassingsvoorwaarde voor de wet Breyne (pp. 47-48). Voor iemand die niet echt bekend is met de materie, is enige voorzichtigheid dus geboden.

Zowel de wetenschappelijke waarde als het praktijkgericht karakter van de commentaar van Devroey staan buiten kijf. Zo is het een genoegen van een specialist in de erkenningsreglementering een duidelijk overzicht te krijgen van de door de wet Breyne bedoelde waarborg van de erkende aannemers (pp. 115 e.v.).

Dat neemt niet weg dat in de commentaar kleine vergalopperingen geslopen zijn. Zo is op het vlak van het toepassingsgebied van de wet Breyne de indeling onvolkomen omdat te weinig onderscheid gemaakt wordt tussen de toepassingsvoorwaarden in verband met het eerste lid van artikel 1 en de toepassingsvoorwaarden in verband met het (nieuwe) tweede lid van artikel 1. Ondanks dat de auteur dit ongetwijfeld perfect weet, lijkt het nu alsof voor het tweede lid het

vereist is dat het gaat om een te bouwen of in aanbouw zijnd huis of appartement (p. 40).

Verder geeft Devroey vier modellen, namelijk een studieovereenkomst, een aannemingsovereenkomst, een onderhandse overeenkomst van een appartement en een notariële verkoopakte.

Een modelovereenkomst heeft steeds slechts relatieve waarde, al was het maar omdat er naargelang de te verdedigen belangen, verschillende invalshoeken kunnen zijn. Zo lijkt Devroey op meerdere punten in de modellen veeleer te kiezen voor het belang van de aannemer of verkoper. Dienaangaande kan verwezen worden naar de bepaling in verband met de aansprakelijkheid (telkens artikel 14).

Anderzijds hadden de modellen wat meer aandacht mogen krijgen. Er kunnen immers een aantal vraagtekens worden geplaatst, zoals bijvoorbeeld de opdracht van conceptie aan een aannemer, zelfs indien deze hiervoor een architect aanzoekt (pp. 201-202) of de prijsbetaling in geval van een overeenkomst met opschortende voorwaarde(n) (p. 206).

De wat meer kritische noot in verband met de modellen neemt niet weg dat op het terrein van de huidige wet Breyne dit boek een aanrader is en zeker niet alleen omdat het in de Nederlandse taal het enige in zijn soort is.

Steven De Coster

T.A. VAN SCHAGEN, *De Tweede Kamer der Staten-Generaal*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 327 pp.

Dit boek bevat de tekst van een proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit van Utrecht. De auteur is docent bij de vakgroep Staats- en Bestuursrecht aan dezelfde universiteit en het werk is dan ook een publikatie van het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de reeds vermelde universiteit.

In de inleiding herinnert de auteur eraan dat hij een wel bepaald en omschreven doel voor ogen had; de studie handelt over en is dan ook beperkt tot de interne organisatie en werkwijze van de Tweede Kamer. De positie die deze assemblee inneemt in het constitutioneel bestel wordt als een gegeven aanvaard. Aan het doel wordt trouwens reeds in de ondertitel herinnerd: «een staatsrechtelijke studie over haar organisatie en werkwijze.» Daarbij wordt het accent gelegd op staatsrechtelijke studie, d.w.z. dat de organisatie en de werkwijze van de Tweede Kamer vanuit een juridisch gezichtspunt wordt benaderd.

De auteur heeft zich ook gewaagd aan een bescheiden rechtsvergelijking, bescheiden omdat de rechtsvergelijking wordt beperkt tot de Duitse Bondsdag en dan nog enkel in de mate waarin in deze assemblee problemen van organisatie en werkwijze rijzen, die identiek zijn aan die welke in de Tweede Kamer worden vastgesteld.

Deze studie is ingedeeld in vijf grote delen: de plaats van de Tweede Kamer in het staatkundig bestel, de organisatie, de regelgeving, het budgetrecht, de controle.

In het eerste deel onderzoekt de auteur de ontwikkeling die de Tweede Kamer heeft doorgemaakt binnen het staatsbestel waar hij vaststelt dat het eertijds bestaand evenwicht tussen de regering en de Staten-Generaal zich, althans formeel, heeft verplaatst naar de Tweede Kamer als instituut. De werkwijze heeft eveneens een ontwikkeling gekend die een positief effect heeft gehad door de verschuiving naar de commissies, met het nadeel evenwel dat het commissiestelsel is uitgemond in verkokering, d.w.z. het maken van een beleid zonder overleg noch afstemming met andere beleidsterreinen. Het commissiestelsel leidde overigens tot overspecialisatie en detailzucht.

De huidige Tweede Kamer verschilt in belangrijke mate van deze die bestond in de vorige eeuw; deze ontwikkeling is mogelijk gemaakt door de opkomst van politieke partijen, het ontstaan van de verzorgingsstaat, de ontzuiling en de onvermijdelijke internationalisering.

Het tweede hoofdstuk is gewijd aan de wijze waarop de werkzaamheden in de Tweede Kamer zijn georganiseerd en zulks in het licht van de verkokering. Achtereenvolgens wordt het commissiestelsel geanalyseerd, de fractieorganisatie en de innerlijke werking waarbij de voorzitter en het presidium een belangrijke rol spelen.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de eigenlijke regelgeving en de problemen die zich daarbij voordoen, en aan enkele specifieke

problemen zoals de parlementaire inbreng bij internationale verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Uit dit onderdeel kunnen enkele bestaande problemen worden afgeleid, namelijk in het algemeen, kritiek op de kwaliteit van de formele wetgeving, een gebrek aan aandacht voor rechtsstatelijkheid, het feit dat bepaalde wetten niet handhaafbaar en uitvoerbaar zijn; bovendien zijn wetten vaak te gedetailleerd en bevatten ze te veel inconsistenties.

In het volgende hoofdstuk komt het budgetrecht aan de orde. Terwijl de begroting bij uitstek het document is waarin beleidskeuzes worden geformuleerd, moet worden vastgesteld dat de Tweede Kamer slechts in beperkte mate erin slaagt om duidelijke afwegingen te maken, omdat het steeds terugkerende euvel van de verkokering, de versnipperde behandeling en de gebrekkige informatievoorziening zulks in de weg staan. Trouwens, elke poging om meer zeggenschap in de begroting te krijgen, stuit op het verzet van de fracties die tot de regeringsmeerderheid behoren en ervan uitgaan dat aan de begroting geen veranderingen mogen worden aangebracht.

Het laatste onderdeel besteedt aandacht aan het probleem van de controle die als een essentiële taak van een parlement moet worden beschouwd. Inzonderheid het interpellatie- en het vragenrecht zijn bij uitstek de aangewezen middelen om van de regering informatie te verkrijgen, wat de Kamer in staat stelt de regering te controleren. Deze controlemiddelen blijken op de achtergrond te zijn geraakt omdat de leden van de Kamer verkiezen andere middelen aan te wenden om de vereiste informatie te verkrijgen. De voorzitter komt er trouwens toe vragen te weigeren omdat zij beter in de commissievergaderingen aan bod kunnen komen. Het interpellatie- en vragenrecht hebben niet meer in de eerste plaats tot doel informatie van de regering te krijgen; dit dubbele recht heeft tegenwoordig eerder een legitimerende werking. Een ander controlemiddel, namelijk het enquêterecht, heeft zich de laatste jaren in sterke mate geprofileerd. Het succes van dit middel is gelegen in de eensgezindheid waarmee het wordt uitgeoefend. Hoewel dit recht met zorg moet worden gehanteerd wegens de belasting in tijd en middelen, moet worden geconcludeerd dat het steeds met succes wordt bekroond.

Deze korte en dus onvolledige inhoudsopgave doet uiteraard onrecht aan de waarde en de degelijkheid van deze studie. De aandacht moet erop worden gevestigd dat de auteur elk van de opgeworpen problemen grondig analyseert en nuchter weet in te schatten. Tevens wijst hij uitvoerig op de inspanningen die binnen de Kamer zelf werden aangewend om de werkzaamheid te verbeteren, die evenwel niet steeds het gewenste resultaat hebben opgeleverd.

De auteur heeft in elk geval een degelijk en wetenschappelijk verantwoord studie weten af te leveren.

G. Traest

M.J.A. VAN MOURIK, *Erfrecht*, vierde druk (Studiepockets privaatrecht, nr. 37), Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, XIII + 217 pp.

M.J.A. VAN MOURIK, *Huwelijksvermogensrecht*, zevende druk (Studiepockets privaatrecht, nr. 5), Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, XIII + 217 pp.

Beide boeken bieden een vlot geschreven overzicht van het familiaal vermogensrecht in Nederland. Ondanks de beperkte omvang slaagt de auteur erin meer te brengen dan een elementaire inleiding. Het deel *erfrecht* besteedt vooral aandacht aan de gevolgen van de invoering van het nieuw vermogensrecht. De auteur gaat tevens in op de discussie rond het *erfrecht* van de langstlevende echtgenoot. Een groot aantal casussen verhoogt de praktische bruikbaarheid van het werk.

Het deel *huwelijksvermogensrecht* is gewijd aan enkele typisch Nederlandse bedingen zoals de zgn. geclausuleerde verkrijgingen, die moeten verhinderen dat geschenken of vermaakte goederen in de gemeenschap vallen. Bij de verrekenbedingen wordt de vervaltermijn uitvoerig besproken. Interessant zijn de beschouwingen over de «gemeenschap van huis», een gemeenschap beperkt tot één onroerend goed, die ook de aandacht van de Belgische rechtsleer heeft getrokken (zie bv. H. Casman, «Gemeenschap beperkt tot één goed», *Liber Amicorum Bouttiau et Demblon*, Brussel, 1987, 29 e.v.; B. Cartuyvels, «Société (communauté), limitée à un seul bien: proposition de formule», *Liber Amicorum Raucent*, Louvain-la-Neuve, 1992, 104 e.v.).

W. Pintens