

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

B. De SMET, De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken 105

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Taalgebruik** – **In bestuurszaken** – Gemeenten met een bijzondere taalregeling – Gemeenteraad

Arbitragehof, 10 maart 1998 (*met noot van W. Pas*, «De betekenis van art. 4 G.W. en de Taalwet Bestuurszaken voor het gebruik der talen door gemeentelijke mandatarissen») 110

Onrechtmatige daad – 1. **Oorzakelijk verband** – Verbrekking door tussenkomst van een eigen juridische oorzaak – Wettelijke of reglementaire verplichting die secundair is t.o.v. de verplichting van de dader om de door zijn toedoen veroorzaakte schade te vergoeden – 2. **Schade en schade-loosstelling** – Moratoire interesten – Aanvangspunt

Cass., 7 februari 1997 116

1. Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Ontslag om dringende reden – Eindvonnis – Hoger beroep – Termijn – Aanvang – Kennisgeving van het vonnis – Begrip – 2. **Burgerlijke rechtspleging** – Kennisgeving van het vonnis – Begrip

Cass., 17 maart 1997 117

Lastgeving – Zelfstandige bankagent – Opdracht van cliënten tot het plaatsen van geld op bankrekening – Verduistering van toevertrouwde gelden – Aansprakelijkheid van banklastgever op grond van schijnmandaat – Goede trouw van cliënten

Hof Gent, 2 januari 1996 118

Stedenbouw – Herstel van de plaats in de vorige staat – 1. Vordering van het Vlaamse Gewest en van de gemachtigde ambtenaar – Toelaatbaarheid – 2. Decreet van het Vlaamse Gewest van 28 juni 1984 – Onwettige gebruikswijziging

Hof Antwerpen, 5 januari 1998 (*met noot van S. De Taeye*) 119

1. Arbeidsreglementering – Arbeidstijden – Nachtarbeid – Begrip – Loontoeslag – 2. **Collectieve arbeidsovereenkomst** – Rechtsbronnen – Hiërarchie – Gebruik – Ziekenhuizen Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 17 juni 1997 122

Verbintenis – Gevolgen voor derden – Pauliaanse vordering – Splitsing van vennootschap – Faillissement – Faillissementspauliana – Toepassingsvoorwaarden

Kh. Dendermonde, 9 december 1997 (*met noot*) 123

1. Belasting – Begrip – Premietoeslag op brandverzekeringscontracten ten behoeve van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering – 2. **Wetten, decreten en besluiten** – Invoering van nieuwe belasting bij K.B. – Onwettig – Niet-toepassing van het onwettige K.B.

Rb. Tongeren, 26 februari 1997 125

Mede-eigendom – Mandeligheid – Gedwongen overname – Bezitsaanmatiging

Vred. Kapellen, 12 juni 1996 (*met noot van A. Carette*, «Bezitsaanmatiging bij de mandelige muur») 128

Kanttekening

Slotrede van het colloquium «Welke justitiehervorming heeft Vlaanderen nodig», gehouden te Brussel, in het Vlaamse Parlement, op 16 mei 1998 (*door M.E. Storme*) 133

Boeken

M.C. Foblets, B. Hubeau en S. Parmentier (red.), *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht* (*door P. Humblet*) 136

Mededelingen

Studiedag: Afgeleide producten 136

Congres: Grensoverschrijdende milieuproblemen 136

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

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

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur),
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

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

Vaste medewerkers:

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

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

DE AFBROKKELING VAN HET GEHEIM KARAKTER VAN HET DESKUNDIGENONDERZOEK IN STRAFZAKEN

I. HET DESKUNDIGENONDERZOEK IN TRADITIONELE STIJL

Over het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken is reeds veel inkt gevloeid. Het knelpunt is dat in burgerlijke zaken de partijen ruimschoots de kans krijgen de bevindingen van de expert te beïnvloeden en te weerleggen (artt. 962 e.v. Ger.W.), terwijl in strafzaken de deskundige langs de verdachte en de burgerlijke partij om zijn opdracht dient te vervullen. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie zijn de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek over het deskundigenonderzoek niet van toepassing in strafzaken, zelfs al gaat het om een expertise bevolen door de vonnisrechter.¹ Het feit dat de partijen niet betrokken zijn bij het deskundigenonderzoek, zou volgens het Hof geen inbreuk vormen op art.6 E.V.R.M.² De enige vorm van tegenspraak in strafzaken bestaat er dan in op de terechtzitting opmerkingen te kunnen formuleren over de methode en zienswijze van de expert. Uitgangspunt is bijgevolg dat de moeilijkheden die de verdediging tijdens het deskundigenonderzoek ondervindt, voldoende worden rechtgezet in een later stadium van het proces, waardoor de procedure in haar geheel de toets van art.6 E.V.R.M. kan doorstaan.³

Deze tweedeling levert vooral problemen op indien de strafrechter zich moet uitspreken over burgerlijke belangen. Wanneer de rechter dan beslist een deskundige aan te stellen (bijv. om de graad van arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer te bepalen), moeten de partijen zich op afstand houden. De deskundige moet zijn opdracht uitvoeren binnen de krijtlijnen getrokken door de rechter en zonder de verdachte en de burgerlijke partij daarbij actief te betrekken. In een burgerlijk proces daarentegen komen de partijen op de voorgrond: zij bepalen de aanstelling van de deskundige (art.964 Ger.W.) en mogen aanwezig zijn bij diens verrichtingen (art.979 Ger.W.). De mogelijkheden van de verdachte om de betrouwbaarheid van de deskundige aan te vechten hangen daardoor af van de weg die het slachtoffer bewandelt.

Voor het Hof van Cassatie is dit verschil in behandeling niet discriminatoir, omdat daarvoor een objectief criterium is aan te reiken, nl. de interventie van de strafrechter. Reeds lang verdedigt het Hof het standpunt dat het strafrechtelijke of civiele karakter van de procedure niet afhangt van de aard van het geschil, maar van de rechtsinstantie die de zaak behandelt.⁴ Deze rigide opstelling, waarbij de inhoud van

de zaak op de achtergrond raakt, wordt steeds meer als onbillijk ervaren wanneer het deskundigenonderzoek praktisch uitsluitend gericht is op de burgerlijke belangen. In de praktijk komt het vaak voor dat de deskundige aan de partijen de mogelijkheid biedt opmerkingen te formuleren, zonder dat dit de regelmatigheid van zijn onderzoek aantast.⁵ Tegenspraak hangt dan af van de bereidwilligheid van de expert, wat moeilijk te rijmen is met het gelijkheidsbeginsel.

Ook andere opvattingen van het Hof van Cassatie liggen onder vuur. De kritiek is dat het Hof de strafprocedure teveel afschermt van de principes van het Gerechtelijk Wetboek, die krachtens art.2 Ger.W. bestemd zijn voor een ruimer kader dan alleen de burgerlijke rechtspleging.⁶ Wanneer in het strafproces een *lex specialis* ontbreekt, gelden bijgevolg de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, tenzij die transplantatie het strafproces zou verminken.⁷ De regeling van het deskundigenonderzoek in het strafproces vertoont echter heel wat gaten. Deze belangrijke onderzoeksdaad komt in principe enkel toe aan de procureur des Konings in geval van betrapting op heterdaad (artt.43-44 Sv.) en aan de politierechter (art.148 Sv.). Over de uitvoeringsmodaliteiten van de expertise tast de penalist echter in het duister. Nergens is omschreven of de partijen aan deze onderzoeksdaad kunnen deelnemen en welke eisen aan de deskundigheid van de deskundige mogen gesteld worden. Om deze lacunes op te vullen is men al snel geneigd de artt. 962 ev. Ger.W. als richtsnoer te nemen. Dergelijke uitwijkmogelijkheid is in de ogen van het Hof van Cassatie echter ontoelaatbaar, omdat de expertise in burgerlijke zaken op een totaal ander concept steunt. In dit domein zijn het immers de partijen die de motor zijn achter de expertise, wat past in de accusatoire structuur van het civiele proces.⁸ Zo kunnen de partijen bij onderling akkoord een expert aanstellen (art.964 Ger.W.) en is het de meest gereede partij die het deskundigenonderzoek op gang brengt (art.965 Ger.W.). Het strafproces is daarentegen opgebouwd volgens een inquisitoir schema, waarin de rechter de spilfiguur is. Toch kan men zich afvragen of deze breuklijn tussen de civiele en strafrechtelijke procesconstructie zo diep is dat de strafrechter geen enkele rekening moet houden met de artt.962 ev. Ger.W. Om tot een eerlijk proces te komen, moet de verdediging immers in staat zijn de betrouwbaarheid van het deskundigenverslag aan te vechten. Deze tegenspraak is essentieel, ongeacht of het proces is afgestemd op het accusatoire of inquisitoire model. Voorts houdt deelname van de verdachte

⁵ F. HUTSEBAUT, o.c., 145.

⁶ P. VAN ORSHOVEN, «Tussen laksheid en formalisme. Voor een grondwettige interpretatie van het procesrecht», *R.W.*, 1997-98, 706-713.

⁷ Over de werking van art. 2 Ger.W. zie R. DECLERCO, «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht-strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 32-78; P. VAN ORSHOVEN, o.c., 707.

⁸ Zie A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.Droit, 1987, 386.

¹ Cass., 17 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 371; Cass., 1 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1273. Zie F. HUTSEBAUT, «Het deskundigenonderzoek in strafzaken», in *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1986, 144-146; R. DECLERCO, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 467.

² Cass., 7 februari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 147.

³ Cass., 9 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 146.

⁴ Cass., 22 mei 1922, *Pas.*, 1922, I, 317.

aan het deskundigenonderzoek niet noodzakelijk in dat de leidinggevende positie van de rechter ondermijnd wordt. Te denken valt onder meer aan een systeem waarbij de rechter de deskundige aanstelt en zijn opdracht afbakt en dan aan de partijen de gelegenheid biedt de expertise op te volgen.⁹ De geheime sfeer waarin de deskundige tot conclusies komt, is daardoor steeds moeilijker te verantwoorden.

Ten slotte wordt met scherp geschoten op de stelling dat de verdachte voldoende kansen heeft om de bevindingen van de expert op de terechtzitting te weerleggen. In bepaalde gevallen (zoals een autopsie) is het materieel onmogelijk een tegenexpertise te laten verrichten, waardoor de bevindingen van de «officiële» expert het enige referentiekader vormen.¹⁰ Bovendien lopen de kosten van sommige expertises erg hoog op, zodat de verdediging praktisch niet steeds in staat is in de tegenaanval te gaan.¹¹ Aansturen op een tegenexpertise kan overigens ook de positie van de verdediging verzwakken. Deze maatregel leidt er immers toe dat het onderzoek ter terechtzitting voor enige tijd wordt uitgesteld, wat de kwaliteit van het bewijs kan aantasten. Na verloop van tijd weten getuigen zich vaak nog maar weinig te herinneren, waardoor hun betrouwbaarheid alsmaar afneemt. Tevens is het mogelijk dat getuigen die de verdediging wil oproepen voor het gerecht, onvindbaar zijn op het moment dat het proces echt van start gaat. Stilaan wint de gedachte terrein dat de belemmeringen die de verdachte ondervindt door het geheime karakter van de expertise, niet steeds meer kunnen worden rechtgezet en een eerlijke bewijsvoering in de weg staan.¹²

II. DE VISIE VAN HET ARBITRAGEHOF

In zijn arrest van 30 april 1997 heeft het Arbitragehof zwaar ingebeukt op de constructie van het geheime deskundigenonderzoek.¹³ Voorwerp van betwisting waren twee expertises bevolen door de feitenrechter in een zaak waarin het slachtoffer zich burgerlijke partij had gesteld. Allereerst gaat het volgens het Arbitragehof niet op het verschil tussen de expertise in burgerlijke zaken en die in strafzaken te rechtvaardigen door het vonnisgerecht dat instaat voor de beoordeling, als criterium te hanteren. Het verschil berust weliswaar op een objectief criterium, maar kan niet redelijk verantwoord worden, zeker wanneer de rechter uitspraak moet doen over de burgerlijke vordering (overweging B6). Of de zaak nu wordt behandeld door de burgerlijke rechter dan wel door de strafrechter, steeds staan er voor het slachtoffer de-

zelfde belangen op het spel. Het feit dat het slachtoffer zijn belangen behartigt voor de strafrechter, mag er bijgevolg niet toe leiden dat het deskundigenonderzoek met minder waarborgen wordt omringd. Dit uitgangspunt betekent echter niet dat het deskundigenonderzoek in beide soorten procedures volkomen identiek moet verlopen. Wat telt, is dat de partijen in het strafproces over gelijke middelen beschikken om de betrouwbaarheid van de deskundige in twijfel te trekken als de partijen die een civiel geding voeren. Dergelijke evenwichtstoestand ontbrak volgens het Arbitragehof. Het slachtoffer dat zich wendt tot de strafrechter, komt in een zwakkere positie, omdat het pas tijdens de bespreking van het deskundigenverslag zijn stem kan laten horen (overweging B6).

Voorts maakt het Arbitragehof spaanders van de theorie dat het strafproces volledig buiten het bereik blijft van artt. 962 ev. Ger. W. Uitgangspunt is dat volgens art. 2 Ger. W. de regels van het gerechtelijk privaatrecht het *ius commune* uitmaken van de rechtspleging en niet zomaar door de strafrechter mogen terzijde geschoven worden. Volgens het Arbitragehof is er geen reden om in de fase van het onderzoek ter terechtzitting de deskundige af te schermen van de partijen (overweging B8). Nergens treft men in het Wetboek van Strafvordering een bepaling aan die tegenspraak in het deskundigenonderzoek uitsluit, zodat de regels over deze onderzoeksdaad in burgerlijke zaken in principe zouden moeten «doorsijpelen» naar het strafproces. Bovendien moet ook de strafprocedure beantwoorden aan de standaard van een eerlijk proces. Bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek die het contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek waarborgen, zijn daarom verenigbaar met essentiële principes van het strafproces, tenminste wanneer deze onderzoeksdaad een weerslag heeft op de burgerlijke vordering.

De transplantatie van regels uit het gerechtelijk privaatrecht naar het strafproces mag evenwel slechts een lichte ingreep zijn. In de civiele procedure geven de partijen immers de toon aan: zij kunnen bij onderling akkoord een deskundige aanstellen en diens opdracht omschrijven.¹⁴ Op de rechter wordt slechts een beroep gedaan als de partijen geen overeenstemming bereiken over de deskundige en zijn opdracht. In het strafproces is er voor een processueel «zelfbeschikkingsrecht» van de partijen daarentegen geen ruimte. Het principe is dat de rechter ambtshalve alle nuttige onderzoeksdaaden stelt om de waarheid te ontdekken, zonder vooraf met de partijen te moeten overleggen.¹⁵ Voorts is de rechter niet gebonden aan akkoorden tussen de partijen. Als leider van het onderzoek heeft hij steeds het laatste woord over de aanstelling van de deskundige en de omvang van diens opdracht.¹⁶ In het burgerlijk proces krijgen de partijen daarentegen steeds de bovenhand. Zij kunnen zelfs bij onderling akkoord de deskundige vervangen die door de rechter was aangesteld (art. 964 Ger. W.). Bepalingen die de procesautonomie van de partijen in de verf zetten, kunnen daarom niet in het strafprocesrecht geïntegreerd worden. Welke bepalingen over het deskundigenonderzoek een lou-

⁹ In die zin zie H. BEKAERT, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Brussel, Bruylant, 1972, 196.

¹⁰ J. HOFFLER, *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Kortrijk, UGA, 1956, 254.

¹¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 643.

¹² M. FRANCHIMONT, A. MASSET en A. JACOBS, *Manuel de procédure pénale*, Luik, Jeune Barreau de Liège, 1989, 791; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 643.

¹³ Arbitragehof, 30 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 713. Over deze uitspraak zie A. MASSET, «L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire», *J.L.M.B.*, 1997, 790-796 en Ph. TRAEST, «Actualia Strafrecht», tekst voor studieavond C.B.R., 1997, 43-46 (te verschijnen).

¹⁴ A. FETTWEIS, *o.c.*, 381-386.

¹⁵ F. HUTSEBAUT, *o.c.*, 124; R. DECLERQ, *o.c.*, 446.

¹⁶ R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 442; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 746.

ter civiel karakter hebben, geeft het Arbitragehof echter niet aan. Uit de lijst dient men allicht volgende bepalingen te filteren ¹⁷: artt. 964 en 977 die de partijen de mogelijkheid bieden om in gemeen overleg de deskundige aan te duiden; art.974, §1, dat de partijen toelaat om in akkoord de deskundige vrij te stellen over het geven van advies over zekere punten van zijn opdracht; art.974, §2, dat aan de partijen de mogelijkheid biedt de opdracht van de deskundige uit te breiden; art.977, dat de partijen in staat stelt nieuwe deskundigen aan te stellen na vervanging van de oorspronkelijke deskundige.

De hamvraag is echter hoe tegenspraak in het deskundigenonderzoek moet totstandkomen. Over dit probleem geeft het Arbitragehof geen enkele concrete aanwijzing. Opnieuw moet men zich afvragen welke principes van het gerechtelijk privaatrecht passen in de stijl van de strafvordering. Eigen aan de civiele procedure is de strijd tussen twee zelfstandige partijen, die zelf bewijsgegevens moeten aanbrengen om hun argumenten kracht bij te zetten. Deze horizontale structuur brengt mee dat de partijen elk een eigen deskundige kunnen aanstellen (art.974 Ger.W.) en de verrichtingen van de expert mogen bijwonen (art.973 Ger.W.). Het gezamenlijk optreden van verschillende deskundigen ligt minder voor de hand in het strafproces. Aan de rechter komt het toe op eigen initiatief een «officiële» expert aan te stellen, die de belangen van elke partij moet behartigen en daardoor aan de slag kan gaan zonder rekening te moeten houden met een tegenexpert. ¹⁸ Het proces is immers een ambts-halve zoektocht naar de waarheid, waarbij de partijen zich eerder op de achtergrond moeten houden. Waar het op aankomt, is dat de partijen de objectiviteit van de officiële deskundige kunnen controleren. Daartoe zouden de partijen de kans moeten hebben om mee de opdracht van de deskundige te omschrijven en om commentaar te leveren op diens bevindingen, alvorens de grond van de zaak wordt behandeld. Of de partijen moeten kunnen tussenkomen tijdens de verrichtingen van de expert, is een omstreden punt. Dergelijke vorm van tegenspraak komt de kwaliteit van het deskundigenonderzoek niet steeds ten goede. Zo dreigt een psychiatrische expertise wellicht vast te lopen wanneer de deskundige voortdurend door een partij wordt onderbroken. Nochtans verzet het Arbitragehof er zich niet tegen dat de partijen ook in strafzaken de expertise op de voet zouden mogen opvolgen. Het Hof geeft aan dat de strafrechter die een deskundige aanstelt, moet letten op alle bepalingen die in burgerlijke zaken het contradictoir karakter van de expertise waarborgen. De inquisitoire procesfilosofie, waarin de partijen slechts figuranten zijn in het onderzoek, boet daardoor sterk aan betekenis in.

Ten slotte gaat het Arbitragehof in tegen de visie dat het debat ter terechtzitting voldoende compensatie biedt voor het ongemak dat de partijen door een geheim deskundigenonderzoek ondervinden. Striemend is de motivering dat dit uitstel van tegenspraak in sommige gevallen afbreuk doet aan de rechten van de verdediging. ¹⁹ Problemen kunnen ontstaan wanneer sinds de expertise veel tijd is verstreken of materiële aanwijzingen zijn verdwenen. In die gevallen is

het voor de partijen onmogelijk de expertise aan te vechten, aldus het Arbitragehof, als zij niet aan deze onderzoeksdaad hebben kunnen deelnemen (overweging B6). Zelfs een nieuwe expertise, bevolen op initiatief van een partij, garandeert niet steeds een degelijk verweer. Daaruit volgt dat de partijen in het strafproces de betrouwbaarheid van het deskundigenonderzoek moeten kunnen aanvechten alvorens de expert zijn verrichtingen afrondt, zoniet dreigt het proces zijn eerlijk karakter te verliezen.

Hoewel het Arbitragehof het strafproces openbreekt voor de toepassing van artt. 962 e.v.Ger.W., is het doek over het geheime karakter van het deskundigenonderzoek nog niet gevallen. Allereerst heeft het Hof slechts uitspraak gedaan over het deskundigenonderzoek bevolen in het eindstadium van het proces. De verplichting tot deelname van de partijen geldt bijgevolg enkel voor expertises die door de vonnisrechter worden bevolen alvorens uitspraak te doen over de strafvordering of als steun voor de afhandeling van burgerlijke belangen. ²⁰ Het vooronderzoek in strafzaken kwam in de prejudiciële vragen niet aan bod, zodat het effect van deze uitspraak eerder gering zal zijn. Deskundigen worden immers meestal aangesteld in de voorbereidende fase van het strafproces, vaak zonder dat de partijen daarvan op de hoogte zijn. Het is overigens erg moeilijk uit te maken of de motieven van dit arrest van het Arbitragehof ook enige betekenis hebben voor de expertise tijdens het vooronderzoek. In de civiele procedure ontbreekt immers een apart vooronderzoek, waardoor het gelijkheidsbeginsel weinig houvast biedt voor de uitbreiding van artt.962 e.v.Ger.W. naar de beginfase van het strafproces.

Voorts heeft het Arbitragehof zich slechts uitgesproken over het verschil in behandeling tussen de partijen in een civiel proces en de partijen die optreden voor de strafrechter. De conclusie is dat deze opdeling, waarbij de expertise in strafzaken weinig waarborgen biedt, discriminatoir is, omdat «de belangen van de burgerlijke partij niet onderscheiden zijn van elke partij in een burgerlijk proces» (overweging B6). De maatstaf van beoordeling wordt bijgevolg niet gevormd door zuiver strafvorderlijke belangen. Daaruit vloeit voort dat het geheime karakter van het deskundigenonderzoek slechts moet worden getemperd als op de terechtzitting de verdachte en de burgerlijke partij in het strijdperk treden. ²¹ Enkel in deze conflictsituatie komt het probleem van het gelijkheidsbeginsel aan de orde, daar het slachtoffer dat zich wendt tot de burgerlijke rechter, veel meer armslag heeft om het deskundigenonderzoek bij te sturen. Het Arbitragehof heeft daarom slechts enkele obstakels opgeruimd op de weg naar een contradictoir deskundigenonderzoek. Beklaagden die op de terechtzitting geen confrontatie moeten aangaan met een burgerlijke partij, beschikken niet over een wapen om het geheime karakter van deze onderzoeksdaad te doorbreken. Dergelijke situatie is op termijn wellicht niet houdbaar. Verdachten die willen deelnemen aan het deskundigenonderzoek zijn daarvoor immers aangewezen op hun tegenpartij, de benadeelde van het misdrijf. Proceswaarborgen zijn daardoor waarborgen die toevallig in de schoot van de verdachte worden geworpen, waardoor het probleem van ongelijke behandeling niet volledig

¹⁷ A. MASSET, *o.c.*, 792.

¹⁸ F. HUTSEBAUT, *o.c.*, 124; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 746.

¹⁹ Arbitragehof, 30 april 1997, *o.c.*, overweging B6.

²⁰ Ph. TRAEST, *o.c.*, 45.

²¹ In die zin zie A. MASSET, *o.c.*, 794.

van de baan is. Bovendien besliste het Arbitragehof duidelijk dat de mogelijkheid om op de terechtzitting de expertise te betwisten, afbreuk kan doen aan de rechten van de verdediging (overweging B6). De waarborg van een eerlijk proces moet steeds worden nageleefd, ook al geeft het slachtoffer er de voorkeur aan zijn eis voor de burgerlijke rechter in te stellen of ontbreekt er een burgerlijke partij. De vraag rijst daarom of niet alle verdachten de kans moeten krijgen hun stem te laten horen tijdens een expertise bevolen door de feitenrechter.

III. HET DESKUNDIGENONDERZOEK TIJDENS DE VOORFASE VAN HET STRAFPROCES

Opmerkelijk is dat het Arbitragehof scherp van leer trok tegen de theorie dat de artt. 962 ev. Ger. W. niet van toepassing zijn in strafzaken, maar de deur slechts op een kier zette voor een contradictoir deskundigenonderzoek. Over tegenspraak in het vooronderzoek houdt het Hof zich op de vlakte, terwijl de resultaten van dit onderzoek doorgaans veel gewicht in de schaal leggen. De scheiding tussen vooronderzoek en onderzoek ter terechtzitting is echter broos en kunstmatig. Het feit dat de verdediging in de eindfase van het proces alle kansen krijgt een verweer te voeren is op zichzelf geen garantie voor een eerlijke bewijsvoering. Is het onderzoek geconcentreerd in de voorfase van het proces, dan zou de verdediging reeds in dat stadium moeten kunnen tussenkomen, zoniet dreigt het proces uit evenwicht te raken. Vanuit deze optiek kent het geheime karakter van de expertise steeds minder pleitbezorgers. Vaak is sinds de expertise zoveel tijd verstreken dat de verdediging voor een *fait accompli* wordt geplaatst. Een tegenexpertise is immers niet meer mogelijk, daar meestal belangrijke sporen zijn weggewist. Het enige middel dat de verdediging nog kan beproeven, is de confrontatie met de deskundige op de terechtzitting, waarbij vooral pijlen worden gericht op de methodologie van de expertise. Dergelijke waarborg brengt echter weinig soelaas, doordat bij gebrek aan tegenspraak in de voorfase van het proces de vaststellingen van de expert veelal een dogmatisch karakter krijgen. Deze formele invulling van «tegenspraak» kan voor het Arbitragehof niet door de beugel. Volgens het Hof kunnen de partijen in het strafproces de resultaten van de expertise pas «op nuttige wijze» in twijfel trekken als zij aan deze onderzoeksdaad hebben kunnen deelnemen (overweging B6). Dit standpunt, dat weliswaar slaat op expertises bevolen door de feitenrechter, heeft ook zijn waarde voor de organisatie van het deskundigenonderzoek tijdens het vooronderzoek. Hoe vroeger in het proces de deskundige wordt aangesteld, des te kleiner de kans is dat de verdachte een degelijk verweer kan voeren wanneer hij in dat cruciale stadium als buitenstaander wordt beschouwd.

Traditioneel wordt ingebracht dat het vooronderzoek geen ruimte biedt voor een contradictoir deskundigenonderzoek. Het geheim van het onderzoek zou zo'n fundamenteel principe van de strafrechtspleging zijn dat men niet kan overgaan tot inplanting van regels uit het Gerechtelijk Wetboek.²² Deze redenering komt evenwel steeds minder overtuigend over. Allereerst heeft de wetgever het geheim van

het vooronderzoek fel afgezwakt. Ingevolge de wet-Franchimont hebben de verdachte en de burgerlijke partij de mogelijkheid om tijdens een gerechtelijk onderzoek het strafdossier in te zien en bijkomende opsporingen te laten verrichten.²³ Vereist is wel dat de onderzoeksrechter deze inbreng van een partij vooraf afweegt tegen het belang van het onderzoek. Wanneer inzage in het dossier wordt toegestaan, kan het deskundigenonderzoek nog moeilijk achter de rug van de partijen plaatshebben. De partij die op de hoogte komt van deze onderzoeksdaad, kan immers verzoeken de opdracht van de deskundige uit te breiden of kan reeds tijdens het vooronderzoek kritiek uitoefenen op de betrouwbaarheid van diens methode. Dergelijke situatie geeft onvermijdelijk aanleiding tot spanningen en rechtsongelijkheid. Zo is het mogelijk dat sommige partijen wel in staat zijn het deskundigenonderzoek op te volgen, terwijl andere partijen pas bij de verwijzing van de zaak naar het vonnisgerecht deze onderzoeksdaad kunnen betwisten. Een teer punt in de regeling is ook dat het gerechtelijk onderzoek niet meer gekoppeld is aan objectieve criteria, zoals de ernst of de complexiteit van de zaak. Meestal wordt de onderzoeksrechter slechts ingeschakeld om dwangmaatregelen op te leggen. Dergelijke «onvoorspelbaarheid» van het gerechtelijk onderzoek ondermijnt de rechten van de verdediging, omdat het opsporingsonderzoek met veel minder waarborgen is omringd. Zolang geen onderzoeksrechter tussenkomt, hebben de partijen geen inzagerecht en kunnen zij nauwelijks een expertise beïnvloeden. Hierdoor kan de verdachte slechts actief aan het vooronderzoek deelnemen als het O.M. bereid is de leiding van het onderzoek uit handen te geven. Zo'n situatie, waarbij proceswaarborgen worden opgevat als een gunst, vormt geen stevige basis voor een evenwichtige rechtshandhaving. De vraag rijst daarom of de partijen ook niet tijdens het opsporingsonderzoek inspraak moeten hebben over het deskundigenonderzoek.

Voorts dient het geheim van het onderzoek verenigbaar te zijn met de waarborg van een eerlijk proces. Meermaals gaf het Europese Hof te Straatsburg aan dat deze waarborg moet worden beoordeeld in samenhang met de hele reeks van proceshandelingen.²⁴ Tijdens het vooronderzoek mogen de rechten van de verdediging daarom slechts worden ingeperkt voor zover dit het proces in zijn geheel niet uit evenwicht brengt. In het arrest *Mantovanelli* heeft het Europese Hof dit principe toegepast op de organisatie van het deskundigenonderzoek. Oorzaak van betwisting in deze zaak was een verslag van een deskundige dat slechts op de terechtzitting kon betwist worden. Waarop het Hof de nadruk legt, is dat de partijen in de loop van het proces de nodige kansen krijgen om de bevindingen van de expert ter discussie te stellen.²⁵ Van belang hierbij is dat de partijen alle stukken kunnen inzien die de deskundige aan de rechter voor-

²² Cass., 26 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 249. Zie F. HUTSEBAUT, *o.c.*, 117; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, 643.

²³ Art. 13 van de wet van 5 maart tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *B.S.*, 2 april 1998.

²⁴ Vb. E.H.R.M., 28 november 1991, *Publ. Cour.*, Serie A, Vol. 220, S./Zwitserland; E.H.R.M., 26 maart 1996, *Publ. Cour.*, Serie A, Doorson/Nederland, § 66; E.H.R.M., 23 april 1997, *Publ. cour.*, Serie A, Van Mechelen (e.a.)/Nederland, § 49.

²⁵ E.H.R.M., 18 maart 1997, *Publ. Cour.*, Serie A, Mantovanelli/Frankrijk, § 34.

legt en over voldoende tijd beschikken om de betrouwbaarheid van de deskundige aan te vechten. Toch beslist het Hof niet dat de partijen de verrichtingen van de expert steeds moeten kunnen bijwonen of kennis moeten krijgen van alle gegevens waarmee de deskundige tijdens zijn onderzoek rekening houdt. Wat telt, is dat de partijen op een adequate manier kunnen deelnemen aan de procesbehandeling ten gronde (§ 33). Hiermee geeft het Hof aan dat de deskundige zijn verrichtingen niet zelf moet «opentrekken» naar de partijen toe, maar ervoor moet zorgen dat zijn rapport tijdig wordt bekendgemaakt met oog op een debat op tegenspraak voor het vonnisgerecht. Nochtans is de procedure niet meteen «Straatsburg-proof» als de partijen voldoende kansen krijgen om de betrouwbaarheid van de deskundige op de terechtzitting op de proef te stellen. In sommige gevallen is het voor een eerlijke bewijsvoering vereist dat de partijen reeds tijdens het vooronderzoek het deskundigenonderzoek kunnen beïnvloeden. Veel hangt hierbij af van het gewicht van het deskundigenonderzoek in de bewijsconstructie. In het arrest Mantovanelli oordeelde het Hof dat de confrontatie met de deskundige te weinig garanties bood, omdat diens opdracht uiteindelijk neerkwam op de beoordeling van de schuldvraag (§ 36). In deze zaak van medische aansprakelijkheid werd van de expert immers verwacht na te gaan of de behandelende geneesheer een fout had begaan. De bevindingen van de expert waren bovendien het enige element van bewijs. Daaruit volgt dat de partijen actief aan het deskundigenonderzoek moeten kunnen deelnemen als deze maatregel doorslaggevend is voor het bewijs en er een rolvermenging ontstaat van deskundige en rechter. Enkel wanneer de aanwezigheid van de partijen de expert zou verhinderen een sereen en nauwgezet onderzoek te verrichten, kan tegenspraak worden beperkt tot een debat over de resultaten van de expertise (§ 36). In de zaak Mantovanelli bestond er voor het Hof geen vrees voor «blokkering» van het deskundigenonderzoek, omdat dit onderzoek beperkt bleef tot het verhoor van vijf medici en tot een evaluatie van medische verslagen. De stelling dat een debat over het verslag van de deskundige voldoende is als waarborg voor een eerlijk proces gaat bijgevolg niet steeds meer op.

Tegenspraak inbouwen in de voorbereidende fase van het proces, is echter geen sinecure. Wanneer de verdachte steeds bij de aanvang van het onderzoek kan tussenkomen, bestaat het gevaar dat bewijsmateriaal wordt verduisterd en het zicht van het gerecht wordt vertroebeld. Voor een efficiënte waarheidsvinding is het bijgevolg van belang dat het gerecht een zekere voorsprong kan opbouwen. Problemen ontstaan dan wanneer in het prille begin van het onderzoek een expertise wordt bevolen. Moet deze maatregel onmiddellijk vatbaar zijn voor tegenspraak of is het voldoende dat de verdachte in een later processtadium de kans krijgt opmerkingen te formuleren? Wellicht biedt de rechtspraak van het Europese Hof te Straatsburg uitkomst. Om een proces als «eerlijk» te bestempelen, dient men alle schakels van de procedure met elkaar te verbinden en de hele keten voor ogen te houden. Een deskundigenonderzoek waaraan de verdachte niet van bij het begin kon deelnemen, vormt bijgevolg niet *per se* een aantasting op de rechten van de verdediging. Alleen mag de regeling niet zo worden opgevat dat verdachten steeds het onderzoek ter terechtzitting moeten afwachten om de resultaten van de expertise te kunnen betwisten.

Een ander knelpunt is dat het vooronderzoek soms lang aansleept alvorens klaarheid ontstaat over wie als verdachte moet worden bestempeld. Tijdens deze terreinverkenning is het vaak nodig een deskundige aan te stellen, waardoor de beoogde tegenspraak noodgedwongen achterwege blijft. Het feit dat de deskundige zonder mogelijkheid tot tegenspraak tewerkging, zou daarom de regelmatigheid van de expertise niet mogen aantasten, tenzij de verdediging doelbewust op een zijspoor werd gezet. Van een gebrek aan loyaliteit zou er sprake zijn wanneer iemand tegen wie overduidelijk sterke aanwijzingen van schuld bestaan, niet door de onderzoekers als «verdachte» wordt erkend. Deze correctie sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat een gebrek aan loyaliteit koppelt aan de nietigheidssancie.²⁶ In een burgerlijk proces liggen de kaarten anders, omdat de partijen van meetaf aan gekend zijn. Zonder een aanwijsbaar conflict tussen de partijen heeft dit proces geen voorwerp, zodat een onderzoek «tegen onbekenden» niet voorkomt. Voor het deskundigenonderzoek in de voorbereidende fase van het strafproces zijn de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek dan ook geen perfect aanknopingspunt.

IV. BESLUIT

Het deskundigenonderzoek in strafzaken is een materie in volle beweging. De traditionele visie dat de deskundige het best zonder enig overleg met de partijen tot conclusies komt, kent steeds minder aanhang. Op het onderzoek ter terechtzitting is het immers meestal te laat de opdracht van de deskundige bij te sturen of een tegenexpertise te laten verrichten, waardoor het voor de partijen praktisch onmogelijk is belangrijke onderdelen in de bewijsconstructie aan te vechten. In zijn arrest van 30 april 1997 heeft het Arbitragehof deze patstelling waarin de verdediging verkeert, onder vuur genomen. Als antwoord op een prejudiciële vraag oordeelde het Hof dat in de fase van het onderzoek ter terechtzitting het geheime karakter van het deskundigenonderzoek niet redelijk meer verantwoord is, daar de belangen van de burgerlijke partij identiek zijn als die van de eisende partij in een civiel proces. Bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die aan de expertise een contradictoir karakter geven, zouden op deze onderzoeksdaad moeten toegepast worden, althans voor zover de leidinggevende positie van de strafrechter niet in het gedrang komt.

Toch mag het belang van deze uitspraak niet overschat worden. Aan het geheime karakter van het deskundigenonderzoek tijdens het vooronderzoek werd immers niet geraakt, terwijl juist deze beperking de verdediging soms vleugellam maakt. Ook schijnt een contradictoir deskundigenonderzoek slechts noodzakelijk te zijn in zaken waarin de burgerlijke vordering bij de strafrechter aanhangig is. In de gevallen waarin de expert zijn onderzoek moet afschermen van de partijen staat de verdachte echter niet geheel machteloos. Een gebrek aan tegenspraak tijdens het vooronderzoek mag geen afbreuk doen aan het vereiste van een eerlijk proces (art.6 E.V.R.M.). Volgens het Europese Hof te

²⁶ Cass., 13 mei 1986, *R.D.P.*, 1986, 905. Over het vereiste van loyaliteit in de bewijsvoering, zie Ph. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 329 ev.; R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 396.

Straatsburg komt deze waarborg in het gedrang wanneer de expertise de belangrijkste schakel vormt van de besluitvorming en de partijen zich daarbij afzijdig moesten houden, zonder dat deze uitsluiting in het belang van de waarheidsvinding kan gerechtvaardigd worden. De mogelijkheid van de verdediging om op de terechtzitting het deskundigenonderzoek te betwisten, biedt bijgevolg niet steeds compensatie voor het gebrek aan tegenspraak tijdens het vooronder-

zoek. Deze benadering *in concreto*, waarbij het proces in zijn geheel wordt beschouwd, opent perspectieven voor een contradictoir deskundigenonderzoek.

Bart DE SMET
Universiteit Antwerpen (ULA)
april 1998

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

10 MAART 1998

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Boel en Cerexhe

Advocaten: De Coninck loco Lagasse, Uyttendaele, Maron, Staelens, Brewarys en De Bruyn loco Verdussen

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Taalgebruik – In bestuurszaken – Gemeenten met een bijzondere taalregeling – Gemeenteraad

Art. 23 van de bij K.B. van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken schendt niet de art. 10 en 11 van de Grondwet, in de interpretatie dat het de burgemeester of een ander lid van het college van burgemeester en schepenen van een in die bepaling beoogde gemeente verbiedt een agendapunt van de gemeenteraadszitting in te leiden of toe te lichten in een andere taal dan het Nederlands of in een dergelijke taal te antwoorden op interventies van gemeenteraadsleden.

Arrest nr. 26/98

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest nr. 66.229 van 14 mei 1997 in zake de gemeente Linkebeek tegen het Vlaamse Gewest heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Miskennen artt. 6 en 6bis van de Grondwet de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken en meer bijzonder art. 23 ervan, voor zover als ze aan een gemeentelijke mandataris van Linkebeek of van een van de vijf andere randgemeenten met faciliteiten een agendapunt van de zitting van de gemeenteraad in het Frans toe te lichten of meer gewoonlijk mondelinge opmerkingen en interventies in het Frans tijdens de zitting te doen en voor zover als ze bijgevolg aan de kiezers van die zes gemeenten zouden verbieden hun democratisch toezicht op hun verkozenen uit te oefenen?»

...

Ten aanzien van de prejudiciële vraag

Het Hof heeft bij beschikking van 17 december 1997 de prejudiciële vraag als volgt geherformuleerd: «Schendt art. 23 van de bij K.B. van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken de artt. 10 en

11 van de Grondwet, indien die bepaling zo moet worden geïnterpreteerd dat zij de burgemeester of een ander lid van het college van burgemeester en schepenen van een in die bepaling beoogde gemeente verbiedt een agendapunt van de gemeenteraadszitting in te leiden of toe te lichten in een andere taal dan het Nederlands of in een dergelijke taal te antwoorden op interventies van gemeenteraadsleden?»

...

Ten gronde

Art. 23 van de bij K.B. van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken bepaalt: «Iedere plaatselijke dienst die is gevestigd in de gemeenten Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Sint-Genesius-Rode, Wemmel en Wezembeek-Oppem, gebruikt uitsluitend de Nederlandse taal in zijn binnendiensten, in zijn betrekkingen met de diensten waaronder hij ressorteert en zijn betrekkingen met diensten uit het Nederlandse taalgebied en die uit Brussel-Hoofdstad.»

In de interpretatie van het verwijzende rechtscollege volgt uit art. 23 van de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken dat de burgemeester en de andere leden van het college van burgemeester en schepenen van een gemeente bedoeld in die bepaling uitsluitend het Nederlands dienen te gebruiken bij het inleiden of het toelichten van een agendapunt van de gemeenteraadszitting en bij het beantwoorden van interventies van gemeenteraadsleden. Doen zij zulks niet, dan stellen zij zich bloot aan tuchtsancties als bedoeld in art. 57 van de gecoördineerde wetten en kan de nietigheid van de daaropvolgende gemeenteraadsbeslissingen met toepassing van art. 58 van dezelfde wetten worden vastgesteld, indien die inleidingen, toelichtingen of beantwoordingen van interventies kunnen worden vermoed die beslissingen inhoudelijk te hebben beïnvloed.

Volgens de gemeente Linkebeek zouden aldus de Franstalige kiezers van de randgemeenten worden gediscrimineerd, niet alleen ten opzichte van de Franstalige kiezers van het Franse taalgebied of van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, maar ook ten opzichte van de Nederlandstalige kiezers van diezelfde gemeenten. De laatstgenoemde kiezers zouden wel een democratisch toezicht kunnen uitoefenen op het optreden van hun verkozenen. Ook zouden de Franstalige verkozenen zelf een discriminerende behandeling ondergaan ten opzichte van de Franstalige verkozenen

van het Franse taalgebied of van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en ten opzichte van de Nederlandstalige verkozenen van diezelfde gemeenten, in zoverre hun wordt verboden zich uit te drukken in een taal die hun kiezers begrijpen.

Allereerst zij opgemerkt dat de verplichting om in de randgemeenten tijdens de gemeenteraadszittingen de taal van het taalgebied te gebruiken uitsluitend geldt voor de burgemeester en de andere leden van het college van burgemeester en schepenen en dus niet voor de andere leden van de gemeenteraad. De bezwaren van de gemeente Linkebeek missen derhalve feitelijke grondslag in zoverre zij betrekking hebben op Franstalige gemeenteraadsleden die noch burgemeester, noch schepenen zijn.

Vervolgens moet worden opgemerkt dat de verplichting voor de burgemeesters en de schepenen om het Nederlands te gebruiken in de gemeenteraden van de in art. 23 van de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken bedoelde gemeenten, geldt ongeacht of betrokkenen als Nederlandstaligen of Franstaligen zouden kunnen worden aangemerkt. Die bepaling stelt derhalve geen verschil in behandeling in, maar past op alle betrokkenen dezelfde regels toe.

De kritiek van de gemeente Linkebeek moet echter zo worden begrepen dat de betrokken bepaling ten onrechte geen onderscheiden behandeling voorbehoudt naargelang de betrokkenen als Nederlandstalig of Franstalig kunnen worden beschouwd, omdat het om randgemeenten gaat waarin ten behoeve van Franstaligen zogenaamde faciliteiten gelden zoals bedoeld in de artt. 24 tot 31 van de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken.

Hoewel de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken ten behoeve van Franstalige inwoners in de randgemeenten een bijzondere regeling bevat die hen toestaat hun betrekkingen met de plaatselijke diensten in het Frans te voeren en die aan die diensten de verplichting opleggen om in bepaalde in die wetten nader omschreven omstandigheden het Frans te gebruiken, doet die regeling geen afbreuk aan het principieel eentalig karakter van het Nederlandse taalgebied, waartoe die gemeenten behoren. Zulks impliceert dat de taal die er in bestuurszaken moet worden gebruikt, in beginsel het Nederlands is en dat bepalingen die het gebruik van een andere taal toestaan niet tot gevolg mogen hebben dat afbreuk wordt gedaan aan de door art. 4 van de Grondwet gewaarborgde voorrang van het Nederlands.

Ten aanzien van de beweerde discriminatie ten aanzien van de mandatarissen is het niet onredelijk dat de wetgever, gelet op het eentalige karakter van het betrokken taalgebied en de gewaarborgde voorrang van het Nederlands, aan de burgemeesters en de schepenen van dergelijke gemeenten niet de mogelijkheid biedt zich tijdens de gemeenteraadszittingen te bedienen van een andere taal dan het Nederlands wanneer zij een agendapunt van de gemeenteraadszitting inleiden of toelichten of antwoorden op interventies van gemeenteraadsleden.

Wat de beweerde discriminatie betreft ten aanzien van de Franstalige kiezers of inwoners van de betrokken gemeenten dient te worden opgemerkt dat de betrokken regeling meebrengt dat zij die het Nederlands onvoldoende begrijpen, de besprekingen in de gemeenteraad inderdaad moeilijk zullen kunnen volgen. Maar, in tegenstelling tot wat de

gemeente Linkebeek beweert, belet de betrokken bepaling evenwel geen enkele kiezer democratisch toezicht uit te oefenen op de verkozenen.

Volgens de gemeente Linkebeek zou de betrokken regeling ook op discriminatoire wijze afbreuk doen aan art. 3 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en aan art. 27 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Art. 3 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bepaalt: «De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden welke de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen.»

Die bepaling waarborgt het recht om te kiezen of te worden verkozen, maar slechts bij de verkiezing van vergaderingen die een wetgevende bevoegdheid uitoefenen ten aanzien van de kiezers of kandidaten die zich op bedoeld art. 3 beroepen. Omdat de gemeenteraden niet een dergelijke bevoegdheid hebben, is vermelde verdragsbepaling er niet op van toepassing.

Art. 27 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt: «In Staten waar zich etnische, godsdienstige of linguïstische minderheden bevinden, mag aan personen die tot die minderheden behoren niet het recht worden onttrokken, in gemeenschap met de andere leden van hun groep, hun eigen cultuur te beleven, hun eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen, of zich van hun eigen taal te bedienen.»

Die bepaling heeft geen betrekking op het taalgebruik door administratieve overheden. De grief mist grondslag in zoverre zij mede is gebaseerd op die verdragsbepaling.

Om die redenen,

het Hof,

zegt voor recht:

art. 23 van de bij K.B. van 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken schendt niet de artt. 10 en 11 van de Grondwet, in de interpretatie dat het de burgemeester of een ander lid van het college van burgemeester en schepenen van een in die bepaling beoogde gemeente verbiedt een agendapunt van de gemeenteraadszitting in te leiden of toe te lichten in een andere taal dan het Nederlands of in een dergelijke taal te antwoorden op interventies van gemeenteraadsleden.

...

NOOT – *De betekenis van art. 4 G.W. en de Taalwet Bestuurszaken voor het gebruik der talen door gemeentelijke mandatarissen*

1. De taalkennis van en het gebruik der talen door gemeentelijke mandatarissen, in het bijzonder in de taalgrensen randgemeenten, overschaduwde in de jaren tachtig de Belgische politiek en het Belgisch grondwettelijk recht (zie hierover «Taalwetgeving in Bestuurszaken: het feuilleton van Voeren en Kraainem of de pas-de-deux van Happart en Capart» in Opdebeek, I. en Reyntjens, F., «Kroniek van grondwettelijk en administratief recht (1986 en 1987)», *R.W.*, 1987-88, 1385-1391). Het arrest nr. 26/98 van het Arbitragehof lijkt een late uitloper van deze discussies. Toch verschaft het mogelijk meer klaarheid over een aantal punten waarover nog

juridische onduidelijkheid bestond. Het Arbitragehof doet met name (nogmaals) uitspraak over de betekenis van art. 4 G.W. en lijkt ook het begrip «diensten» in de zin van de Taalwet Bestuurszaken toe te lichten. We zullen in deze noot nagaan of hiermee de bestaande tegenstelling tussen de rechtspraak van het Arbitragehof en die van de afdeling administratie van de Raad van State beslecht is.

2. Op 9 mei 1990 vernietigde de Vlaamse Gemeenschapsminister van Binnenlandse Aangelegenheden acht beslissingen van de gemeenteraad van Linkebeek. De reden hiervoor was dat op de gemeenteraadszitting omtrent die acht agendapunten door de burgemeester of een schepen een inleiding werd gegeven in het Nederlands en in het Frans. Op de door de gemeenteraadsleden in het Nederlands gestelde vragen werd door de burgemeester of een schepen in het Nederlands geantwoord, op in het Frans gestelde vragen in het Frans.

De gemeente Linkebeek vorderde op 6 juli 1990 voor de Raad van State de vernietiging van de ministeriële vernietigingsbeslissing. Op 14 mei 1997 (!) stelde de Raad van State een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof (arrest nr. 66.229). Daarin werd, letterlijk de door de gemeente Linkebeek opgeworpen vraag overnemend, gevraagd of de art. 10 en 11 G.W. art. 23 Taalwet Bestuurszaken schenden (sic). Hoewel het Arbitragehof volgens een memorie van de Vlaamse regering geen «prejudiciële vragen in rebusvorm» dient te beantwoorden aangezien het geen «puzzel-gezelschap» is, herformuleerde het Hof de vraag op basis van art. 27, § 2 Bijzondere Wet Arbitragehof tot de vraag of art. 23 al dan niet de art. 10 en 11 van de Grondwet schendt.

3. Art. 23 Taalwet Bestuurszaken bepaalt o.m. dat de plaatselijke diensten in de zgn. randgemeenten in hun «binnendiensten» uitsluitend het Nederlands mogen gebruiken. Door de gemeente Linkebeek en door de Franse Gemeenschapsregering als tussenkomende partij werd opgeworpen dat art. 23 in die zin moet worden geïnterpreteerd dat het geen verbod inhoudt voor een «gemeentelijk mandataris van de randgemeenten» om in het Frans een agendapunt van de gemeenteraad in te leiden of meer algemeen in die taal opmerkingen te maken of mondelinge interventies te doen tijdens de gemeenteraadszitting. Indien art. 23 toch zo'n verbod zou inhouden, dan zou het volgens de verzoeker strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel, zowel t.a.v. de mandatarissen als t.a.v. de kiezers. Immers, de Franstalige kiezers zouden geen democratisch toezicht kunnen uitoefenen op «hun» mandatarissen en verkozenen.

Het Arbitragehof verwijst in de eerste plaats naar de interpretatie van art. 23 door de Raad van State, die wel een verbod op gebruik van het Frans inhoudt *voor de burgemeester en voor de andere leden van het college van burgemeester en schepenen*. Het Hof geeft niet aan naar welke rechtspraak het verwijst. Men kan aannemen dat het hier gaat om de rechtspraak van de Raad van State inzake de taalkennis van en het gebruik der talen door gemeentelijke mandatarissen in het algemeen (voor referenties: zie verder) en niet alleen over de rechtspraak inzake art. 23 Taalwet Bestuurszaken in het bijzonder (bv. R.v.St., *Walraet*, nr. 27.410, 15 januari 1987; R.v.St., *Cobbaert*, nr. 27.411, 15 januari 1987; R.v.St., *W.J.t./Vlaams Gewest*, nr. 35.187, 12 juni 1990, *T.Gem.*, 1991, 115). Vervolgens gaat het Arbitragehof na of deze interpretatie in overeenstemming is met de Grondwet. Daarbij wordt eerst opgemerkt dat de leden van de gemeenteraad, die geen bur-

gemeester of schepen zijn, niet onder deze verplichting vallen. Daarna wordt nagegaan of de gelijke behandeling van de verschillende situatie van Nederlandstaligen en Franstaligen geen schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt. Het Hof stelt vast dat de faciliteitenregeling geen afbreuk doet aan het principieel eentalige karakter van het Nederlandse taalgebied. Wettelijke bepalingen die het gebruik van een andere taal toestaan mogen niet tot gevolg hebben dat afbreuk wordt gedaan aan de voorrang van het Nederlands, die door art. 4 G.W. wordt gewaarborgd. Gelet hierop is de onmogelijkheid voor de burgemeester en schepenen om zich van een andere taal te bedienen bij een tussenkomst in de gemeenteraad niet onredelijk. Bovendien belet dit geen enkele kiezer om democratisch toezicht uit te oefenen op de verkozenen. Het Arbitragehof acht de interpretatie van de Raad van State dus niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel.

4. De afdeling administratie van de Raad van State heeft zich in haar rechtspraak m.b.t. de taalkennis van en het gebruik der talen door gemeentelijke mandatarissen steeds rechtstreeks gebaseerd op art. 4 G.W. (R.v.St., *Germis*, nr. 15.990, 17 augustus 1973; R.v.St., *Deffense*, nr. 17.414, 3 februari 1976; R.v.St., *Carlier*, nr. 19.522, 20 maart 1979; R.v.St., *Verheyden*, nr. 22.186, 6 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 28-30, met noot Lambrechts, W.; R.v.St., *Sint-Genesius Rode*, nr. 23.282, 24 mei 1983; R.v.St., *Kraainem*, nr. 23.284, 24 mei 1983; R.v.St., *Walraet*, nr. 23.658, 8 november 1983; R.v.St., *Walraet*, nr. 23.853, 23 december 1983; R.v.St., *Motte*, nr. 26.941, 30 september 1986; R.v.St., *Walraet*, nr. 26.942, 30 september 1986; R.v.St., *Broers*, nr. 26.943, 30 september 1986; R.v.St., *Happart*, nr. 26.944, 30 september 1986; R.v.St., *Peeters*, nr. 26.945, 30 september 1986, *Ann.dr.Liège*, 1987, 28, met noot Scholsem, J. en R.R.D., 1986, 318, met noot Lejeune, Y.; R.v.St., *Walraet*, nr. 27.410, 15 januari 1987, *T.Gem.*, 1988, 107-109, met noot Vandendriessche, A.; R.v.St., *Cobbaert*, nr. 27.411, 15 januari 1987, *R.W.*, 1987-88, 922, met noot Lambrechts, W.; R.v.St., *W.J.t./Vlaams Gewest*, nr. 35.187, 12 juni 1990. Voor een overzicht zie bv. Lallemand, R. en Soumeryn-Schmit, G., «Les arrêts linguistiques du Conseil d'Etat. Un exemple extraordinaire de 'juge-législateur'», *J.T.*, 1986, 717-723; Uyttendaele, M., «Les obligations linguistiques des mandataires politiques», *CRISP, Courrier Hebdomadaire*, nr. 1150, 1987, 20-33). De Raad oordeelt dat in art. 4 G.W. het principiële vereiste besloten ligt dat de leden van de organen van de gemeenten in het Nederlandse taalgebied het Nederlands moeten gebruiken en dus moeten kennen (Deze verplichting tot taalkennis was volgens de Raad van State voor gemeenteraadsleden echter zonder sanctie en geen verkiesbaarheidsvoorwaarde. Sinds de Pacificatiewet van 1988 wordt de taalkennis van de gemeenteraadsleden en de in bepaalde faciliteitengemeenten rechtstreeks verkozen schepenen onweerlegbaar vermoed. Deze problematiek valt buiten het bestek van deze noot. Zie Alen, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht*, Brussel, Story, 1988, 62-65). De gemeenteoverheden, daarin begrepen de individueel optredende gemeenteraadsleden, zijn in het Nederlands taalgebied voor alle bestuurs-handelingen rechtstreeks krachtens de Grondwet gehouden tot het gebruik van het Nederlands.

Het Arbitragehof was daarentegen in zijn arrest van 26 maart 1986 uitdrukkelijk van mening dat art. 4 G.W. op zichzelf geen rechtstreekse regeling inhoudt van de verplichtingen van talenkennis of van het taalgebruik t.a.v. overheids-

mandatarissen. Art. 4 houdt, naast de basis voor het territoriaal toepassingsgebied van de gemeenschapsdecreten (artt. 127-130 G.W.) enkel een beperking in van de bevoegdheid van de verschillende wetgevers inzake het gebruik der talen en vormt de grondwettelijke waarborg van de voorrang van de taal van het eentalige gebied of van het tweetalige karakter van het gebied (Arbitragehof, nr. 17, 26 maart 1986, *B.S.*, 17 april 1986, 3.B.6.).

Er bestond heel wat discussie en onduidelijkheid in de rechtsleer of deze overwegingen behoorden tot het dictum of tot een van de met dat dictum onverbrekelijk verbonden motieven of in tegendeel slechts een *obiter dictum* vormden, zonder gezag van gewijsde (Zie bv. Lejeune, Y., «Les connaissances linguistiques requises d'une autorité ou d'un mandataire public communal», *R.R.D.*, 1986, 325-329; Scholsem, J., «Conseil d'Etat et Cour d'Arbitrage: Dissonances», *Ann. Dr.Liège*, 1987, 31-36; Uyttendaele, M., *o.c.*, 37-39; Velaers, J., «Het taalgebruik en de taalkennis van de gemeentelijke overheid in het Nederlands taalgebied na het arrest van het Arbitragehof van 26 maart 1986», *T.B.P.*, 1986, 350 e.v.; Velaers, J., «De Raad van State over de taalkennis en het taalgebruik van de gemeentelijke overheid in de arresten van 30 september 1986», *T.B.P.*, 1986, 533-536. De Raad van State zelf was deze laatste mening toegegaan en hield vast aan zijn interpretatie van art. 4 G.W. (zie de arresten van 30 september 1986 en van 15 januari 1987), die gestaafd werd met uitvoerig onderbouwde argumentaties (vgl. ook het arrest *Germis* en *Clement*, J., «Constitutionele beoordeling van de wet van 9 augustus 1988 over de taalkennis van gemeentelijke overheidsmandatarissen», *R.W.*, 1988-89, 1388).

Het Hof gaat niet in op deze argumenten en bevestigt in het besproken arrest nr. 26/98 dat art. 4 G.W. niet rechtstreeks het taalgebruik regelt. Art. 4 G.W. impliceert wel het principiële eentalige karakter van het Nederlandse taalgebied. De wetgever regelt het taalgebruik in bestuurszaken, maar mag daarbij geen afbreuk doen aan de grondwettelijk gewaarborgde voorrang van het Nederlands. Gelet op dat grondwettelijke kader (maar dus niet rechtstreeks eruit voortvloeiend), is het niet onredelijk dat de wetgever het gebruik van het Nederlands oplegt aan de burgemeester en de schepenen wanneer zij optreden in de gemeenteraad.

Deze overwegingen behoren in dit arrest wel degelijk tot de bevoegdheid van het Hof en tot de rechtstreekse motivering van de beslissing. Het Hof moet immers nagaan of de wetsbepaling en haar interpretatie redelijk verantwoord zijn, gelet op het gelijkheidsbeginsel. Een deel van de verantwoording ligt in art. 4 G.W. dat het (enge) kader vastlegt waarbinnen de wet het taalgebruik voor o.a. de faciliteiten-gemeenten kan regelen. Het argument dat het Hof art. 4 G.W. niet kan interpreteren, omdat dit geen bevoegdheidsverdelende regel is (Velaers, J., *o.c.*, 350), is vanzelfsprekend niet meer geldig, gelet op de in 1988 verruimde bevoegdheid van het Hof.

Hoewel het Arbitragehof geen enkel argument geeft ter staving van zijn visie, kan de Raad van State nog moeilijk volhouden dat rechtstreeks uit art. 4 G.W. volgt dat in de gemeenteraad van de randgemeenten het Nederlands moet worden gebruikt. Het lijkt dan ook dat men op basis van dit arrest kan zeggen dat het doek gevallen is over de discussie met betrekking tot de principiële draagwijdte van art. 4 G.W.

Het verschil in visie heeft, gelet op de Taalwet Bestuurszaken, in het onderliggende geschil *in casu* geen gevolgen.

De Raad van State had, ondanks zijn vasthouden aan de interpretatie van art. 4 G.W., al geprobeerd waar mogelijk geen beroep te doen op dit grondwetsartikel, maar op de Taalwet (zie Opdebeeck, I. en Reyntjens, F., *o.c.*, 1386). Door het wegvallen van de «rechtstreekse werking» van art. 4 G.W. neemt vanzelfsprekend wel het belang toe van de uitlegging van de uitvoerende wetgeving, in het bijzonder de Taalwet Bestuurszaken.

5.1. In dit verband is onduidelijk wat de waarde is van de bewering van het Arbitragehof dat «de verplichting om in de randgemeenten tijdens de gemeenteraadszittingen de taal van het taalgebied te gebruiken» niet geldt voor gemeenteraadsleden die burgemeester noch schepenen zijn.

Een minimalistische verklaring kan worden gegeven vanuit de herformulering door het Hof van de prejudiciële vraag. In tegenstelling tot de oorspronkelijke vraag die sprak over een «gemeentelijk mandataris», beperkt het Hof de vraag tot «de burgemeester of een ander lid van het college van burgemeester en schepenen». Het onderliggende geschil voor de Raad van State dat aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag had alleen betrekking op tussenkomsten van de burgemeester en de schepenen. Op grond van hun tussenkomsten in het Frans had de Vlaamse Minister de gemeenteraadsbeslissingen vernietigd.

Nochtans overweegt het Hof op een algemene wijze dat de verplichting om in de gemeenteraadszittingen de taal van het gebied te gebruiken *uitsluitend* geldt voor de burgemeester en de schepenen en niet voor de andere gemeenteraadsleden. Bedoelt het Hof hiermee dan «de verplichting», zoals die in het onderliggend geschil voor de Raad van State aan de orde is, of doet het hier wel een algemene uitspraak?

5.2. Uit de rechtspraak van de Raad van State kan worden afgeleid dat die verplichting om de officiële taal te gebruiken geldt voor alle gemeentelijke mandatarissen, ook voor de gemeenteraadsleden. De Raad van State was van mening dat uit de Taalwet Bestuurszaken volgt dat de taal van de besluitvorming in de gemeenteraad in het Nederlandse taalgebied het Nederlands is. Binnen de organen van de gemeentebesturen, inzonderheid de gemeenteraden, mag bij het totstandkomen van hun beslissingen uitsluitend het Nederlands worden gebruikt.

Uit art. 4 G.W. en de geest en de algemene filosofie van de taalwetgeving, en bij het ontbreken van bijzondere andersluidende wettelijke bepalingen, vloeit voort dat alleen in het Nederlands verrichte handelingen, ook de *mondelinge tussenkomsten*, gevolgen hebben. Elk optreden in de gemeenteraad moet zonder gevolg blijven indien niet het Nederlands wordt gebruikt. Aldus mogen in een andere taal dan het Nederlands verrichte tussenkomsten niet in de notulen worden opgenomen (zie de arresten *Verheyden*, *Sint-Genesius Rode* (de Raad van State vernietigde een ministeriële omzendbrief waarin aan de raadsleden in de randgemeenten werd toegelaten om zich tijdens de debatten en de stemmingen in de gemeenteraad uit te drukken in de taal naar keuze en besliste dat de stemmen die in de raad werden uitgebracht, moesten worden opgetekend in het Nederlands, ongeacht in welke taal ze werden uitgebracht) en *W.J.t/Vlaams Gewest*). De faciliteiten in bepaalde gemeenten van het Nederlandse taalgebied slaan niet op het gebruik der talen in gemeenteraadszittingen (zie advies afd.wetg. R.v.St. van 22 juli 1980, uittreksel in Lambrechts, W., «Het gebruik van het Nederlands in de zes randgemeenten», *R.W.*, 1982-83, 29-30).

5.3. Het lijkt dan ook niet onmogelijk dat de in punt 5.1. vermelde overweging een reeds bestaande divergentie tussen de rechtspraak van het Arbitragehof en de Raad van State bevestigd wordt.

De Raad van State beschouwde immers als «(plaatselijke) diensten» in de zin van de Taalwet niet alleen de burgemeester, het college en de gemeenteraad, maar ook de schepenen en de gemeenteraadsleden (Velaers, J., *o.c.*, 346; Velaers, J., *o.c.*, 536. Zie bv. de arresten *Germis, Deffense, Carlier, Verheyden, Sint-Genesius Rode, Walraet* (nr. 23.658 en 23.853).

Het Arbitragehof oordeelde daarentegen in zijn arrest nr. 17 van 1986 dat de Taalwet Bestuurszaken niet de mandatarissen beoogt die worden geroepen om zitting te nemen in een collegiaal orgaan. Deze wet beschouwt hen niet als «diensten» in de zin van art. 1 ervan, behalve in zoverre dergelijke mandatarissen optreden als individuele bestuursautoriteiten (3.B.4.c). Hieruit volgt dat er voor de gemeenteraadsleden in de taalgrens- en randgemeenten geen verplichting bestaat om het Nederlands te gebruiken en te kennen (Velaers, J., *o.c.*, 536), tenzij de federale wetgever dit zou opleggen.

Deze interpretatie door het Hof van art. 1 Taalwet, werd door velen beschouwd als geen deel van het dictum of als behorende tot een van de met dat dictum onverbrekkelijk verbonden motieven. De bevoegdheid van het toenmalige Arbitragehof was immers beperkt tot de toetsing van wetkrachtige normen aan de bevoegdheidsverdelende regels (bv. Uyttendaele, M., *o.c.*, 39; Velaers, J., *o.c.*, 353; Velaers, J., *o.c.*, 535). De Raad van State gaf dan ook geen gevolg aan deze interpretatie, hoewel in de arresten van september 1986 volgend op het arrest van het Arbitragehof en vooral in de arresten *Happart en Peeters* (Lejeune, Y., *o.c.*, 331; Lallemand, R. en Soumeryn-Schmit, G., *o.c.*, 721-722) de Raad volgens Velaers in het ongewisse laat of de gemeenteraadsleden als diensten in de zin van de Bestuursstaalwet worden beschouwd (Velaers, J., *o.c.*, 537).

5.4. Het arrest nr. 26/98 kan op twee wijzen invloed hebben op de tegenstelling tussen de rechtspraak van de Raad van State en die van het Arbitragehof m.b.t. de gemeenteraadsleden. De eerste mogelijkheid is dat het Arbitragehof de prejudiciële vraag heeft beperkt wegens de feitelijke achtergrond van het onderliggende geschil en bijgevolg op geen enkele wijze iets gezegd heeft over de al dan niet toepasbaarheid van (art. 23 van) de Taalwet Bestuurszaken op gemeenteraadsleden. M.b.t. die gemeenteraadsleden zegt het Hof derhalve niets dat in tegenspraak is met de rechtspraak van de Raad van State.

De tweede mogelijkheid is dat het Hof ook met betrekking tot de gemeenteraadsleden een algemene uitlegging geeft van het toepassingsgebied van art. 23 Taalwet. In dit geval blijft het Hof trouw aan zijn rechtspraak uit het arrest nr. 17: gemeenteraadsleden vallen niet onder de Taalwet Bestuurszaken. Op dat vlak blijft de divergentie met de rechtspraak van de Raad van State bestaan. In deze hypothese kan niet worden volgehouden dat de interpretatie van de Taalwet Bestuurszaken een *obiter dictum* vormt. Het Hof geeft immers rechtstreeks een interpretatie waardoor een eventuele toepassing van het artikel (nl. op gemeenteraadsleden) niet meer hoeft getoetst te worden aan de art. 10 en 11 G.W. en deze bepalingen als dusdanig niet schendt.

6. Indien de uitsluiting van de gemeenteraadsleden van de toepassing van art. 23 gezag van gewijsde zou hebben, dan

bestaat er geen wettelijke regeling (niet meer op basis van art. 4 G.W., niet meer op basis van Taalwet Bestuurszaken) inzake het gebruik der talen door de gemeenteraadsleden in de faciliteitengemeenten. Voor de andere gemeenten van het Nederlandse taalgebied gelden in ieder geval de decreten van 1972 (Decreet Ned.Cult.R. 6 december 1972, *B.S.*, 9 januari 1973 dat het Nederlands voorschrijft voor alle be raadslagingen en tussenkomsten in de gemeenteraden; Decreet Ned.Cult.R. van 3 mei 1972 tot regeling van het gebruik van de Nederlandse taal bij de eedaflegging, *B.S.*, 27 mei 1972).

Dit betekent b.v. ook dat de omzendbrief BA-97/22 van 16 december 1997 van de Vlaamse regering inzake het taalgebruik in de gemeentebesturen van het Nederlandse taalgebied (<http://www.vlaanderen.be/ned/sites/binnenland/omz97-22.htm>) op dit punt geen wettelijke basis heeft. De omzendbrief zegt immers dat «alle individueel optredende leden van gemeenteraad en college van burgemeester en schepenen in het Nederlandse taalgebied voor alle *bestuurs-handelingen* het Nederlands moeten gebruiken» (II.C.I.). Onder die bestuurshandelingen worden b.v. ook «de individuele tussenkomsten» gerekend. De omzendbrief bepaalt eveneens dat «het gebruik van een andere taal dan het Nederlands tijdens de vergaderingen van de gemeenteraad en van het college o.m. bij de mondelinge tussenkomsten, geen rechtsgevolgen kan hebben» of nog dat «elk optreden in de gemeenteraad zonder gevolg moet blijven indien niet het Nederlands wordt gebruikt». Voor wat de gemeenteraadsleden in de faciliteitengemeenten betreft lijkt dit in tegenspraak met de rechtspraak van het Arbitragehof, voor zover men de algemene draagwijdte van de in punt 5.1. vermelde overweging van het geannoteerde arrest aanneemt.

Anderzijds moet erop worden gewezen dat ook in de huidige rechtspraak van de afdeling administratie van de Raad van State en in de visie van de omzendbrief een gemeenteraadsbeslissing enkel moet worden vernietigd indien de overtreding van de taalwetgeving een substantieel onderdeel van de besluitvorming betreft (R.v.St., *W.J.t/Vlaams Gewest*, nr. 35.187, 12 juni 1990, *T.Gem.*, 1991, 115) en de begane onwettigheid moet worden geacht het genomen besluit inhoudelijk te hebben beïnvloed (R.v.St., *Linkebeek*, nr. 59.101, 17 april 1996, <http://raadst-consetat.be>). Tussenkomsten van individuele gemeenteraadsleden in strijd met de Taalwet lijken dus in beginsel geen aanleiding te geven tot vernietiging van een gemeenteraadsbeslissing. Wel is het zo dat bv. de stemming over een agendapunt door de aanwezige gemeentemandatarissen een wezenlijk onderdeel vormt van een complexe besluitvorming en een handeling is die de eindbeslissing rechtstreeks determineert.

Als de overweging van het Hof inderdaad een algemene interpretatie geeft van art. 23 Taalwet Bestuurszaken, dan is niet duidelijk of stemmen die in het Frans worden uitgebracht nog de nietigheid van de gemeenteraadsbeslissing zullen meebrengen.

7. Voor wat de burgemeester en de schepenen betreft doet het Hof een op het eerste gezicht duidelijke uitspraak. Het Arbitragehof acht immers zonder probleem art. 23 Taalwet Bestuurszaken van toepassing op een lid van het college van burgemeester en schepenen dat mondeling tussenkomt in een gemeenteraadszitting. Het verwijst daarbij niet naar de nuance uit het arrest nr. 17 dat alleen als individuele bestuursoverheid, een burgemeester of een schepen een dienst

in de zin van de Taalwet is.

De precieze reikwijdte van de uitspraak van het Hof ligt ook hier echter niet voor de hand. Voor wat de burgemeester betreft is er geen probleem: hij is zonder twijfel een individuele bestuursoverheid (Velaers, *o.c.*, 354). Voor de schepenen zijn er drie mogelijkheden. Ten eerste kan het Hof van oordeel zijn dat schepenen als zodanig «diensten» vormen in de zin van de Taalwet. Aldus zou het Arbitragehof terugkomen op zijn (*obiter dictum*?) overwegingen uit het arrest nr. 17 en zich aansluiten bij de visie van de Raad van State. Ten tweede kan het Hof impliciet van oordeel zijn dat de burgemeester en de schepenen bij mondelinge tussenkomsten in de gemeenteraad optreden als «individuele bestuursoverheden». Hier kan men bij aansluiten wanneer men van mening is dat, door de interne taakverdeling in het college en de feitelijke bevoegdheid van een schepen voor een afgebakend domein, de verschillende schepenen als individuele bestuursoverheden te beschouwen zijn (Velaers, J., *o.c.*, 357). Zodoende wordt het begrip «individuele bestuursoverheid» zeer ruim uitgelegd. De schepenen vallen er enkel niet onder wanneer ze in het college zelf beraadslagen. Ten derde kan het Hof impliciet van oordeel zijn dat de burgemeester en de schepenen bij mondelinge tussenkomsten in de gemeenteraad optreden als «collegiaal orgaan». Zodoende blijft de idee uit arrest nr. 17 gehandhaafd, waarin het Arbitragehof impliciet erkent dat het collegiaal orgaan (de gemeenteraad, het college) als dusdanig een dienst in de zin van de Taalwet is (Velaers, J., *o.c.*, 354). Steun voor deze visie is te vinden in de idee dat «het college van burgemeester en schepenen zijn bevoegdheden slechts op een collectieve wijze [kan] uitoefenen, d.w.z. dat geen enkel lid van het college, in die hoedanigheid, een persoonlijke bevoegdheid heeft» (Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M. en Vande Lanotte, J., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1996, 456). De taakverdeling binnen het college is slechts een maatregel van inwendige orde. De aangelegenheden die tot de bevoegdheid van het college behoren, zijn niet vatbaar voor delegatie (Dujardin, J. e.a., *Praktisch handboek voor Gemeentericht*, Brugge, die Keure, 1997, 127-128). Als een schepen mondeling en individueel tussenkomt in de gemeenteraad, zou hij spreken in naam van het college als dusdanig. Ook deze interpretatie betekent dat schepenen in beginsel optreden als collegiaal orgaan, en dus, tenzij in de interne beraadslaging in dat college, diensten zijn in de zin van de Taalwet.

Welke verklaring voor de toepasselijkheid van de Taalwet op de schepenen het Hof voor ogen had, is niet te achterhalen. In alle drie de hypothesen (schepenen altijd diensten, schepenen *de facto* bijna altijd individuele bestuursoverheden, schepenen *de facto* bijna altijd als college), vindt de Taalwet Bestuurszaken en dus de verplichting om het Nederlands te gebruiken een zeer ruime toepassing op de schepenen in het Nederlandse taalgebied. Het Hof nadert daarvoor zeer dicht de visie van de Raad van State.

Het is niet met zekerheid te zeggen of het Hof effectief terugkomt op zijn arrest nr. 17 en zou oordelen dat schepenen altijd onder de Taalwet Bestuurszaken vallen. Wel is het zo dat als de nuance uit arrest nr. 17 behouden blijft, ze sterk wordt uitgehold. Het niet hernemen van de formule uit arrest nr. 17 toont aan dat de eerste keer dat het Hof gebruik had moeten maken van het door hem ingevoerde onder-

scheid, dit zonder meer wordt genegeerd. Het Hof expliciteert, laat staan motiveert, geenszins waarom schepenen *in casu* diensten in de zin van de Taalwet vormen. Als het niet is omdat het Hof van het onderscheid vanaf wil, dan wordt minstens duidelijk dat het onderscheid zeer moeilijk hanteerbaar, zo niet onbruikbaar is.

Niettemin staat vast dat de schepenen wanneer ze een agendapunt van de gemeenteraadszitting inleiden of toelichten, of wanneer ze antwoorden op een interventie van een gemeenteraadslid, onder de Taalwet Bestuurszaken vallen. Vast staat ook dat deze interpretatie moet worden beschouwd als behorende tot het dictum of de met het dictum onverbreekelijk verbonden motieven. Het is immers die interpretatie die verenigbaar wordt geacht met de art. 10 en 11 G.W.

8. Het Hof doet ook uitspraak over art. 3, Eerste Protocol van het E.V.R.M. Het bevestigt hierbij de rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dat gemeenteraden geen wetgevende vergadering vormen in de zin van dit artikel (Bv. E.C.R.M., *Clerfayt en Legros t/ België*, nr. 10650/83, 17 mei 1985, D.R. 42, 212-217. Zie Velaers, J., *o.c.*, 359 en De Meyer, J., «Electoral Rights», in *The European System for The Protection of Human Rights*, Macdonald, R., Matscher, F. en Petzold, H., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, 554-555). Hier kan men evenwel wijzen op art. 25 IVBPR dat het recht bevat om deel te nemen aan de behandeling van openbare aangelegenheden en om te stemmen en gekozen te worden bij verkiezingen in het algemeen. Art. 25 IVBPR zou wel van toepassing kunnen zijn op gemeenteraadsverkiezingen (zie Alen, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, 632; Clement, J., *o.c.*, 1388; van Haegendoren, G., «International Election Monitoring», *B.T.I.R.*, 1987, 93).

9.1. Over art. 27 IVBPR wordt laconiek gezegd dat deze bepaling geen betrekking heeft op het taalgebruik door administratieve overheden. Daarmee wordt internationale rechtsleer bevestigd (Bv. «Although the exact scope of Article 27 may still be subject to some debate, the United Nations Human Rights Committee has made it fairly clear that the provision does not oblige a state to provide public services in the language of a minority. What the provision does do, however, is prevent public authorities from intervening when members of a linguistic minority are using their language amongst themselves [samen met de bijhorende positieve verplichtingen]», de Varennes, F., *Language, Minorities and Human Rights*, Proefschrift, Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht, 1996, 262; «Art. 27 does not require the recognition of minority languages as official or court languages before public authorities», Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 1994, 501-502). Ook valt de analogie op met art. 30 G.W. dat geen enkele waarborg inhoudt voor ambtenaren en overheidsambtenaren (Clement, J., *o.c.*, 1388; Huytens, E., *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, Brussel, Société typographique belge, 1844-1845, 667-668; Orban, O., *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, Luik, Dessain, 1906-1911, 407-410; Van Overloop, E., *Exposé des motifs de la constitution belge*, Brussel, Goemare, 1864, 335-336).

9.2. Door de term «taalgebruik door administratieve overheden» plaatst het Hof een nieuwe term naast de grondwettelijke begrippen «het gebruik der talen in bestuurszaken» (art. 129 G.W.) en de taal van «de handelingen van het open-

baar gezag» (art. 30 G.W.). Gelet op het arrest nr. 17 van het Hof (overweging 3.B.4.c.) kan men dit «taalgebruik door administratieve overheden» wellicht beschouwen als de doorsnede van de twee andere begrippen. Het taalgebruik van «de handelingen van het openbaar gezag» bevat naast het taalgebruik door administratieve overheden ook nog het taalgebruik in het leger en inzake de wetgeving (art. 30 G.W.). De grondwetsterm «bestuurszaken» duidt naast het taalgebruik door administratieve overheden o.m. ook op de betrekkingen tussen de particulier en het bestuur of de regeling van het taalgebruik inzake verkiezingen (Arbitragehof, nr. 26/90, 14 juli 1990, *B.S.*, 4 augustus 1990 en Arbitragehof, nr. 90/94, 22 december 1994, *B.S.*, 12 januari 1995). Tot die doorsnede, het taalgebruik door administratieve overheden, behoort aldus de regeling van de Taalwet Bestuurszaken.

9.3. Het taalgebruik van de plaatselijke mandatarissen die zetelen in een collegiaal orgaan valt onder het grondwettelijke «gebruik der talen in bestuurszaken». Volgens het Hof in het arrest nr. 17 wordt hun taalgebruik niet geregeld door de Taalwet Bestuurszaken, tenzij in zoverre dergelijke mandatarissen optreden als individuele bestuursoverheden. Krachtens het geannoteerde arrest moet nu worden aangenomen dat de schepenen (soms of altijd?) onderworpen zijn aan de Taalwet, de gemeenteraadsleden (misschien) nog steeds niet. Voor die aspecten van het taalgebruik van de plaatselijke mandatarissen die niet door de Taalwet zouden gedekt worden, rijst de vraag of ze al dan niet in de genoemde doorsnede (taalgebruik door administratieve overheden) vallen en daarmee buiten het toepassingsgebied van art. 27 IVBPR terechtkomen.

9.4. Men kan zich de vraag stellen op welke regeling van het gebruik der talen art. 27 IVBPR wel van toepassing zou kunnen zijn. Het Arbitragehof heeft reeds aanvaard dat art. 27 IVBPR van toepassing is op de taal van de eedaflegging door leden van de gewestraden (Arbitragehof, nr. 90/94, 22 december 1994, *B.S.*, 12 januari 1995, waarin dus impliciet werd aanvaard dat de Franstaligen in het Nederlandse taalgebied een minderheid vormen in de zin van art. 27 IVBPR (zie ook Arbitragehof, nr. 54/96, 3 oktober 1996, *B.S.*, 10 oktober 1996, *T.B.P.*, 1997, 782-786, met noot Henrard, K.). De eedaflegging zou vallen onder de bescherming van het recht om de eigen taal te gebruiken in het openbaar, waarbij het opleggen van de taal van het taalgebied geen kennelijk onredelijke beperking vormt van het recht om met de andere leden van zijn groep zich van de eigen taal te bedienen (Theunis, J., «De directe werking van artikel 27 van het IVBPR», *Mensenrechten. Jaarboek 1994 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1995, 307-308). Die eedaflegging valt, gelet op het geannoteerde arrest, blijkbaar niet onder «het taalgebruik door administratieve overheden». Het Hof oordeelt dat de bevoegdheid om de taal van de eedaflegging te bepalen, is gebaseerd op art. 115 G.W. inzake de regeling van de samenstelling en de werking van de Gemeenschaps- en Gewestraden.

Toch meent het Hof ook dat de regeling van de taal van de eed afwijkt van het recht om zich van zijn eigen taal te bedienen. Het zou dus een uitzondering op de taalvrijheid vormen. Bijgevolg moet het gebaseerd zijn op een grondwettelijk gegeven bevoegdheid. Bovendien erkent het Hof dat de eed evenzeer degenen aanbelangt die hem ontvangen als degenen die hem afleggen (Arbitragehof, nr. 90/94,

B.4.21.). Dit alles wijst eerder op de conclusie dat de bevoegdheid inzake de taal van de eedaflegging gebaseerd is op de bevoegdheid inzake taalgebruik in bestuurszaken. De regeling van de taal van de eed kan misschien meer specifiek worden beschouwd als de regeling van de taal van particulieren in hun betrekking met de overheid.

10. *Besluit.* Het Arbitragehof heeft op een duidelijke manier, bekleed met gezag van gewijsde, uitspraak gedaan over de betekenis van art. 4 G.W. en over het toepassingsgebied van art. 3, eerste protocol, E.V.R.M. en van art. 27 IVBPR. Of het Hof een algemene interpretatie heeft willen geven van art. 23 Taalwet Bestuurszaken, ligt minder voor de hand. Gezag van gewijsde heeft in ieder geval de uitspraak dat schepenen, net zoals de burgemeester, m.b.t. (bepaalde?) mondelinge tussenkomsten in de gemeenteraad onder de toepassing van de Taalwet vallen. Of schepenen altijd onderworpen zijn aan de Taalwet, blijft een open vraag. Ook blijft onduidelijk wat het oordeel van het Hof is t.a.v. gemeenteraadsleden. Als het Hof, gelet op de formulering, op een algemeen geldende wijze zou hebben geoordeeld dat de gemeenteraadsleden niet onder (art. 23 van) de Taalwet Bestuurszaken vallen (of als het Hof dit bij een volgende gelegenheid zou doen), dan is dit arrest geen uitloper van de discussie van de jaren tachtig, maar dreigt het de start te vormen van een nieuwe polemiek. Het Arbitragehof zou aldus immers een lacune in de wetgeving creëren. Het taalgebruik van gemeenteraadsleden is dan niet meer geregeld, niet door de Grondwet noch door de Taalwet Bestuurszaken. De kans is groot dat dan zal worden gevraagd om een federale wettelijke regeling. Het taalgebruik in de gemeenteraden van de faciliteitengemeenten zou daarmee opnieuw op de federale politieke agenda komen.

Wouter PAS
K. U. Leuven

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 7 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler, De Gryse en De Bruyn

Onrechtmatige daad – 1. Oorzakelijk verband – Verbreking door tussenkomst van een eigen juridische oorzaak – Wettelijke of reglementaire verplichting die secundair is t.o.v. de verplichting van de dader om de door zijn toedoen veroorzaakte schade te vergoeden – 2. Schade en schade-loosstelling – Moratoire interesten – Aanvangspunt

1. In de regel wordt het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade verbroken wanneer tussen beide een juridische oorzaak ingrijpt, zoals een wettelijke of reglementaire verplichting die op zichzelf voldoende is om de uitvoering van de betalingsverplichting te verantwoorden. Zulks is niet het geval wanneer die verplichting secundair is ten opzichte van de op de pleger van een onrechtmatige daad rustende verplichting om een door zijn toedoen veroorzaakte schade te vergoeden.

2. *Inzake aquiliaanse aansprakelijkheid mag de rechter de moratoire interesten op het gevorderde bedrag van de schadevergoeding niet doen ingaan vóór de rechterlijke beslissing waarbij die vergoeding wordt toegekend.*

V. t/ V. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 februari 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

...

Overwegende dat, in de regel, het oorzakelijk verband wordt verbroken wanneer tussen de fout en de schade een eigen juridische oorzaak ingrijpt, zoals een wettelijke of reglementaire verplichting die op zichzelf voldoende is om de uitvoering te verantwoorden; dat zulks niet het geval is wanneer die verplichting secundair is ten opzichte van de op de dader van een misdrijf of oneigenlijk misdrijf rustende verplichting om een door zijn toedoen ontstane schade te doen ophouden;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de N.M.B.S. het bestaan bewijst van «eigen geleden schade in oorzakelijk verband met het ongeval», erin bestaande dat zij niettegenstaande «het betalen van het loon (...) (en) het waarborgen van een sociaal zekerheidsstelsel» de prestaties van eerste verweerster door het ongeval heeft moeten derven; dat de appelrechters voorts oordelen dat «de som van het brutoloon en de patronale lasten ingevolge het sociaal zekerheidsstelsel (...) de volledige kostprijs voor de verloren gegane arbeidsprestaties (vormt)»;

Dat het arrest zijn beslissing dat het oorzakelijk verband niet is doorbroken, baseert op onder meer de vaststelling dat de N.M.B.S. betalingen verricht aan haar personeelsleden bij wijze van voorschot en als 'borg' van de veroorzaker van het ongeval, zodat het niet de bedoeling was dat de verweerster sub 4 de schade die door een derde werd veroorzaakt voor haar rekening zou nemen ter ontlasting van de schadeveroorzaker; dat het die beslissing mede baseert op de reden dat de vierde verweerster de vergoeding vraagt van eigen schade die bestaat in de vermogens aantasting veroorzaakt in het verlies van arbeidsprestaties van een personeelslid voor wie de vierde verweerster toch vergoedingen moest betalen;

Dat de appelrechters zodoende te kennen geven dat de verplichting van de vierde verweerster de statutair bepaalde vergoedingen te blijven betalen slechts secundair was ten aanzien van de verplichting van de dader de schade te vergoeden;

Dat het arrest aldus de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen niet schendt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

Over het vierde middel gesteld als volgt:

schending van de artikelen 1146, 1147, 1153, 1154, 1382 en 1383 B.W.,

doordat het bestreden arrest eiser op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W. veroordeelt tot betaling aan vierde verweerster van een voorschot van 500.938,- frank, te vermeerderen met 35.134, frank als vergoedende rente van 15 november 1984 tot 30 september 1988, de gerechtelijke moratoire rente op 536.072 frank van 30 september 1988 af op

grond van de overweging: «(Vierde verweerster) heeft op de genoemde hoofdsom de vergoedende rente aangerekend vanaf 15 november 1987 als gemiddelde datum van uitkering tot 30 september 1988 als datum van neerlegging van het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst voor de eerste rechter. Aldus komt zij tot een vergoedende rente van 35.134 frank. Verder acht (vierde verweerster) op het geheel van de hoofdsom een vergoedende rente ($500.938 + 35.134 = 536.072$) de gerechtelijke moratoire rente verschuldigd vanaf 30 september 1988 die zij als gerechtelijke rente beschouwt. (...) Niets verzet zich tegen het toekennen van de vergoedende rente zoals (vierde verweerster) haar op 35.134 frank heeft berekend. Daar een burgerrechtelijke veroordeling terugwerkt tot de dag van het instellen van de eis in rechte, verzet evenmin iets zich tegen het toekennen van de gerechtelijke moratoire rente op het geheel van hoofdsom en vergoedende rente en zulks van 30 september 1988 af,

terwijl inzake aansprakelijkheid buiten overeenkomst de rechter de moratoire interesten op het gevorderde bedrag van de schadevergoeding niet mag doen ingaan vóór de rechterlijke beslissing waarbij die vergoeding wordt toegekend; zodat het arrest, nu het eiser veroordeelt om aan vierde verweerster moratoire interesten op 536.072 frank te betalen vanaf 30 september 1988, datum van neerlegging van het verzoekschrift van vierde verweerster tot vrijwillige tussenkomst voor de eerste rechter, de artt. 1146, 1147, 1153, 1154, 1382 en 1383 B.W. schendt:

Overwegende dat, inzake aquiliaanse aansprakelijkheid, de rechter de moratoire interesten op het gevorderde bedrag van de schadevergoeding niet mag doen ingaan vóór de rechterlijke beslissing waarbij die vergoeding wordt toegekend;

Overwegende dat het arrest, nu het Ringo V. en Kim B. veroordeelt om aan de N.M.B.S. benevens 536.072 frank de moratoire interesten op dit bedrag te betalen vanaf 30 september 1988, de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 17 MAART 1997

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Draps en Bützler

1. Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Ontslag om dringende reden – Eindvonnis – Hoger beroep – Termijn – Aanvang – Kennisgeving van het vonnis – Begrip – 2. Burgerlijke rechtspleging – Kennisgeving van vonnis – Begrip

1. en 2. De termijn van tien werkdagen waarbinnen het hoger beroep tegen het eindvonnis van de arbeidsrechtbank inzake het verzoek van de werkgever om een beschermde werknemer om een dringende reden te ontslaan, moet worden ingesteld, begint te lopen vanaf de kennisgeving van het vonnis, dit

is de dag dat de brief met het eindvonnis ter post werd neergelegd en niet de dag waarop die brief werd ontvangen (artt. 10 en 11, § 1, Wet Bijzondere Ontslagbescherming Personeelsafgevaardigden en 32, 2°, Ger.W.).

J. en A.C.L.V.B. t/ N.V. O.

(...)

Gelet op het bestreden arrest, op 4 januari 1996 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

(...)

Overwegende dat ingevolge art. 11, § 1, van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, het hoger beroep wordt aangetekend binnen tien werkdagen vanaf de kennisgeving van het eindvonnis van de arbeidsrechtbank, waarbij de zaak geacht wordt aanhangig te zijn gemaakt bij het arbeidshof op de dag dat de aangetekende brief met het verzoekschrift van hoger beroep ter post werd neergelegd; dat volgens art. 10, laatste lid, van die wet, het vonnis aan de partijen ter kennis wordt gebracht bij gerechtsbrief;

Overwegende dat naar luid van artikel 32, 2° Ger.W., onder in dit wetboek onder kennisgeving wordt verstaan de toezending van een akte van rechtspleging in origineel of in afschrift langs de post of, in de gevallen die de wet bepaalt, in de vormen die deze voorschrijft;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het bestreden vonnis op 19 oktober 1991 ter kennis van verweerster is gebracht door toezending langs de post, dit overeenkomstig de wet van 19 maart 1991, en dat verweerster het verzoekschrift van hoger beroep op 2 november 1995 ter post heeft neergelegd;

Dat het arrest, nu het hoger beroep buiten de termijn van tien werkdagen vanaf de kennisgeving is ingesteld, niet wettig beslist dat verweersters hoger beroep ontvankelijk is.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 2 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. De Buck en De Cooman

Advocaten: mrs. Rijmenans en Vanden Bulcke

Lastgeving – Zelfstandige bankagent – Opdracht van cliënten tot het plaatsen van geld op bankrekening – Verduistering van toevertrouwde gelden – Aansprakelijkheid van banklastgever op grond van schijnmandaat – Goede trouw van cliënten

Een lastgever kan verbonden zijn op grond van een schijnbare lastgeving, niet alleen wanneer hij de schijn op een foutieve wijze heeft gewekt, maar ook, bij ontstentenis van enige fout die hem ten laste kan worden gelegd, als het geloof van de derde in de omvang van de rechten van de lasthebber terecht was.

Te dezen wordt geoordeeld dat wanneer een zelfstandige bankagent van zijn cliënten geld krijgt toevertrouwd om het op een bankrekening te plaatsen en tegenover zijn cliënten de indruk geeft dat hij aan dat geld de overeengekomen bestemming geeft (zie nader het arrest), maar het in werkelijkheid verduistert, de banklastgever gehouden is tot schadeloosstelling van deze cliënten, die er rechtmatig op mochten vertrouwen dat hun geld bij de bank was geplaatst.

Een particulier, die een eenvoudige geldplaatsing doet bij een bank, mag er minstens op rekenen, zonder daaromtrent nadere opzoekingen te doen of een bijzonder toezicht te houden, dat zijn geld werkelijk wordt geplaatst en dat het niet wordt verduistert.

N.V. A. t/ B.-B.

De N.V. A. heeft tijdig en regelmatig naar de vorm hoger beroep ingesteld tegen een vonnis van 13 januari 1993 van de eerste kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Ieper, waarbij zij werd veroordeeld tot betaling aan de echtgenoten B.-B. van de som van 710.000 fr. te vermeerderen met de intresten en met de gerechtskosten, zoals in dit vonnis bepaald.

...

Bij de beslechting van de grond van de zaak zal blijken dat twee juridische beginselen van wezenlijk belang zullen zijn, nl.:

- goede trouw wordt steeds vermoed, en hij die zich op kwaade trouw beroept, moet deze bewijzen (art. 2268 B.W.);
- de theorie van het schijnmandaat, die, in de huidige stand van de rechtsleer en van de rechtspraak, is losgekoppeld van de beginselen van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Thans wordt algemeen aangenomen dat de lastgever verbonden kan zijn op grond van een schijnbare lastgeving, niet alleen wanneer hij de schijn op een foutieve wijze heeft gewekt, maar ook, bij ontstentenis van enige fout die hem ten laste kan worden gelegd, als het geloof van de derde in de omvang van de rechten van de lasthebber terecht was.

Het wordt niet betwist dat de genaamde R. B. op het ogenblik dat de echtgenoten B.-B. hem hun spaargelden overhandigden, een zelfstandig agent van appellante was, die bovendien een eigen zakenkantoor had. Het kantoor van B. voerde, zowel aan de buiten- als aan de binnenkant publiciteit voor de spaarbank van appellante.

Op 6 november 1990 wilden de echtgenoten B.-B., via voormeld B., bij het N.V. A. een spaarboekje openen.

B. liet hen klaarblijkelijk geloven dat zij alsdan daadwerkelijk een dergelijk spaarboekje bij de N.V. A. hadden geopend, door op voormelde datum een rekening op hun naam te openen door een persoonskaart op te stellen en door hen een kaftje met het oog op het opbergen van rekeninguittreksels te overhandigen met vermelding van het rekeningnummer. Hierna zal blijken dat hij hen alsdan, op naam van A., eveneens een kwijting overhandigde voor een bedrag van 500.000 fr.

Voor de eerste rechter was er onduidelijkheid nopens de datum van de eerste storting, omdat, duidelijk bij wijze van misverstand, verkeerdelijk werd beweerd dat deze slechts gebeurde eind december 1990; in die verkeerde uitgangsoptiek suggereerde appellante dat het verdacht was dat een spaarboekje werd geopend zonder dat meteen een eerste storting werd gedaan...

Deze onduidelijkheid wordt thans opgelost door de door appellante zelf overgelegde stukken in de farde V van haar dossier, die uittreksels bevat uit het ten laste van opgesteld strafdossier, waaruit blijkt dat de echtgenoten B.-B. verklaarden dat zij, bij de opening van hun spaarrekening A., hierop een bedrag plaatsten van 500.000 fr., waarvoor een kwitantie werd uitgegeven. Een en ander wordt in het overgelegd gedeelte van het strafdossier bevestigd door een zekere Roger M., directielid van appellante, die o.m. verklaarde:

- dat B. de opgestelde documenten i.v.m. de spaarrekening niet had toegezonden;
- dat de echtgenoten B.-B. op 6 november 1990 wel degelijk een plaatsing deden van 500.000 fr. bij de groep A. via formulier 15.685, hetgeen een geldige A.-kwitantie was;
- dat het betrokken document, dat nadien door de echtgenoten B.B. terug aan B. werd bezorgd (cf. infra), door deze laatste werd vernietigd, met wijziging van de daarop voorkomende datum van 6 november 1990 in 6 december 1990;
- dat B. dan de vernietigde borderellen, zowel het origineel als het dubbel, aan de maatschappij heeft bezorgd, waar ze als niet-gebruikt werden geregistreerd;
- dat het niet uitzonderlijk is dat plaatsingsformulieren binnkomen als vernietigd, omdat de agent zich op een of andere wijze heeft vergist; dat, uit veiligheidsoverwegingen, dan wel door de maatschappij steeds wordt gevraagd het origineel bij te voegen, hetgeen ook te dezen het geval was. De vernietigde borderellen (origineel en dubbel) maken de laatste bladzijde uit van het door appellante zelf overgelegd deel van het strafdossier.

Appellante verwijt de echtgenoten B.-B. dat zij gewacht hebben tot 11 maart 1991 om met haar contact op te nemen, d.w.z. nadat B. in staat van faillissement werd verklaard, terwijl zij, volgens de richtlijnen o.m. voorkomend op de binnenzijde van het spaarboekje, bij niet-ontvangst van het dagafschrift binnen acht dagen van de storting, zich onmiddellijk met appellante hadden dienen in verbinding te stellen.

Het Hof is echter van oordeel dat het de echtgenoten B.-B. niet ten kwade kan worden genomen dat zij de binnenzijde van de kaft van het spaarboekje, waarin de dagafschriften worden bewaard, niet hebben gelezen of er geen rekening mee hebben gehouden. Een particulier, die een eenvoudige geldplaatsing doet bij een bank, mag er minstens op rekenen, zonder daaromtrent nadien nadere opzoeken te doen of een bijzonder toezicht te houden, dat zijn geld werkelijk wordt geplaatst en dat het niet wordt verduisterd.

De echtgenoten B.-B., die klaarblijkelijk in de overtuiging verkeerden en mochten verkeren dat hun eerste 500.000 fr. goed was geplaatst bij A., kwamen dan op 29 december 1990 bij B. terug voor een aanvullende storting van 210.000 fr.

Intussen had B. bij de echtgenoten B.-B. een zodanig vertrouwen gewekt dat zij hem op 29 december 1990 zelfs een koffertje overhandigden met juwelen voor opberging in een kluis, zonder dat zij daarvoor enige kwijting ontvingen. Dit is een typisch voorbeeld van hetgeen van algemene bekendheid is, nl. dat een oplichter een enorm vertrouwen kan uitstralen bij zijn slachtoffers.

Wetend dat hij het volledige vertrouwen van de echtgenoten B.-B. gewonnen had, voelde B. dan op 29 december 1990 klaarblijkelijk het moment gekomen om zijn voorheen aangevangen oplichting verder door te drijven. Aldus is hij erin geslaagd voormelde echtgenoten de eerste officiële kwi-

tantie van A. te ontfutselen en hen een nieuwe kwijting te geven van 710.000 (500.000 fr. + 210.000 fr.), ditmaal echter op naam van zijn eigen zakenkantoor.

Het komt onwaarschijnlijk voor dat deze handelwijze bij de echtgenoten B.-B. enige argwaan heeft gewekt, omdat zij reeds voordien in het bezit waren van de A.-documenten en zij B. beschouwden als de A.-agent en als hun vertrouwensman.

Door aldus te handelen slaagde B. er zelf in zijn vroeger gepleegde onregelmatigheden i.v.m. de 500.000 fr. tegenover A. te verbergen (cf. supra) en verdween hij meteen met 710.000 fr. van de echtgenoten B.-B. Appellante is trouwens slecht gekomen om de houding van de echtgenoten B.-B. aan te klagen, omdat ook zij het slachtoffer is geworden van haar agent B., die achteraf een oplichter bleek te zijn.

De zaak B.-B. is trouwens geen alleenstaand geval, maar slechts een voorbeeld van de vele oplichtingen die B. op die wijze pleegde. Ter illustratie hiervan komt het passend voor een passus aan te halen uit het strafrechtelijk vonnis van 21 april 1994 van de Correctionele Rechtbank te Ieper. «Tevergeefs werpt de N.V. A. op dat B. het vertikte de hem ter beschikking staande officiële A.-formulieren te gebruiken zoals hem was opgelegd. Dat is hier niet terzake dienend. Hij trad in alle opgesomde gevallen op als A-agent, het doen voorkomend als binnen het raam van zijn functie handelend, van zijn cliënten opdrachten aannemend die een A. bestemming moesten krijgen of verondersteld werden die te krijgen. Dat hij meestal gewone kwijschriften met de stempel van zijn kantoor afgaf gebeurde al sedert jaren en was uitsluitend om te vermijden dat zijn praktijken te gauw aan het licht zouden komen (...). Het betekent geenszins dat hij op persoonlijke titel en in afspraak met de klant geopteerd zou hebben voor een andere bestemming van de gelden dan bij de N.V. A. Het tegendeel blijkt uit de verklaringen en de vaststellingen in het strafdossier» (cf. aangehaald vonnis, blz. 44).

Gelet op alles wat voorafgaat is kwade trouw van de echtgenoten B.B. geenszins bewezen en blijft appellante gehouden tot vergoeding, aangezien voormelde echtgenoten, in de gegeven concrete omstandigheden, er rechtmatig op mochten vertrouwen dat hun geld bij appellante was geplaatst; de terugbetalingsplicht van appellante spruit voort uit het «schijnmandaat» van B.

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 5 JANUARI 1998

Voorzitter: de H. Bijl

Raadsheren: de h. Luyckx en mevr. Bax

Advocaten: mrs. Surmont loco Schuermans en Pauwels loco Van Raemdonck

Stedenbouw – Herstel van de plaats in de vorige staat – 1. Vordering van het Vlaamse Gewest en van de gemachtigde ambtenaar – Toelaatbaarheid – 2. Decreet van het Vlaamse Gewest van 28 juni 1984 – Onwettige gebruikswijziging

1. Inzake stedenbouw behartigen de gemachtigde ambtenaar en het Vlaamse Gewest onderscheiden belangen: de eerste het openbaar belang, de tweede zijn private belangen. Zij

stellen derhalve eigen en individuele vorderingen in, met telkens de mogelijkheid van bevel tot herstel en van eventuele uitvoeringsmachtiging en dwangsom.

2. Uit de memorie van toelichting bij het decreet van het Vlaamse Gewest van 28 juni 1984 houdende aanvulling van de Stedenbouwwet blijkt de algemene bedoeling van de decreetgever om ook de inbreuken op de nieuw ingevoerde vergunningplicht voor gebruikswijziging aan een algemene betoelag te onderwerpen, zodat de gemachtigde ambtenaar op grond van art. 67 Stedenbouwwet de beëindiging van een onwettige gebruikswijziging kan vorderen.

C. en K. t/ Vlaams Gewest en gemachtigde ambtenaar Stedenbouw provincie Antwerpen

Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in hoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout van 8 februari 1996, waarvan geen akte van betekening wordt overgelegd, alsmede het verzoekschrift tot hoger beroep, ingediend ter griffie van dit Hof op 20 maart 1996, waardoor een naar vorm en termijn regelmatig en ontvankelijk hoger beroep werd ingesteld;

Overwegende dat de vordering, ingesteld door het Vlaams Gewest vertegenwoordigd door de Gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening, en de Directeur van het Bestuur voor Ruimtelijke Ordening in hoedanigheid van gemachtigde ambtenaar in de zin van art. 65 van de Stedenbouwwet, voor de eerste rechter de veroordeling beoogde van appellanten tot herstel van de plaats in de vorige staat en bij gebreke hieraan, tot betaling van een dwangsom van 1.000,- Fr. per dag vertraging, vermeerderd met de gerechtelijke interesten;

dat uit de feitelijke gegevens van de zaak blijkt dat tweede appellante het perceel grond gelegen te Ravels, (...), heeft aangekocht en er – kennelijk zonder vergunning – een chalet heeft opgericht;

dat voor dit gebouw ter zitting van 6 december 1991 door de Provincieraad, een regularisatievergunning werd afgeleverd voor recreatieve weekendbewoning, maar appellanten er blijkbaar permanent hun intrek hebben genomen, zoals blijkt uit de overgelegde stukken en overigens niet betwist wordt;

Overwegende dat bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout van 8 februari 1996 de vordering ontvankelijk en gegrond werd verklaard, in die mate dat oorspronkelijke verweerders veroordeeld werden om binnen zes maanden na het in kracht van gewijsde treden van het vonnis een einde te maken aan de permanente bewoning, verweerders veroordeeld werden tot betaling van een dwangsom van 1.000,- Fr. na verloop van voornoemde termijn van zes maanden, eiser gemachtigd werd over te gaan tot herstel ingeval verweerders zouden nalaten zulks te doen binnen de bovengemelde termijn van zes maanden, kosten invorderbaar op eenvoudig vertoon van factuur;

Overwegende dat appellanten bij hervorming van het bestreden vonnis de niet-ontvankelijkheid inroepen van de vordering ingesteld door het Vlaams Gewest, minstens de ongegrondheid;

I. In verband met de ontvankelijkheid van de vordering

Overwegende dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid voortspruitende uit een gebrek aan hoedanigheid kan opgeworpen worden in elke stand van de zaak en zelfs voor de eerste maal in hoger beroep;

Overwegende dat de vordering, zoals ingesteld voor de eerste rechter, uitgaat van twee partijen, ieder optredende in afzonderlijke hoedanigheid:

- het Vlaams Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering, *in casu* de Gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening;
- de directeur van het Bestuur voor Ruimtelijke Ordening, optredende in zijn hoedanigheid van gemachtigde ambtenaar;

A. De vordering van het Vlaams Gewest

Overwegende dat naar luid van art. 17 Ger.W. de rechtsvordering niet toelaatbaar is wanneer eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen;

Overwegende dat inzake stedenbouw de gemachtigde ambtenaar en het Vlaams Gewest onderscheiden belangen behartigen, de eerste het openbaar belang, de tweede zijn private belangen; zij stellen derhalve eigen en individuele vorderingen in met telkens de mogelijkheid van bevel tot herstel en van eventuele uitvoeringsmachtiging en dwangsom (Cass., 25 april 1996, inzake M. e.a. t/ V. en Vlaams Gewest);

Overwegende dat een overtreding van de Stedenbouwwet de particuliere belangen van een gewest kan schaden en schade berokkent aan het Vlaamse Gewest; dat in dergelijk geval het gewest zoals iedere benadeelde een burgerlijke vordering kan instellen mits voor de ontvankelijkheid voldaan is aan de volgende vereisten:

1. het gewest moet wettelijk worden vertegenwoordigd, d.w.z. het moet worden vertegenwoordigd door de Vlaamse regering en de vordering moet worden ingesteld namens de Vlaamse regering ten verzoeken van het door haar aangewezen lid;
2. er moet schade aan de particuliere belangen van het gewest kunnen worden aangevoerd, namelijk een schade onderscheiden aan de aantasting van het algemeen belang van de gemeenschap;

Overwegende dat de wetten inzake stedenbouw immers de zorg voor het algemeen belang van de gemeenschap in een gewest niet opdragen aan dat gewest; dat deze taak is opgedragen aan de gemachtigde ambtenaar;

dat de vordering in zoverre ingesteld door het Vlaamse Gewest, dan ook niet toelaatbaar voorkomt;

B. De vordering ingesteld door de gemachtigde ambtenaar

Overwegende dat de vordering eveneens werd ingesteld door de gemachtigde ambtenaar op grond van art. 65 Stedenbouwwet;

Overwegende dat de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en schepenen wanneer zij optreden met toepassing van art. 65 Stedenbouwwet, niet handelen tot herstel van eigen schade, maar wel ter uitoefening van hen door de wet gegeven opdracht;

Overwegende dat de vordering in zoverre ingesteld door de gemachtigde ambtenaar dan ook toelaatbaar voorkomt;

C. De overschrijving op het hypotheekkantoor

Overwegende dat de exceptie van niet-overschrijving op het hypotheekkantoor een schorsende exceptie is, zodat de omissie van deze formaliteit kan geregulariseerd worden in hoger beroep;

Overwegende dat geïntimeerden het bewijs overleggen dat de inleidende dagvaarding op 2 december 1996 werd overgeschreven op het eerste hypotheekkantoor te Turnhout onder nr. 11264, Boek 3927, nr. 1);

dat de vordering derhalve voldoet aan art. 69 Stedenbouwwet en ontvankelijk is;

II. Ten gronde

Overwegende dat het tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht behoort om de vordering van de gemachtigde ambtenaar op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel op machtsoverschrijding of machtsafwending berust, terwijl het niet aan de rechter staat de opportuniteit van die maatregel te beoordelen (Cass., 4 december 1990, inzake J. en V. t/ Vlaams Gewest);

Overwegende dat het perceel gelegen is in een zone voor verblijfsrecreatie; overeenkomstig art. 16 van het K.B. van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen zijn deze gebieden bestemd voor recreatieve en toeristische accommodatie, met inbegrip van verblijfsaccommodatie;

Overwegende dat de aard van de activiteit waarvoor een gebouw bestemd is, derhalve bepalend is voor de beoordeling van de verenigbaarheid ervan met de bestemming van het gewestplan;

Overwegende dat de gebruikswijziging door appellanten in strijd is met art. 44, § 1.7. van de Stedenbouwwet, zodat de eerste rechter terecht de beëindiging van deze gebruikswijziging heeft bevolen;

Overwegende dat het feit dat art. 67 Stedenbouwwet niet werd aangevuld met de vermelding «of het strijdig gebruik te staken» (art. 82 Stedenbouwwet) klaarblijkelijk een vergetelheid is van de wetgever, die geenszins de gemachtigde ambtenaar verhindert om de beëindiging van de wederrechtelijke gebruikswijziging te vorderen;

Overwegende immers dat uit de lezing van de memorie van toelichting bij het decreet van 28 juni 1984, houdende aanvulling van de Stedenbouwwet, inderdaad de algemene bedoeling van de decreetgever onderkend wordt om ook de inbreuken op de nieuw ingevoerde vergunningsplicht voor gebruikswijziging aan een algemene beteugeling te onderwerpen; de niet vermelding van artikel 67 is klaarblijkelijk een vergetelheid;

Overwegende dat dienvolgens in redelijkheid dient aangenomen dat de tekst in art. 67 luidens welke de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen voor de burgerlijke rechtbank kunnen vorderen dat de plaats in haar vorige staat wordt hersteld, tevens de bevoegdheid omvat om de beëindiging van de wederrechtelijke gebruikswijziging te vorderen, zodat staking van het strijdig gebruik eveneens begrepen is in het herstel in de vorige staat vermeld in art. 67 Stedenbouwwet; dat immers anders oordelen aan de Stedenbouwwet elke inhoud zou ontnemen;

Overwegende dat appellanten impliciet erkennen dat het litigieuze bouwwerk hun hoofdverblijf is, aangezien zij als gepensioneerden permanent op weekend zijn; dat zij door deze permanente bewoning aan het gebouw een bestemming geven die onverenigbaar is met de bestemming van het gewestplan;

Overwegende dat de mondelinge toelating van de burgemeester van de gemeente Ravels, voor zover bewezen, of het gedogen van de gemeenteoverheid, zij het door de inschrijving in het bevolkingsregister of het aanleggen van nutsvoorzieningen, niet relevant is voor het opheffen van een wederrechtelijke toestand;

Overwegende dat de gemachtigde ambtenaar die inzake stedenbouw, het herstel van de plaats in haar vorige toestand, te dezen het einde van de wederrechtelijke gebruikswijziging van een weekendwoning, vordert op grond van de bevoegdheid die hem door de wet is toegekend in het algemeen belang, moet beschouwd worden als één der partijen bedoeld in artikel 1385bis Ger.W., op wiens vordering de rechter een dwangsom kan opleggen (Cass., 7 november 1995);

Overwegende dat alle andere feiten en beschouwingen aangevoerd door appellanten niet terzake dienend zijn;

...

NOOT – Het decreet van 28 juni 1984 houdende aanvulling van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw (B.S., 30 augustus 1984) maakte een *gebruikswijziging* van een vergund gebouw *vergunningplichtig*, voor zover deze wijziging is opgesomd in een door de Vlaamse regering vast te leggen lijst (art. 42, § 1, 7°, van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996). Deze lijst vindt men terug in het Besluit van de Vlaamse Executieve van 17 juli 1984, houdende het vergunningplichtig maken van sommige gebruikswijzigingen (B.S., 30 augustus 1984).

Om inbreuken op de vergunningsplicht voor gebruikswijzigingen te *kunnen beteugelen*, dienden, volgens de memorie van toelichting bij het decreet van 28 juni 1984, «de artikelen 64, 65 en 68 (van de Stedenbouwwet) in deze zin aangepast te worden» (*Gedr.St., Vlaamse Raad*, 1983-84, nr. 260/1, p. 3):

– door de wijziging van art. 64 Stedenbouwwet (thans art. 66, vierde lid, van het coördinatiedecreet) werden voormelde gebruikswijzigingen en de instandhouding van deze wijzigingen *strafbaar* gesteld;

– door een wijziging van art. 64, § 1, a), Stedenbouwwet (thans art. 68, § 1, a, van het coördinatiedecreet) werden de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen bevoegd gemaakt om een vordering tot staking van het strijdig gebruik *voor de strafrechter* in te stellen;

– art. 68 Stedenbouwwet (thans art. 71, tweede lid, coördinatiedecreet) werd gewijzigd om de bevoegde ambtenaar en beambten in staat te stellen ter plaatse, mondeling, de *staking* van elk vergunningplichtig, maar onvergund gebruik te bevelen.

Over de in art. 67 Stedenbouwwet (thans art. 70 coördinatiedecreet) bepaalde herstellvordering voor de *burgerlijke rechter* – toch ook een belangrijk middel ter beteugeling van illegale gebruikswijzigingen – vindt men bij de decreetswijziging van 28 juni 1984 geen woord terug.

In zijn arrest van 5 januari 1998 stelt het Hof van Beroep te Antwerpen nu duidelijk dat uit lezing van de memorie van toelichting bij het decreet van 28 juni 1984 de algemene bedoeling van de decreetgever blijkt om ook de inbreuken op de nieuw ingevoerde vergunningplicht *aan een algemene be- teugeling te onderwerpen*. Volgens het Hof dient dan ook *in redelijkheid* te worden aangenomen dat de vordering tot staking van het strijdig gebruik voor de burgerlijke rechter moet begrepen worden in de vordering tot herstel in de vorige staat, zoals vermeld in art. 67 Stedenbouwwet (thans art. 70 coördinatiedecreet).

Stephan De Taeye

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

2e KAMER – 17 JUNI 1997

Voorzitter: mevr. Homans

Rechters in sociale zaken: de hh. Haesevoets en Van Rode

Advocaten: mrs. Caers loco Geyskens en Warnants

1. Arbeidsreglementering – Arbeidstijden – Nachtarbeid – Begrip – Loontoeslag – 2. Collectieve arbeidsovereenkomst – Rechtsbronnen – Hiërarchie – Gebruik – Ziekenhuizen

1 en 2. Indien in een sectorale C.A.O. voor de ziekenhuizen het begrip «'s nachts» niet wordt gedefinieerd, moet het worden begrepen in de zin van art. 35 van de Arbeidswet. De loontoeslag voor nachtarbeid moet in dat geval worden betaald voor alle prestaties tussen 20 u 's avonds en 6 u. 's morgens, ongeacht het aanvangsuur van de prestaties. Een gebruik kan daarvan niet afwijken.

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

(...)

A. Geïntimeerde werkte bij appellante in twee posten, nl. de ene week van 6 u tot 14.30 u. en de andere week van 13.30 u. tot 22 u.

Geïntimeerde vordert op grond van de C.A.O.'s van 8 december 1982 (K.B. 12 juli 1983) en 10 mei 1989, gesloten in het paritair subcomité voor de inrichtingen onderworpen aan de wet op de Ziekenhuizen tot vaststelling van de arbeids- en loonvoorwaarden van sommige werknemers, de betaling van een toeslag wegens nachtarbeid ten belope van resp. 20%, vanaf 1 februari 1989 30% vanaf 1 juli 1989, 35%, op het werkelijke loon toegekend pro rata van de duur van de effectief verrichte onregelmatige arbeidsprestaties, en wel voor de uren die hij tussen 20 u en 22 u over de volledige periode van zijn tewerkstelling bij appellante heeft gepresteerd, voor een totaal van 67.464 fr., te vermeerderen met het vakantiegeld-einde-dienst hierop, 9.985 fr.

Appellante betwist niet aan deze C.A.O.'s onderworpen te zijn (cf. haar akte van toetreding), maar stelt geen toeslag wegens nachtarbeid aan geïntimeerde verschuldigd te zijn, daar er slechts sprake kan zijn van nachtprestaties in de mate dat de prestaties in hun geheel tijdens de nachtperiode, d.i. na 20 u. worden gepresteerd, hetgeen *in casu* niet het geval is.

Volgens het gebruik van haar onderneming werd de C.A.O. steeds op die wijze toegepast. Het kan immers nooit de bedoeling zijn geweest dat de prestaties na een zeker uur zonder meer van karakter veranderen en nachtprestaties worden waarvoor een toeslag moet worden betaald, aldus nog appellante.

B. a. Luidens art. 35 van de Arbeidswet is «*nachtarbeid*» arbeid die verricht wordt tussen 20 en 6 uur.

In de Arbeidswet wordt nergens bepaald dat de arbeid na 20 uur moet aanvangen om als nachtarbeid te kunnen gelden.

Art. 35 van de Arbeidswet bepaalt ook niets over een toeslag die voor nachtarbeid moet worden betaald.

b. Dit laatste kan echter wel in paritaire overeenkomsten worden geregeld.

Zo kunnen de sociale partners in hun paritair comité overeenkomen dat voor alle uren die volgens de Arbeidswet als nachtarbeid worden beschouwd of enkel voor een gedeelte ervan, een toeslag zal worden uitbetaald.

Zo bepaalt art. 22 van de C.A.O. van 8 december 1982, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 12 juli 1983, dat aan het personeel dat o.m. «*'s nachts*» moet werken, een toeslag van 20% op het werkelijke loon wordt toegekend pro rata van de duur van de effectief verrichte onregelmatige arbeidsprestaties.

Omdat de C.A.O. zich beperkt tot de woorden «*'s nachts werken*», zonder dit te specificeren, uitdrukkelijk te beperken of uit te breiden, moeten de woorden «*'s nachts werken*» worden begrepen in de zin van de wet, nl. de uren tussen 20 uur en 6 uur.

Ook deze C.A.O., alsook de C.A.O. van 10 mei 1989 die enkel het percentage van de toeslag wijzigt en voor de rest verwijst naar art. 22 van de C.A.O. van 8 december 1982, zeggen nergens dat de arbeid na 20 u moet aanvangen teneinde op de toeslag aanspraak te kunnen maken.

c. Appellante betoogt dat dit echter het gebruik is in haar bedrijf en dat een gebruik op bedrijfsniveau een onduidelijke C.A.O. mag verduidelijken of aanvullen.

Allereerst is het Hof van mening dat de C.A.O. niet onduidelijk is: omdat de C.A.O. het begrip «*'s nachts werken*» waarvoor een toeslag wordt toegekend niet uitdrukkelijk definieert, moet het, zoals gezegd, in de zin van de wet worden begrepen, dus voor de prestaties geleverd tussen 20 uur en 6 uur.

Maar vooral is het niet zo dat appellante, zoals zij beweert, de op haar toepasselijke C.A.O. verduidelijkt of aanvult, hetgeen mag, in de mate dat daardoor geen ongunstiger situatie voor de werknemer ontstaat.

Appellante voegt integendeel de beperkende voorwaarde eraan toe dat de prestaties moeten aanvangen na 20 uur teneinde op de in de C.A.O. vastgestelde toeslag aanspraak te kunnen maken.

Gelet op de hiërarchie der arbeidsrechtelijke normen, als bepaald in art. 51 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, en meer in het bijzonder op de laagste plaats dat het gebruik daarin bekleedt, kan het gebruik niet in voor de werknemer nadelige zin afwijken van een hogere rechtsnorm, *in casu* een bij K.B. algemeen verbindend verklaarde C.A.O.

(...)

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE DENDERMONDE

2e KAMER – 9 DECEMBER 1997

Voorzitter: de h. De Croock

Rechters in handelszaken: de hh. Meert en Nevens

Advocaten: Mrs. Creytens, Ghysens, Bert en Grysolle

Verbintenis – Gevolgen voor derden – Pauliaanse vordering – Splitsing van vennootschap – Faillissement – Faillissementspauliana – Toepassingsvoorwaarden

Art. 447 Faill. W. is een toepassing van de Pauliaanse vordering van art. 1167 B.W., die mogelijk blijft in geval van splitsing van vennootschap.

De toepassing van art. 1167 B.W. impliceert in principe dat het bewijs wordt geleverd van de anterioriteit van de schuldvordering, het bedrog van de schuldenaar en de medeplichtigheid van de derde.

Het anterioriteitsvereiste hangt nauw samen met het fraude-aspect. In afwijking van het anterioriteitsvereiste is art. 448 Faill. W. ook toepasselijk wanneer de fraude precies werd georganiseerd om de toekomstige schuldeisers te benadelen. Te dezen blijkt dat de splitsingsoperatie werd opgezet, niet wegens de financiële moeilijkheden en evenmin met de intentie van benadeling van bestaande of toekomstige schuldeisers, maar met het oog op het in stand houden van het familiale karakter van de onderneming.

Faillissement N.V. P. & Zonen t/ N.V. P. Invest

A. Feitelijke gegevens – Voorwerp van de betwisting

1. Eisers zijn curatoren van de op 18 april 1997 door deze rechtbank failliet verklaarde N.V. P. & Zonen met zetel te A. De activiteit van de vennootschap bestond in aannemingswerken van private en publieke aard. Met hun vordering beogen de curatoren op grond van art. 448 Faillissementswet de inbrengen in natura van diverse onroerende goederen en een kapitaal van 17.000.000 Fr., bij de NV P. Invest gedaan na een splitsing van de NV P. & Zonen niet tegenwerpbaar te horen verklaren aan de massa van de schuldeisers.

2. Bij notariële aktes verleden voor notaris D. M. op 28 februari 1994 werd een splitsingsoperatie doorgevoerd waarbij het vermogen van de NV P. en Zonen werd overgedragen deels op een nieuw opgerichte vennootschap N.V. P. & Zonen en deels op de bestaande vennootschap N.V. P. Invest. Deze laatste vennootschap was een investeringsmaatschappij waarin P. H. en R. P. bestuurders waren en zij bestond reeds sedert 1990. De splitsing werd doorgevoerd op basis van de balans van 30 september 1993.

De curatoren wijzen op het abnormaal karakter van de splitsingsoperatie. Zij beklemtonen het feit dat van de oude N.V. P. & Zonen het hele onroerend patrimonium tegen boekwaarde en een termijnrekening van 17.000.000 Fr. werden ingebracht in de N.V. P. Invest, zonder dat enige schuld werd overgedragen aan deze vennootschap.

3. Blijkens het verslag van bedrijfsrevisor P. W. inzake de verhoging van het kapitaal van de N.V. P. Invest door inbreng in natura bedroeg volgens de tussentijdse balans per 30 september 1993 het eigen vermogen van de N.V. P. & Zonen 69.381.236 Fr.

...

Uit deze staat blijkt derhalve dat aan de nieuwe N.V. P. & Zonen activa werden overgedragen ter waarde van 73.881.317 Fr. en passiva voor een bedrag van 32.757.131 Fr. en dat derhalve in de nieuwe N.V. P. een netto-inbreng werd gedaan van 41.124.186 Fr.

4. De N.V. P. Invest beweert dat de bedoeling van de splitsing zeker niet was de schuldeisers te benadelen. Zij wijst erop dat de vennootschap P. & Zonen een familieonderneming was die tot op het ogenblik van de splitsing de vijf broeders P. als aandeelhouder had.

Toen M. en O. P. in 1993 beslisten zich als aandeelhouder terug te trekken, was het voor de drie overige aandeelhouders (P. R. en H. P.) niet mogelijk om aandelen van de twee genoemde aandeelhouders over te nemen. Met het oog op de overname van de aandelen van M. en O. P. zou door middel van een splitsingsoperatie voldoende financiële middelen ter beschikking worden gesteld van de N.V. P. Invest, vennootschap waarin P. R. en H. P. aandeelhouder en bestuurder zijn. Aldus zou N.V. P. Invest de aandelen van M. en O. P. kunnen overnemen.

5. Op 25 november 1993 werden twee verkoopovereenkomsten ondertekend waarbij enerzijds M. P. en N.V. M.P. Invest en anderzijds O. P. en N.V. O.P. Invest telkens 33 aandelen in de N.V. P. & Zonen verkochten aan de N.V. P. Invest, met ingang van 31 december 1993 voor de prijs van telkens 15.840.000 Fr. Deze prijs was te betalen over een periode van vijf jaar.

Art. 5 van deze overeenkomst bepaalt: «Teneinde haar eigen solvabiliteit te verstevigen verbindt de koper zich ertoe om als bestuurder van N.V. P. & Zonen vóór 31 december 1993 een splitsingsvoorstel aan de algemene vergadering voor te leggen en als hoofdaandeelhouder daarmee in te stemmen, teneinde de onroerende goederen en een deel van de liquiditeiten van voornoemde vennootschap af te splitsen en in de N.V. P. Invest in te brengen (de splitsing zal geschieden op grond van de situatie per 30 september 1993) volgens de aangehechte bijlage.»

6. De curatoren beweren dat de splitsing die werd doorgevoerd enkel en alleen werd doorgevoerd ter bescherming van de individuele belangen van de vennoten. Zij wijzen erop dat de splitsing niet beantwoordt aan een rechtmatige behoefte van financiële of economische aard en hierbij het vennootschapsbelang en het belang van de schuldeisers volledig werd miskend. Dat het vennootschapsbelang werd verontachtzaamd blijkt, volgens de curatoren, uit het feit dat het eerste boekjaar na de splitsing in de nieuwe N.V. P. & Zonen een verlies werd geleden van 24.169.786 Fr. en het tweede boekjaar een verlies van 8.575.107 Fr. Vóór afsluiting van het derde boekjaar werd aangifte van staking van betaling gedaan. Dit alles kon volgens de curatoren worden voorzien omdat uit de tussentijdse balans per 30 september 1993 reeds een verlies bleek van 3.800.000 Fr.

B. Beoordeling in rechte

7. De Pauliaanse vorderingen van art. 1167 B.W. en art. 448 Faillissementswet blijven in principe mogelijk ingeval van splitsing, zulks wordt in het algemeen aanvaard in rechtspraak en rechtsleer (zie T. Tilquin *Traité des fusions et scissions*, p. 331, nr. 492; zie Cass. fr., 28 juni 1971, *Rev. prat. Soc.*, 1972, 233). De verweerster betoogt tevergeefs dat de thans gefailleerde vennootschap niet heeft meegewerkt aan de

splitsing, omdat de oprichting van de nieuwe N.V. P. & Zonen slechts een gevolg is van de splitsingsoperatie. De aandeelhouders van de gesplitste vennootschap, van de nieuw opgerichte N.V. P. en van de N.V. P. Invest zijn echter dezelfde. Nu de aandeelhouders dezelfde zijn kunnen de eventueel onrechtmatige beweegredenen waardoor de aandeelhouders zich bij de splitsing lieten lijden, toegerekend worden ook aan de vennootschap uit de splitsing ontstaan (T. Tilquin, *o.c.*, nr. 495).

8. Art. 448 Faillissementswet krachtens welk alle handelingen of betalingen met bedrieglijke benadeling van de schuldeisers verricht, op welke datum ook, zelfs vóór de verdachte periode, nietig zijn ten aanzien van de massa, is een toepassing van de Pauliaanse vordering van art. 1167 B.W. De toepassing van art. 1167 B.W. impliceert in principe dat het bewijs wordt geleverd van de anterioriteit van de schuldvordering, het bedrag van de schuldenaar en de medeplichtigheid van de derde.

Het anterioriteitsvereiste hangt nauw samen met het fraude-aspect. De schuldeiser wiens vordering is ontstaan na de betwiste handeling, kon niet rekenen op het onttrokken actief en werd in dat opzicht dan ook niet bedrogen door de debiteur. Omdat echter alleen de curator de vordering op grond van art. 448 Faillissementswet kan instellen in het voordeel van de massa van de schuldeiser en de massa één geheel uitmaakt, komt de vordering ook toe aan diegene van wie de rechten na de bedrieglijke handeling zijn ontstaan. (Cass. 11 januari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-1988, 594). Zulks neemt echter niet weg dat indien komt vast te staan dat indien alle schuldeisers vorderingen hebben die ontstaan zijn na de betwiste handeling, zulks tot gevolg heeft dat de door de curator ingestelde vordering op grond van art. 448 Faillissementswet niet kan worden ontvangen. Zo werd beslist dat indien vaststaat dat de derde begunstigde de enige schuldeiser was op het ogenblik van de betwiste handeling de vordering op grond van art. 448 Faillissementswet niet kan worden toegelaten, ook al komt deze vordering ook ten goede aan de schuldeisers wier vordering is ontstaan na de betwiste handeling. (Cass., 17 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 299).

9. De curatoren bewijzen het bestaan niet van een schuldvordering waarvan de oorzaak teruggaat tot vóór de datum van de splitsing.

Er moet trouwens vastgesteld worden dat op het ogenblik van de splitsing de vennootschap niet in financiële moeilijkheden verkeerde. Haar solvabiliteit was zeer goed en er waren geen liquiditeitsmoeilijkheden. Er waren slechts 32 miljoen passiva en daartegenover stonden ruime liquiditeiten (28 miljoen liquide middelen en 19 miljoen handelsvorderingen).

Het staat vast dat de splitsing niet werd opgezet met de bedoeling de schuldeisers zoals ze bestonden op het ogenblik van de splitsing te benadelen.

De argumenten door de curatoren nog aangevoerd om de anterioriteitsregel niet strikt toe te passen, kunnen niet worden aangenomen.

De schuldeisers zouden zich niet bewust zijn geweest dat zij contracteerden met een nieuwe rechtspersoon. Daargelaten de in geval van splitsing toegepaste wettelijke publicatie, had de nieuwe N.V. P. & Zonen een ander handelsregisternummer, een ander B.T.W.-nummer, evenals een nieuw registratienummer en nieuw erkenningsnummer. De oorzaak van de huidige schulden in het faillissement zou te vin-

den zijn in een rekening-courant verhouding. Een rekening-courant verhouding komt echter niet bewezen voor. De schuldeisers in het faillissement zouden dezelfde zijn als de schuldeisers op het ogenblik van de splitsing.

Het is de anterioriteit van de schuldvordering echter en niet het identiek zijn van de schuldeiser wat dient bewezen te worden.

10. Weliswaar is in afwijking van bovenvermelde regel inzake anterioriteit art. 448 Faillissementswet ook toepasselijk wanneer de fraude precies werd georganiseerd om de toekomstige schuldeisers te benadelen (J. Mahaux, «L'action paulienne et les nullités de la période suspecte: conditions et effets respectifs», *R.C.J.B.*, 1989, n° 5; H. De Page, *Traité*, III, n° 228).

11. Het is duidelijk dat op het ogenblik van de splitsing de vennootschap zich niet in financiële moeilijkheden bevond en dat in de vennootschap, zoals ze bestond op het ogenblik van de splitsing, op korte termijn evenmin liquiditeitsproblemen te verwachten waren.

Het is niet voor ernstige discussie vatbaar dat de splitsingsoperatie niet werd opgezet gezien de financiële moeilijkheden en met de intentie van benadeling van bestaande of toekomstige schuldeisers. De splitsing werd doorgevoerd met het oog op de overname van de aandelen van M. en O. P.

De wens om de vennootschap in stand te houden met behoud van het familiaal karakter van de onderneming deed de noodzaak ontstaan voor de aandeelhouders om de aandelen van de twee vertrekkende vennoten over te nemen via de Investmaatschappij van de drie overblijvende vennoten. Het belang van de onderneming was zeker gediend door deze oplossing.

12. De curatoren betwisten in feite niet ernstig dat de splitsing werd doorgevoerd met het oog op de overname van de aandelen van O. en M. P. maar zij betogen dat de toepassing van artikel 448 Faillissementswet nodig was, omdat de splitsing alléén werd doorgevoerd ter bescherming van individuele belangen van vennoten en het vennootschapsbelang werd miskend. Rekening houdende met het feit dat blijkens de tussentijdse balans per 30 september 1993, op basis waarvan de splitsing werd doorgevoerd, er reeds een verlies was van 3.846.781 over het boekjaar 1993, kon volgens de curatoren de splitsing geen rechtvaardiging vinden vanuit economisch oogpunt.

13. Het bewijs moet geleverd worden dat de splitsing door de schuldenaar werd opgezet om zijn toekomstige schuldeisers te benadelen.

Uiteraard zijn diverse handelingen van aard toekomstige schuldeisers in een minder gunstige positie te plaatsen. Splitsing, kapitaalvermindering, inbreng van eenmanszaak in vennootschap hebben vaak tot gevolg dat toekomstige schuldeisers een minder omvangrijk onderpand zullen hebben voor eventuele invordering van hun schuldvordering. De dispariteit bij de splitsingsoperatie vaststellen bij opsplitsing van actief en passief volstaat echter niet.

Het enkel feit dat men weet dat ten gevolge van een handeling toekomstige schuldeisers minder verhaalsrechten zullen hebben, volstaat evenmin. Enkel indien de debiteur weet of dient te weten dat de handeling schade berokkent aan zijn schuldeisers en deze handeling bovendien een abnormaal karakter heeft, mag van de debiteur te goeder trouw worden verwacht dat hij zich onthoudt. (Cass., 15 maart 1985, *R.C.J.B.*,

1989, 315). Enkel wanneer hij zich in die omstandigheden niet onthoudt, is er reden om art. 448 Faillissementswet toe te passen.

14. Voor de beoordeling van de wetenschap in de persoon van de debiteur van de mogelijkheid schade te berokkenen en voor de beoordeling van het abnormaal karakter van de handeling, dient men zich te stellen op het moment van de splitsing en zich ervoor te hoeden feiten in aanmerking te nemen die door de debiteur niet konden worden voorzien bij het stellen van de betwiste handeling. Het is derhalve niet voldoende te verwijzen naar het zeer grote verlies in het boekjaar 1994 (24.169.786 Fr.), noch naar het op 18 april 1997 uitgesproken faillissement. Er dienen door de curatoren concrete elementen te worden aangevoerd die aantonen dat de verliezen en het faillissement voorzienbaar waren op het ogenblik van de splitsing op 28 februari 1994.

Uit de balans op 30 september 1993 bleek weliswaar reeds een verlies over het boekjaar 1993 van 3.846.781 Fr. Wanneer dit bedrag wordt geplaatst tegenover het eigen vermogen van de vennootschap, was dit verlies zeker niet catastrofaal. De oorzaak van het enorme verlies in 1994 blijkt te liggen bij bepaalde misrekeningen inzake de kostprijs van bepaalde werven. De curatoren brengen echter geen concrete elementen aan waaruit zou blijken dat men reeds bij de splitsing deze verliezen kon voorzien.

Bovendien blijkt uit de op 25 november 1993 gesloten overeenkomsten tot verkoop van de aandelen van O. en M. P. aan N.V. P. Invest dat tweemaal 33 aandelen nog werden aangekocht voor tweemaal 15.840.068 Fr. Het is toch ondenkbaar dat P., R. en H. P. via hun investmaatschappij op 25 november 1993 nog aandelen voor dergelijk hoog bedrag zouden aankopen indien ze toen reeds financiële moeilijkheden voorzagen of een falen van P. & Zonen. Er moet derhalve worden aangenomen dat de wetenschap schade te berokkenen niet aanwezig was.

Ook het abnormaal karakter van de splitsing is niet bewezen. De splitsing werd voltrokken met inachtneming van de wettelijke formaliteiten. Het feit dat bij de splitsing naar de N.V. P. Invest activa werd overgedragen zonder overdracht van passiva kan worden verwoord, daar de passiva die op het ogenblik van de splitsing bestonden passiva waren met betrekking tot de bedrijfsexploitatie, die werd overgedragen aan N.V. P. & Zonen. De splitsing in enerzijds een werkvennootschap en anderzijds een investeringsvennootschap waarin de activa zich bevinden die niet de eigenlijke exploitatierisico's dragen, is een veel toegepaste techniek.

Het is juist dat blijkens de balans 17.000.000 Fr. liquide middelen werden overgedragen naar de N.V. P. Invest. Uit het verslag van de door de curatoren aangestelde accountant D. B. blijkt echter dat op 31 december 1994 de N.V. P. Invest nog schuldeiser was voor 7.169.665 Fr. van N.V. P. & Z. De schuld aan N.V. P. Invest werd trouwens nooit geheel afgebouwd.

Ook staat vast dat N.V. P. & Zonen 11.000.000 Fr. liquiditeiten werd toebedeeld. Ook de huurprijs die diende te worden betaald door P. & Zonen aan P. Invest of 400.000 Fr. per jaar, was zeer matig en wijst zeker niet op enige fraude.

Diverse door de curatoren nog aangehaalde argumenten kunnen kort worden weerlegd.

De splitsing zou niet beantwoorden aan rechtmatige financiële of economische behoeften. De vennootschapswet stelt echter dit vereiste niet. Het vereiste dat de verrichting

aan rechtmatige financiële of economische behoeften dient te beantwoorden rijst pas wanneer men deze splitsing op fiscaal neutrale wijze wil laten plaatshebben (zie R. Verhoeven *Praktijkboek voor Vennootschappen*, 1994, deel II, p. 706).

Er zou geen uitdrukking zijn gegeven van het feit dat de gebouwen die werden overgedragen naar N.V. P. Invest aan boekwaarde een aanzienlijke meerwaarde bezaten. De splitsing gebeurt boekhoudkundig volgens de continuïteitsregel. Hieruit volgt dat een splitsing op zichzelf geen minderwaarde of meerwaarden, noch enig resultaat tot gevolg heeft, noch enige weerslag heeft op het bedrag, de structuur of de beschikbaarheid van het eigen vermogen van de gesplitste vennootschap(pen). (R. Verhoeven, *Praktijkboek voor Vennootschappen*, 1994, 683, nr. 26).

De door de curatoren aangestelde deskundige de heer D. B. suggereert, maar bewijst in geen enkel opzicht dat bepaalde activa toebedeeld aan de nieuwe N.V. P. & Zonen zouden zijn overgewaardeerd. Omdat de overdracht aan boekwaarde geschiedt ingevolge de regel van de continuïteit, is er trouwens geen sprake van overwaardering. Het is in elk geval niet zo dat, abstractie gemaakt van de boekwaarde, de waardevolle activa alleen werden overgedragen naar P. Invest. Er zijn derhalve geen elementen om de splitsing als abnormaal te beschouwen.

15. Omdat het bewijs niet is geleverd dat de splitsing werd doorgevoerd met oog op de benadeling van de schuldeisers zoals ze op datum van splitsing bestonden en evenmin het bewijs is geleverd dat de splitsing werd doorgevoerd met het oog op de benadeling van zijn toekomstige schuldeisers, komt de vordering van de curatoren gegrond op art. 448 Faillissementswet ongegrond voor.

...

NOOT – Tegen dit vonnis werd hoger beroep ingesteld.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TONGEREN

4de KAMER – 26 FEBRUARI 1997

Rechter: de h. Vrancken

Advocaten: mrs. Van Vliet loco Vandenheuvel, Claessens loco Schiepers en Libens

1. Belasting – Begrip – Premietoelage op brandverzekeringscontracten ten behoeve van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering – 2. Wetten, decreten en besluiten – Invoering van nieuwe belasting bij K.B. – Onwettig – Niet-toepassing van het onwettige K.B.

1. Rekening houdende enerzijds met het dwangkarakter van de premietoelagen op de brandverzekeringspremies ten behoeve van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering en anderzijds met de afwezigheid van enige tegenprestatie voor de brandverzekeringnemer bij hun wijze van financiering van de lasten die voortspruiten uit de uitvoering van de opdracht van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, besluit de rechtbank dat de premietoelage een belasting is in de zin van de artt. 170 en 173 van de Grondwet, zodat door de aanwijzing van de verzekeringnemers als schuldenaars van

de forfaitaire toeslag op de betaalde brandpremies, een nieuwe categorie van belastingplichtigen werd aangeduid.

2. De Koning heeft niet de bevoegdheid om bij een gewoon K.B. nieuwe belastingen in te voeren, zodat de hoven en de rechtbanken krachtens art. 159 van de Grondwet dergelijk onwettig besluit (in casu het K.B. van 19 december 1979 tot aanvulling van art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden) niet toepassen.

Vennootschap naar Duits recht A.G. F.W. t/ Belgische Staat en R.I.Z.I.V.

Gezien het verzet tegen dwangbevel, met dagvaarding, dat Paul Geuens, plaatsvervanger van Etienne Stas, gerechtsdeurwaarder te Tongeren, op 14 september 1990 aan eerste verweerster, de Belgische Staat, en dat Hugo Cleopater, gerechtsdeurwaarder te Schaarbeek, op 14 september 1990 aan oorspronkelijk tweede verweerder, het Rijksfonds voor Sociale Reclassering van de Minder-Validen, heeft betekend.

...

Eiseres is een handelsvennootschap naar Duits recht met maatschappelijke zetel te Keulen en met productiezetel te Genk. Zij heeft het brandrisico van haar gebouwen te Genk rechtstreeks verzekerd bij in het buitenland gevestigde verzekeraars die in België niet zijn erkend.

Door art. 2 van de wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden (*B.S.*, 23 april 1963) werd bij het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid een 'Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden' opgericht. In art. 24 van deze wet wordt bepaald op welke wijze de lasten van het Rijksfonds worden gedekt.

In art. 134 (van hoofdstuk XIV) van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden (*B.S.*, 13 juli 1963) werden de modaliteiten van de storting van de aan het Rijksfonds verschuldigde bedragen bepaald.

Krachtens art. 23, § 7, van de wet van 5 augustus 1978 betreffende economische en budgettaire hervormingen kon de Koning, bij in Ministerraad overlegde besluiten, wijzigingen aanbrengen aan art. 24 van de wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden teneinde andere financieringswijzen vast te stellen om de lasten te dekken die voortspruiten uit de uitvoering van de opdracht van het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden.

Bij K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978 tot wijziging van de wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden (*B.S.*, 1 november 1978) werd art. 24, eerste lid, 3° van de wet van 16 april 1963 als volgt vervangen: «3° de opbrengst van een aanvullende premie of bijdrage geïnd door de verzekeraar inzake de verzekering tegen brandrisico's, met inbegrip van elk daarmee verbonden risico gedekt door uitbreiding, toevoeging of aanvulling binnen de verzekeringsovereenkomst».

Bij art. 1 van het K.B. van 31 oktober 1978 tot wijziging van hoofdstuk XIV van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden (*B.S.*, 14 november 1978), werd art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 als volgt vervangen: «§ 1. De bedragen verschuldigd voor de verzekeringen bedoeld in art. 24, eerste lid, 2° en 3°, van voormelde wet van 16 april 1963, gewijzigd door het K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978, worden berekend per kalenderjaar en

worden maandelijks provisioneel gestort en op het einde van het kalenderjaar geregulariseerd. De verzekeraar doet de jaarlijkse aangifte vóór 1 april volgend op het in aanmerking genomen jaar...».

Volgens art. 4, § 1, van hetzelfde K.B. van 31 oktober 1978 tot wijziging van hoofdstuk XIV van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden zijn de bepalingen die de verzekeringen betreffen bedoeld in art. 24, eerste lid, 2° en 3°, van voormelde wet van 16 april 1963, gewijzigd door het K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978, toepasselijk op de premies uitgeschreven vanaf 1 januari 1979.

Door art. 1 van het K.B. van 19 december 1979 tot aanvulling van art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden (*B.S.*, 9 januari 1980), werd art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963, gewijzigd door het K.B. van 31 oktober 1978, aangevuld met een § 4 die luidt als volgt: «Wanneer de verzekering, bedoeld in art. 24, eerste lid, 3°, van de voormelde wet van 16 april 1963, gewijzigd door het K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978, onderschreven wordt bij een vreemde verzekeraar die in België niet erkend is, dienen de verplichtingen die op deze verzekeraar rusten uit hoofde van de bepalingen van dit hoofdstuk (XIV) nagekomen te worden: 2° door de verzekerde zo de overeenkomst werd aangegaan zonder de tussenkomst van een makelaar of andere in België verblijvende tussenpersoon. Het bedrag van de bijdrage verschuldigd door de verzekeraar wordt ambtshalve door... de verzekerde voorafgenomen op het bedrag van de premie aan de verzekeraar verschuldigd uit hoofde van de overeenkomst».

Op basis van het aldus aangevulde art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 werd, ten verzoeken van de Belgische Staat, Ministerie van Financiën, administratie van de B.T.W., registratie en domeinen, handelend door de ontvanger van domeinen en penale boeten, ten voordele van het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden, bij dwangbevel betekend aan eiseres op 16 augustus 1990, de betaling gevorderd van 13.051.340 frank, hetzij 0,6‰ op de brandpremies die eiseres van 1979 tot en met 1989 had betaald.

Bij conclusies werd de vordering van het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden, thans van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, uitgebreid (art. 807 Ger.W.) tot 20.446.377 frank.

Door art. 5 van de wet van 26 juni 1990 betreffende sommige instellingen van openbaar nut en andere overheidsinstellingen (*B.S.*, 3 juli 1990) werden de taken die bij wet van 16 april 1963 waren opgedragen aan het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden, vanaf 1 januari 1991 overgedragen aan het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering.

(a) Eiseres stelt in haar akte van verzet, met dagvaarding, dat door de aanvulling van art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden door het K.B. van 19 december 1979 met een § 4, in strijd met art. 110 (oud) van de Grondwet, dat bepaalt dat geen belasting kan worden ingevoerd ten behoeve van de Staat dan door een wet, een nieuwe belastingplichtige werd aangeduid waardoor het K.B. van 19 december 1979 elke wettelijke grondslag mist en de hoven en rechtbanken overeenkomstig art. 107 (oud) G.W. dit algemeen besluit niet toepassen.

Eiseres wijst er namelijk op dat tot aan de invoering van het K.B. van 19 december 1979 het verzekeringsorganisme

de enige verantwoordelijke was voor de aangifte ten aanzien van het Rijksfonds en voor de stortingen van de aan dit Rijksfonds toekomende premietoelagen, opgelegd aan de verzekerde, en van de bijdragen van de verzekeraars. In geval van niet-aangifte was enkel en alleen een dwang voorzien ten aanzien van 'hen verantwoordelijk voor de storting', die overeenkomstig art. 134 van het K.B. van 3 juli 1963 de verzekeraars waren.

(b) Eiseres wijst er ten slotte op dat art. 89, §§ 1 en 4, van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen niet toeliet om na 31 december 1978 het K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978, dat een volmachtsbesluit was, aan te vullen dan door een wet.

In conclusies, neergelegd op 14 maart 1991, antwoordt oorspronkelijk tweede verweerder, het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden, hierop dat (a) het hier geen belasting betreft, omdat de bijdrage niet door de wetgever als belasting wordt erkend (Tiberghien, A., *Inleiding tot het Belgisch Fiscaal Recht*, 1986, 4), maar een bijdrage ter uitvoering van de Belgische sociale wetgeving en (b) dat het K.B. van 19 december 1979 geen aanvulling inhoudt op het volmachtsbesluit nr. 14 van 23 oktober 1978, maar wel van art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden.

In conclusies, neergelegd op 27 maart 1991, sloot eerste verweerder, de Belgische Staat, minister van Financiën, zich aan bij het standpunt van oorspronkelijk tweede verweerder.

Over de berekening als dusdanig van de na eisuitbreiding gevorderde som van 20.446.377 frank, bestaat geen betwisting.

(a) De juridische aard van de premietoelag:

Eiseres merkt allereerst op dat de kwalificatie die de overheid zelf toekent aan een bepaalde heffing niet absoluut bindend is en dat de rechter gehouden is om zelf de juiste aard van de heffing te bepalen (Pecters, B., «De begrippen belasting, last en retributie in de artikelen 110 en 113 van de Grondwet», *R.W.*, 1987-88, 243, nr. 12, met verwijzing naar de rechtspraak in voetnoot 19).

Zij herinnert eraan dat een belasting twee specifieke kenmerken heeft: 1° een dwangkarakter en 2° het ontbreken van een geïndividualiseerde tegenprestatie, dit in tegenstelling tot een retributie, die moet worden beschouwd als de geldelijke vergoeding van een dienst ten voordele van de heffingsplichtige; dat om te kunnen spreken van een retributie, er een redelijke verhouding moet bestaan tussen enerzijds de waarde van de bewezen dienst en anderzijds de gevorderde retributie; dat bij gemis aan een dergelijke verhouding, de retributie haar vergoedend karakter verliest en dient te worden beschouwd als een belasting.

Zij stelt dat het voor geen discussie vatbaar is dat de betreffende premietoelag op brandverzekeringscontracten die ten behoeve van het betreffende Rijksfonds wordt geheven een dwangkarakter heeft; dat immers de onderwerping, de grondslag en de aanslagvoet door de overheid worden vastgesteld en volgens een publiekrechtelijk procédé worden geïnd (art. 1 K.B. 31 oktober 1978 tot wijziging van hoofdstuk XIV van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden).

Zij stelt bovendien dat aan de bijdrageverplichtingen voor de betaling van de premiebijslag geen geïndividualiseerde tegenprestatie wordt geboden.

Zij besluit dat, gelet op de voormelde kenmerken, de betreffende premiebijslag op basis van de art. 110 en 113 G.W. enkel kan worden gekwalificeerd als een 'belasting-retributie', zijnde een heffing waartegenover geen geïndividualiseerde tegenprestaties staat en waarvan de opbrengst een andere instantie toekomt dan die in art. 110 G.W. worden genoemd (nl. de Staat, de gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de agglomeraties en federaties van gemeente en de gemeenten) en dat uit art. 113 G.W. blijkt dat andere instanties (bv. het Rijksfonds voor de sociale reclassering van de mindervaliden of thans het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering) dan die welke in art. 110 (zie *supra*) en art. 113 G.W. (nl. de polders en de wateringen) worden genoemd, enkel door een wet of decreet belastingsbevoegdheid kan worden verleend (Tiberghien, A., *o.c.*, p. 6, nr. 6, met verwijzing naar Cass., 2 december 1943, *Pas.*, 1944, 88; *R.J.D.A.*, 1946, 28, met conclusie van advocaat-generaal Hayoit De Termicourt en met noot van H. Matton; Cass., 30 november 1950, *Pas.*, I, 1951, 191, waarin wordt gesteld dat de bijdragen geïnd door de vroegere Nationale Landbouw en Voedingscorporatie – een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid – belastingen zijn; *R.v.St.*, nr. 10174 van 20 september 1963, inzake V.Z.W. Nationale Federatie van Verdelers Grossiers in Voedingswaren en Togni t./ Belgische Staat; Glineur, P., «L'arrête royal nr. 55 du 16 juillet 1982 fixant pour 1982 une cotisation spéciale et unique de sécurité sociale est-il conforme à la loi d'habilitation et à la Constitution?», *J.T.*, 1983, (93), 96, nr. 3).

Huidig tweede verweerder antwoordt hierop dat door de aanduiding van de verzekerde als verantwoordelijke voor de aangifte en de stortingen, geen nieuwe categorie van schuldenaars wordt ingevoerd en verwijst hiervoor enkel naar de hierna (b) volgende problematiek van de (grond-)wettelijke grondslag van de aanvulling van art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden door het K.B. van 19 december 1979 met een § 4. Eerste verweerder sluit zich bij dit standpunt aan.

Rekening houdende enerzijds met het dwangkarakter van de premietoelagen op de brandverzekeringspremies ten behoeve van het Rijksfonds voor de sociale reclassering van de mindervaliden, thans ten behoeve van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering (art. 138, tweede lid, K.B. 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden en K.B. 31 oktober 1978 tot wijziging van hoofdstuk XIV van het K.B. van 5 juli 1963) en anderzijds met de afwezigheid van enige tegenprestatie voor de brandverzekeringnemers bij hun wijze van financiering van de lasten die voortspruiten uit de uitvoering van de opdracht van het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden, thans van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, besluit de rechtbank dat de premietoelag een belasting is in de zin van de art. 110 en 113 (oud) G.W., thans de art. 170 en 173 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 (*B.S.*, 17 februari 1994), zodat door de aanwijzing van de verzekeringnemers als schuldenaars van de forfaitaire toeslag op de betaalde brandpremies, een nieuwe categorie van belastingplichtigen werd aangeduid.

- (b) De wettelijkheid van het K.B. van 19 december 1979:
(b.1) De grondwettelijkheid van de volmachtwet:

Eiseres herinnert eraan dat luidens art. 110, § 1, (oud) G.W., thans art. 170, § 1 (gecoördineerde) G.W. 'geen belasting ten behoeve van de staat kan worden ingevoerd dan door een wet', dat het de Natie is die zich, via de wetgever, aan een belasting onderwerpt, en art. 170 G.W. aldus een waarborg biedt voor alle burgers (Ganshof Van Der Meersch, W., 'L'impôt et la loi', in *En hommage à Victor Gonthier*, Faculté de droit de Liège, 1962 (257) 264) en dat de wetgever aan de Koning geen bijzondere machten kan verlenen in aanlegenheden die de wetgever krachtens de Grondwet zelf moet normeren (Rimanque, K., 'Kritische kanttekeningen bij de recente ontwikkelingen inzake de bijzondere machten, in *Liber Amicorum Robert Senelle*, die Keure, 1986, 258; Dumont, F., 'Les impôts direct, l'état de droit et la Constitution', *J.D.F.*, 1984, (5) 29).

Zij herinnert er tevens aan dat de Raad van State erop gewezen heeft dat «wanneer wetten aan de Koning inzake belastingen machten hebben toegekend die volgens de Grondwet de wetgever toebehoren, zij dat (hebben) gedaan om te voorzien in een dringende noodzaak, als het om bijzondere machten ging, hebben zij een vrij korte termijn op het aanwenden van die machten gesteld en hebben zij doorgaans voorzien in een vlugge bekrachtiging door de wet om dekking te verkrijgen voor die werkwijze. Ontbreken enige beperkingen in de tijd en enige bekrachtiging door de wetgever van de besluiten die ter uitvoering van de wet worden vastgesteld, dan moeten de machten die aan de Koning zijn toegekend, worden beperkt tot die zaken die met het vaststellen van de belasting niets uitstaans hebben» (*Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 758/1).

Zij stelt dat de bevoegdheid die de Koning door art. 23, § 7 van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen werd verleend, weliswaar in duur beperkt is (nl. tot 31 december 1978), maar een bekrachtigingsprocedure ontbreekt, dat art. 89, § 2, van dezelfde wet immers uitsluitend voorziet in een verslag dat vóór 31 maart 1979 bij de Kamers moet worden uitgebracht. Zij besluit dat, bij gebreke aan bekrachtigingsprocedure de bepalingen van art. 23, § 7, van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire bepalingen ongrondwettelijk zijn. Hierop kan enkel worden geantwoord dat het niet aan de hoven en rechtbanken toekomt om de grondwettelijkheid van een (volmachten)wet te toetsen.

- (b.2) De wettelijkheid van het uitvoeringsbesluit:

Eiseres stelt ten slotte dat het K.B. van 19 december 1979 een K.B. is dat het volmachtbesluit nr. 14 van 23 oktober 1978 aanvult, terwijl een dergelijke aanvulling krachtens art. 89, § 4, van de volmachtenwet van 5 augustus 1978 na het verstrijken van de volmachtperiode, nl. na 31 december 1978 niet mogelijk was, tenzij door een wet.

Zij besluit dat, aangezien het K.B. van 19 december 1979, dat een § 4 toevoegt aan art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden, dat niet bij wet werd bekrachtigd, dat dateert van na het verstrijken van de geldigheidsduur van de volmachtenwet van 5 augustus 1978 en dat een nieuwe belastingplichtige aanduidt als eindverantwoordelijke voor de betaling, het K.B.

van nr. 14 van 23 oktober 1978 aanvult, het K.B. van 19 december 1979 in strijd is met art. 89, § 4, van de volmachtenwet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen en met de art. 110 en 113 (oud) G.W., thans de artt. 170 en 173 (gecoördineerde) G.W., omdat de Koning geenszins de bevoegdheid heeft om bij een gewoon K.B. nieuwe belastingen in te voeren, zodat de hoven en de rechtbanken krachtens art. 159 (gecoördineerde) G.W. dergelijk onwettig besluit niet toepassen.

Verweerster antwoordt dat het K.B. van 19 december 1979, dat een § 4 toevoegt aan art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963, enkel de uitvoeringsmodaliteiten bepaalt van het K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978 tot wijziging van art. 23 van de wet van 16 april 1963, welk K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978 rekening houdt met de volmacht verleend door de wet van 5 augustus 1978; dat het K.B. nr. 14 van 23 oktober 1978 duidelijk in overeenstemming is met de wil van de wetgever die de herziening beoogt van de wijze van financiering, vermeld in art. 24 van de voornoemde wet van 16 april 1963, teneinde de ondernemingen en de Staat te ontlasten en tegelijkertijd de financiering van het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden te beschermen; dat, nu het K.B. van 19 december 1979, zoals hiervoor werd uitgelegd, in het raam valt van de aan de Koning toegekende reglementaire opdracht, het van geen belang is dat het K.B. van 19 december 1979 genomen werd na de verstrijkingsdatum van de bijzondere volmachten.

De rechtbank oordeelt evenwel dat, nu volgens haar vaststaat dat door de aanwijzing van de verzekeringnemers als schuldenaars van de forfaitaire toeslag op de betaalde brandpremies een nieuwe categorie van belastingplichtigen werd aangeduid (a), het K.B. van 19 december 1979, dat een § 4 toevoegt aan art. 134 van het K.B. van 5 juli 1963, in strijd is met art. 89, § 4, van de volmachtenwet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen en met de artt. 170 en 173 (gecoördineerde) G.W., omdat de Koning geenszins de bevoegdheid heeft om bij een gewoon K.B. nieuwe belastingen in te voegen, zodat de hoven en de rechtbanken krachtens art. 159 (gecoördineerde) G.W. dergelijk onwettig besluit niet toepassen.

Derhalve is de vordering tot nietigverklaring van het dwangbevel dat ten verzoeken van de Belgische Staat, Ministerie van Financiën, administratie van de B.T.W., registratie en domeinen, handelend door de ontvanger van domeinen en penale boeten, ten voordele van het Rijksfonds voor sociale reclassering van de mindervaliden, aan eiseres op 16 augustus 1990 werd betekend, gegrond.

...

VREDEGERECHT TE KAPELLEN

12 JUNI 1996

Rechter: de h. Wildiers

Advocaat: mr. Van Putten

Mede-eigendom – Mandeligheid – Gedwongen overname – Bezitsaanmatiging

Om een overnameverplichting mee te brengen, is een daad van bezitsaanmatiging vereist; het aanbrengen van isolatie tussen beide muren dient niet als bezitsaanmatiging te worden beschouwd.

Uit de schematische voorstelling van de bouw van de ringbalk blijkt te dezen duidelijk dat deze aanleunt tegen de oorspronkelijke fundering, wat een bezitsaanmatiging impliceert die de overnameverplichting meebrengt. Hetzelfde moet gezegd worden van het inbranden of het vastkleven van de dakbedekking tegen de achtermuur van eiseres en van de afdekking met loketlood van de opening tussen beide eigendommen.

P. t/ V.A.

De vordering van aanlegster strekt tot veroordeling van verweerder tot overname van de helft van de scheimuur van het pand, eigendom van aanlegster met het pand, eigendom van verweerder. Tevens vordert aanlegster veroordeling van verweerder tot betaling van de overnameprijs begroot op 133.563 F., vermeerderd met intresten en kosten;

Verweerder betwist de vordering en stelt dat hij geen enkele handeling heeft gesteld waarbij hij zich bepaalde rechten op voornoemde scheimuur zou aangematigd hebben; hij vraagt dan ook de afwijzing van de vordering en stelt een tegenvordering strekkend tot afpaling en tot veroordeling van aanlegster tot betaling van een schadevergoeding van 100.000 F. wegens gebruiksderfing van zijn eigendom.

Ter staving van haar vordering baseert aanlegster zich op de bevindingen van de door ons aangestelde deskundige, de heer P., zoals weergegeven in diens verslag van 21 december 1995;

(...)

Op de perceelsgrens met het pand dat thans toebehoort aan verweerder werd een scheimuur opgericht te paard met een dikte van 28 cm. in fundering en 18 cm. in opstand (deskundigenverslag p. 5-8). Onderaan is er ook nog een betonslof voorzien van 60 cm. dikte; dit geheel werd half overbouwd op het eigendom van verweerder, dus 30 cm. betonslof, 14 cm. fundering en 9 cm. opstand; de bedoeling was duidelijk, namelijk dat bij het aanbouwen van de woning deze scheimuur gemeen zou worden gemaakt door er tegenaan te bouwen, hetgeen het grondverlies zou beperken (deskundigenverslag p. 8).

In 1993 heeft verweerder een nieuwe woning opgericht krachtens een bouwvergunning van 27 september 1993. In tegenstelling tot voornoemde vooruitzichten heeft verweerder niet tegen de bestaande muur gebouwd, maar heeft hij volledig op zijn terrein een eigen muur opgericht op ongeveer 3 cm. afstand van de bestaande muur (deskundigenverslag p. 8); deze muur heeft een dikte van 15 cm.

De spleet die hierbij ontstaan is tussen beide muren werd door verweerder opgevuld met isolatiemateriaal dat raakt aan de muur van aanlegster (deskundigenverslag, p. 9), terwijl de roofing die geplaatst was op de muur aan de zijde van aanlegster behouden is gebleven;

Volgens deskundige P. (deskundigenverslag, p. 11) heeft verweerder wel degelijk gebruik gemaakt van de zijmuur opgericht door aanlegster te paard op de perceelsgrens:

- door aanleuning in fundering tegen het metselwerk van aanlegster en het bouwen van een eigen ringbalk door verweerder, maar vertekkend bovenop de hierboven beschreven funderingsslof (bijlage 9 deskundigenverslag);
- door afdekking met loketlood van de spleet tussen beide daken om waterinsijpeling tegen te gaan;

- door het aanbrengen van isolatie tussen beide muren en die raakt over de totale oppervlakte aan de muur van aanlegster;
- door het asfalt van de dakbedekking van de achterplaats van verweerder in te branden of te kleven tegen de achterbouw van aanlegster (deskundigenverslag p. 10 en bijlage 7, foto's 5, 6 en 8);

Volgens de heersende rechtspraak kan het feit dat de na buur nut haalt uit de scheimuur niet leiden tot gedwongen overname (Cass., 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1611; Cass., 2 februari 1985, *R.W.*, 1985-86, 2273);

Om een overnameverplichting mee te brengen is een daad van bezitsaanmatiging vereist (Cass., 23 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, 820); het aanbrengen van isolatie tussen beide muren dient ons inziens niet als bezitsaanmatiging te worden beschouwd (in dezelfde zin: Cass., 2 juni 1977 voormeld; Vred. Kontich, 30 november 1987, *T. Aann.*, 1989, 289, met noot J. De Fre; Rb. Nijvel, 29 maart 1988, *J.T.*, 1988, 365);

Anderzijds blijkt uit de schematische voorstelling van de bouw van de ringbalk van verweerder duidelijk dat deze aanleunt tegen de oorspronkelijke fundering (bijlage 9);

(...)

Dit element impliceert ons inziens wel degelijk een bezitsaanmatiging die de overnameverplichting meebrengt;

Hetzelfde dient gezegd van het inbranden of het vastkleven van de dakbedekking van de achterplaats tegen de achtermuur van aanlegster en van de afdekking met loketlood van de spleet tussen beide eigendommen;

Hierbij wordt door verweerder duidelijk gebruik gemaakt van de zijmuur van aanlegster met bezitsaanmatiging.

Op basis van deze drie elementen dient verweerder de helft van de scheimuur over te nemen, zoals deze gekend is op de bijlage 8.1 aan het deskundigenverslag;

Wat de tegenvordering betreft:

- uit het deskundig verslag blijkt dat verweerder ingevolge een akkoord ter plaatse heeft afgezien van zijn vordering tot afpaling (deskundigenverslag p. 13); dit akkoord kan niet eenzijdig worden herroepen (art. 1134 B.W.); bovendien blijkt het voldoende uit het deskundigenverslag dat de grens tussen beide eigendommen is gelegen op de aslijn van de muur van aanlegster, zodat de afpaling overbodig is;
- de gegrondheid van de hoofdvordering impliceert de ongrondheid van de vordering tot schadevergoeding;

(...)

NOOT – *Bezitsaanmatiging bij de mandelige muur*

1. Op drie cm afstand van een muur met een dikte van achtentwintig cm met een brede fundering van zestig cm, waarvan de helft over de perceelsgrens ligt, werd een muur gebouwd met een dikte van vijftien cm. De ruimte die daarvoor tussen beide muren ontstond, werd opgevuld met isolatiemateriaal, dat geplaatst werd tegen de roofingplaten die de eigenaar van de dikste muur als bescherming had aangebracht. Tussen beide daken werd de ruimte afgesloten met loketlood, zodat waterinsijpeling kon voorkomen worden. Het asfalt van de dakbedekking dat aangebracht werd op wat in het vonnis «de achterplaats» van het nieuwe huis wordt

genoemd, werd ingebrand en gekleefd tegen de achterbouw van de eerder opgetrokken woning.

De eigenaar van de eerst gebouwde woning dagvaardt de eigenaar van de nieuwe woning voor de vrederechter op basis van art. 661 B.W., ten einde de verweerder te horen veroordelen tot het betalen van de prijs voor de gemeenmaking van de betrokken muur, omdat er sprake zou zijn van een bezitsaanmatiging door de buur op de oudere muur, waardoor hij deze mandelig maakte.

De mandelige muur is geen eenvoudige rechtsfiguur; er blijven discussies bestaan omtrent de juiste werking van art. 661 B.W., dat het mandelig maken van een scheidingsmuur beheerst. Vooral omtrent de precieze inhoud van de bezitsaanmatiging die daartoe nodig is, bestaat er geen eenstemmigheid. Vandaar deze annotatie, waarbij het accent vooral zal liggen op de vraag naar de juiste concrete invulling van het begrip «bezitsaanmatiging», dat aanleiding geeft tot de toepassing van art. 661 B.W.

2. Artikel 661 B.W. bepaalt dat iedere eigenaar van een erf dat paalt aan een muur, het recht heeft om die muur geheel of gedeeltelijk gemeen te maken mits het betalen van een vergoeding.

De wetgever van 1804 zag de mandeligheid nog als een erfdienstbaarheid. De artikelen uit het Burgerlijk Wetboek die betrekking hebben op mandelige muren, hagen en grachten, werden immers gerangschikt onder hoofdstuk II, «Erfdienstbaarheden die door de wet gevestigd zijn» van titel IV, «Erfdienstbaarheden of grondlasten» van boek II.

Niettemin aanvaardde het Hof van Cassatie terecht reeds in 1926 dat het hier een vorm van mede-eigendom betreft en geen erfdienstbaarheid (Cass., 15 oktober 1926, *Pas.*, 1927, I, 67), waardoor bijvoorbeeld het verwerven van mandeligheid een koop is (zie voor een toepassing, Rb. Luik, 4 september 1986, *J.L.*, 1986, 560).

De mandeligheid doet een bijzondere vorm van mede-eigendom ontstaan (J. Kokelenberg, T. Van Sinay en H. Vuye, «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1989-1994)», *T.P.R.*, 1995, nr. 172, p. 705), namelijk een gedwongen mede-eigendom, zoals de mede-eigendom over de gemeenschappelijke delen in appartementsgebouwen. Terwijl men ingeval van mede-eigendom normalerwijze altijd tot de verdeling kan overgaan, is artikel 815 B.W. niet van toepassing op de gedwongen mede-eigendom.

Men mag evenwel altijd in gemeenschappelijk overleg een einde maken aan de mandeligheid (R. Derine, H. Vandenberghe, S. Snaet en P. Vits, «Mede-eigendom», in X, *Onroerend goed in de praktijk*, I, Antwerpen, Kluwer, losbladig, I.H., 3-15), of met toepassing van art. 656 B.W. afstand doen van de gemene muur en de grond waarop die staat, omdat men niet wil bijdragen in de kosten voor het herstel, het onderhoud of de wederopbouw van de muur. Dit laatste gaat natuurlijk niet zomaar: de kwestieuze muur mag geen gebouw steunen dat toebehoort aan degene die van art. 656 B.W. gebruik wil maken (art. 656 *in fine* B.W.). Doet men afstand van mandeligheid nadat de muur door eigen toedoen beschadigd werd, dan moet men vanzelfsprekend de buur vergoeden op basis van artt. 1382 e.v. B.W. (J. Hansenne, *Les biens*, Précis, II, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, nr. 979, p. 1000).

3. De gemeenmaking gebeurt in ruil voor de vergoeding van de helft van de waarde van de grond die door de muur wordt ingenomen, vermeerderd met de helft van de waarde

van de muur (J. Hansenne, *o.c.*, nr. 967, 981). De waarde van de grond en de muur worden slechts bepaald op het ogenblik van gemeenmaking, meer bepaald op de dag dat de procedure tot gemeenmaking wordt ingeleid. Beroepsorganisaties uit de bouwnijverheid beschikken vaak over tarieflijsten die het mogelijk maken om deze waarde, ook jaren nadat de eerste muur werd opgetrokken, te bepalen, maar deze zijn voor de rechter uiteraard slechts een leidraad (Vred. Hamme, 27 februari 1992, *T.Vred.*, 1992, 229).

Men hoeft niet noodzakelijkerwijze de volledige muur gemeen te maken, het kan ook gedeeltelijk, d.w.z. tot op een bepaalde hoogte en over een bepaalde lengte van de muur. Er is ook rechtspraak voorhanden waarin toegestaan werd dat de mandelig making van een zeer dikke muur niet tot op de helft van de dikte van de muur moest lopen, maar dat een beperktere dikte volstond (Vred. Kontich, 19 december 1967, *T.Vred.*, 1968, 214; zie ook H. Vandenberghe en S. Snaet, *Mede-eigendom*, in *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, III, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, nr. 135, p. 326). Bij gedeeltelijke gemeenmaking betaalt men dan slechts de helft van de waarde van het stuk muur dat men gemeen maakt. Men mag de vergoeding voor de gemeenmaking evenwel niet bepalen op basis van de graad van gebruik die men van de muur maakt (Rb. Brussel, 7 november 1973, *J.T.*, 1974, 481).

4. Artikel 661 B.W. geeft iedere eigenaar van een erf dat paalt aan een muur het recht om die muur gemeenschappelijk te maken. Desondanks leiden rechtspraak en rechtsleer daar nu unaniem uit af dat ook de eigenaar van de muur die gemeen kan gemaakt worden, het recht heeft om die gemeenmaking te vorderen, zoals in het hier geannoteerde vonnis gebeurde. De Page en Dekkers spraken in dit geval nog van een kunstgreep, want art. 661 B.W. vermeldt enkel een recht tot gemeenmaking ten gunste van diegene die een erf heeft dat aan een muur grenst, en spreekt niet van enige *aankoopplicht* (H. De Page en R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1972, nrs. 1202/D en 1203).

Maar in feite komt de vordering zoals die voor de Vrederechter van Kapellen werd gebracht, slechts neer op een verplichting tot gemeenmaking ingeval de eigenaar van de tweede muur die een bezitsaanmatiging wordt aangewreven geen einde maakt aan die bezitsaanmatiging, om zodoende aan de mandeligheid te ontsnappen (Cass., 18 oktober 1883, *Pas.*, 1883, I, 361, met conclusie van adv.-gen. Mesdach de ter Kiele; Cass., 16 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 322; Cass., 2 juni 1977, *R.C.J.B.*, 1978, 440 met noot van J. Hansenne, «L'acquisition forcée de la mitoyenneté»; Cass., 2 september 1994, *R.W.*, 1994-95, 948; Rb. Brussel, 7 november 1973, *J.T.*, 1974, 480; Vred. Fexhe-Slins, 24 juni 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 316, met noot van A. Tulunsky; J. Kokelenberg, T. Van Sinay en H. Vuye, «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1980-1988)», *T.P.R.*, 1989, (1619), 1804; J. Hansenne, *o.c.*, nr. 971, p. 986).

Beëindigt men inderdaad de bezitsaanmatiging, dan kan de buur er met een schadevergoeding vanaf komen (Cass., 18 februari 1983, *T.Not.*, 1983, 362; Vred. Fexhe-Slins, 24 juni 1991, *l.c.*, 316). Het spreekt voor zichzelf dat deze mogelijkheid overwegend theoretisch blijft, maar ze bestaat wel degelijk. Er is rechtspraak gepubliceerd waaruit blijkt dat er eigenaars van oudere muren zijn die, in de plaats van de gemeenmaking te vorderen van de betrokken muur, eisen dat

er een einde wordt gemaakt aan de bezitsaanmatiging en dat de geleden schade vergoed wordt (Vred. Brussel, 14 november 1950, *R.J.I.*, 1952, 85; Vred. Namen, 27 juni 1958, *Pas.*, III, 1961, 44; J. Hansenne, o.c., nr. 971, p. 986). Het spreekt evenwel voor zichzelf dat ingeval de verweerder in dergelijk geschil zelf staat op de toepassing van 661 B.W., de rechter dit in principe niet kan weigeren, tenzij er sprake zou zijn van rechtsmisbruik.

5. Men kan de houding van rechtspraak en rechtsleer ten opzichte van de verplichte aankoop van de mandeligheid op basis van art. 661 B.W. als volgt verklaren: door zich het bezit aan te matigen heeft de buur van zijn recht tot gemeenmaking uit art. 661 B.W. gebruik gemaakt, maar zonder daarvoor te betalen. Wat de eigenaar van het erf eist, is niet dat de ander tot gemeenmaking verplicht wordt, maar wel dat deze de gepaste vergoeding betaalt voor het feit dat verweerder de kwestieuze muur reeds mandelig maakte. De bezitsaanmatiging die vastgesteld wordt, kan met andere woorden beschouwd worden als een stilzwijgende, maar uitdrukkelijke wilsuiting tot het gemeen maken van de eerst opgetrokken muur (Cass., 19 februari 1983, *T. Aann.*, 1986, 101, met noot D. Stavaux; P. Coppens, noot onder Vred. Ukkel, 18 november 1986, *R.R.D.*, 1987, 277).

Op welk moment er sprake moet zijn van een bezitsaanmatiging, wordt duidelijk weergegeven in het hiervoor geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 2 september 1994. De zaak die daarbij aan het Hof werd voorgelegd, betrof een geval waarbij de eisers in cassatie aanvoerden dat ze nooit de bedoeling hadden gehad de muur van verweerder mandelig te maken. Integendeel, ze waren ervan overtuigd dat ze een volledig op zich staande muur bouwden, waardoor er dus van enige wilsuiting tot gemeenmaking van de muur geen sprake kon zijn, waardoor er volgens de eisers ook niet tot mandeligheid kon besloten worden. Het feit dat het gebouw verkeerd geconcepieerd werd en daardoor op sommige plaatsen met de eerder gebouwde muur verbonden werd, deed aan deze vaststelling geen afbreuk, aldus de eisende partij. Het Hof besloot evenwel dat de rechter die het bestreden vonnis uitsprak, terecht besliste dat er aanleiding was tot het mandelig maken van de oudere muur, omdat men *geweigerd had aan de bezitsaanmatiging een einde te maken*, wat neerkomt op een wilsuiting tot gemeenmaking (P. Coppens, *l.c.*, 277). Het is dus voldoende dat de wil tot gemeenmaking pas aanwezig is eenmaal dat men voor de keuze wordt geplaatst om een einde te maken aan de inbreuk op het eigendomsrecht van de buur. Men hoeft dus niet bij de aanvang van deze eigendomsinbreuk de bedoeling gehad te hebben de betrokken muur mandelig te maken.

6. Het criterium waarvan gebruik gemaakt wordt om te beslissen of de oudere muur in gedwongen mede-eigendom moet worden genomen of niet, ligt al jarenlang vast in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze besliste namelijk dat er sprake moet zijn van een *bezitsaanmatiging* of een feitelijkheid waartegen de eigenaar van de oorspronkelijke muur zich kan verzetten, omdat die een *inbreuk uitmaakt op zijn eigendomsrecht* en van aard is dat daaruit de *ondubbeldzinnige wil* van de inbezitnemer blijkt om de mandeligheid van de scheidingsmuur te verwerven (Cass., 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1611, met noot L. Vereycken; Cass., 18 februari 1983, *T. Not.*, 1983, 362; Cass., 22 februari 1985, *R.W.*, 1985-86, 2272; Cass., 22 juni 1990, Cass., 23 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, 820; Cass., 2 september 1994, *R.W.*, 1994-95, 948).

Het Hof voegde daar herhaaldelijk nog aan toe dat het feit dat de eigenaar van de nieuwe muur voordeel haalt uit het bestaan van de oudere muur, omdat die nieuwe muur minder dik hoeft te zijn, op zichzelf niet voldoende is om tot een bezitsaanmatiging te besluiten.

7. Wat precies met een bezitsaanmatiging wordt bedoeld, hoeft men niet te gaan zoeken in art. 661 B.W., dat enkel de gevolgen van de bezitsaanmatiging op een scheidingsmuur regelt (Cass., 18 februari 1983, *T. Not.*, 1983, 362). Men dient dus terug te vallen op het gemene recht.

De bezitsaanmatiging mag gezien worden als de uiting van de wil om de muur gemeen te maken doordat men een inbreuk pleegde op het eigendomsrecht van de eigenaar van de scheidingsmuur en men dit op dusdanige wijze deed dat daaruit blijkt dat men die muur gedeeltelijk zelf in bezit nam. Dergelijke daad van inbezitneming is dus een ernstig feit (P. Coppens, *l.c.*, 275), een ware aantasting van het eigendomsrecht waar de eigenaar van de muur zich tegen kan verzetten. Spreekt men van het zich verzetten tegen een bezitsaanmatiging door een derde, dan komt men bijna vanzelf terecht bij de eigendomsvordering gebaseerd op art. 544 B.W. en de bezitsvorderingen uit de artikelen 1370-1371 Ger.W. (P. Coppens, *l.c.*, 276, J. De Fre, noot onder Vred. Kontich, 1987, *T. Aann.*, 1989, 294. Zie over deze vorderingen o.a. H. Vuye, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, Die Keure, 1995).

Meteen is duidelijk waarom het louter voordeel halen uit de aanwezigheid van een eerder opgetrokken muur onvoldoende is om tot mandeligheid aanleiding te geven. Zoiets maakt immers geen inbreuk uit op het eigendomsrecht waartegen men als eigenaar via de eigendoms- of bezitsvordering iets kan doen. Het is overduidelijk dat het Hof van Cassatie de bezitsaanmatiging, die het naar voren schuift als criterium om tot gemeenmaking van een scheidingsmuur te besluiten, strikt opvat (L. Vereycken, *l.c.*, k. 1616-1617). Zo kan men bijvoorbeeld niet spreken van een bezitsaanmatiging wanneer een buur verf aanbrengt op de kant van de reeds bestaande muur die uitgaat op zijn tuin (Vred. Ukkel, 18 november 1986, *R.R.D.*, 1987, 273, met instemmende noot van P. Coppens; of wanneer men enkele nagels slaat in de muur om er de wasdraden aan te bevestigen (Vred. St.-Joost-Ten-Node, 10 september 1958, *J.L.*, 1959, 3646).

8. De vraag is nu hoe men dit criterium van het Hof *in concreto* invult. Dit is uiteraard een feitenkwestie waarover de rechtbank soeverein kan oordelen, binnen de perken weliswaar van de betekenis die het Hof van Cassatie aan deze juridische term geeft.

Het spreekt voor zichzelf dat het invullen van het criterium om tot mandeligheid te besluiten, geen problemen oplevert als de bouwwerken van de buur op of tegen de muur steunen. Zoiets maakt duidelijk een inbreuk uit op het eigendomsrecht van de buur waartegen deze zich kan verzetten. Neemt degene die de inbreuk pleegde de litigieuze werken niet weg, dan begaat hij een bezitsaanmatiging.

9. De zaken liggen minder eenvoudig als het gaat om een bouwwerk dat naast een bestaande muur wordt opgetrokken. In dat geval moeten een aantal situaties van elkaar onderscheiden worden.

Wordt er een ruimte gelaten tussen beide bouwwerken die elkaar nergens raken en kan het nieuwe bouwwerk op zichzelf staan, dan is men het er over het algemeen over eens dat er in dat geval geen sprake is van een bezitsaanmatiging.

ging.

Kan men echter tot verplichte mandeligheid besluiten in geval het tweede bouwwerk de eerste muur niet raakt, maar de eigenaar ervan wel voordelen kan putten uit de aanwezigheid van de oudere muur, omdat die het mogelijk maakt om zelf een dunnere muur op te trekken dan in geval het nieuwe bouwwerk volledig vrijstaand zou zijn? In die zin is er inderdaad rechtspraak te vinden (Rb. Brussel, 19 maart 1963, *Res Jura Imm.*, 1966, nr. 4219; Rb. Brussel, 7 november 1973, *J.T.*, 1974, 480; Rb. Dinant, 26 mei 1976, *Onuitgegeven*, dat aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 2 juni 1977, waarin men het feitenrelaas en het beschikkende gedeelte van dit vonnis kan nalezen, *R.W.*, 1977-78, 1613; Rb. Mechelen, 25 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 861). De Burgerlijke Rechtbank te Brussel, daarin gevolgd door die van Dinant, oordeelde dat men het begrip «inbezitneming» waarop de verplichting tot het mandelig maken van een muur gebaseerd is, moest aanpassen aan de moderne mogelijkheden die het bouwbedrijf bood en dat men zich daardoor niet meer mocht beperken tot de eis dat de nieuwe muur moet leunen tegen of steunen op de eerst opgetrokken muur. Integendeel, van zodra de tweede muur voordeel haalt uit de aanwezigheid van de oudere muur, zou er tot mandeligheid besloten moeten worden. Ook Stavaux vond in 1986 nog dat, indien men een economisch voordeel haalt uit een reeds bestaande muur, men kon spreken van een inbezitneming van de oudere muur (D. Stavaux, *l.c.*, 106).

De rechtspraak van het Hof van Cassatie gaat evenwel een andere richting uit. Zo werd de geciteerde beslissing van de Burgerlijke Rechtbank te Dinant door het Hof vernietigd (Cass., 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1613). De vermeldingen en vaststellingen uit het bestreden vonnis waren volgens het Hof niet van die aard dat men er een inbezitneming uit kon afleiden in de betekenis zoals het Hof dat begrip opvat. Het economisch voordeel dat men verkrijgt omdat men een dunnere muur kan optrekken, waarbij men vaak ook nog goedkoper materiaal kan gebruiken, vormt immers geen inbreuk op het eigendomsrecht waartegen men zich kan verzetten. Het Hof van Cassatie heeft er reeds herhaaldelijk uitdrukkelijk op gewezen dat men in dergelijk geval niet van een inbezitsaanmatiging kan spreken (zie o.a. Cass., 22 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 774; Cass. 23 oktober 1992, *R.W.*, 1994-95, 948) en de rechtspraak van de hoven en de rechtbanken volgen het Hof daarin (Vred. Tienen, 18 september 1992, *R.W.*, 1992-93, 470; Rb. Brugge, 3 juni 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 856; zie nochtans in tegengestelde zin: Rb. Mechelen, 25 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 861), ook al waren ze vroeger een andere mening toegedaan. Toch betreurt Declercq ook nu nog deze houding. Hij vindt dat constructies die op zichzelf niet volstaan om een volwaardige muur van een woning te zijn, omdat ze de weersomstandigheden uit ons klimaat niet lang kunnen weerstaan, gebruik maken van de essentiële functies van de scheidsmuur, wat aanleiding moet geven tot het mandelig maken van de betrokken dikkere muur (H. Declercq, *De gemene muur*, Brugge, Die Keure, 1991, 59).

10. Ten slotte zijn er nog wat men gemakshalve de grensgevallen kan noemen, waarbij er inderdaad op enige afstand van de eerder opgetrokken muur een bouwwerk wordt neergezet met een dunnere muur, waarna de ruimte die aldus tussen beide gebouwen ontstaan is op één of andere manier beveiligd wordt tegen waterinsijpeling. Het hier geannoteerde

vonnis valt voor een deel onder deze categorie. De rechtspraak is terzake nog steeds sterk verdeeld.

De Burgerlijke Rechtbank te Nijvel, oordelend als appelrechter, zag in het opvullen van een nauwe ruimte tussen twee muren met isolatiemateriaal en het afsluiten van de zij- en bovenkant van die ruimte door middel van zink en cement geen daad van bezitsaanmatiging die aanleiding kan geven tot mandeligheid (Rb. Nijvel, 29 maart 1988, *J.T.*, 1988, 365). Ook de Vrederechters van Kontich en van Asse kwamen in vergelijkbare gevallen tot dezelfde conclusie als de rechtbank van Nijvel (Vred. Kontich, 30 november 1987, *T. Aann.*, 1989, 289, met instemmende noot J. De Fre; Vred. Asse, 19 november 1991, *T. Vred.*, 1992, 168). Volgens Hansenne gaat deze rechtspraak duidelijk te ver en is er wel degelijk sprake van een bezitsaanmatiging waartegen de eigenaar van de eerst opgetrokken muur zich kan verzetten (J. Hansenne, *o.c.*, nr. 971, p. 989). Waarom dat precies zo is, wordt niet expliciet gezegd, maar het ligt voor de hand dat het feit dat het zink en het cement ook op de muur van de buur terechtkomen, voor hem aanleiding geeft tot een bezitsaanmatiging, omdat dit iets is waar men zich volgens hem als eigenaar tegen moet kunnen verzetten.

De Burgerlijke Rechtbank te Turnhout oordeelde evenwel dat het feit dat het isolatiemateriaal dat aangebracht werd in de vijf centimeter brede ruimte tussen beide bouwwerken, steunde op de bestaande muur, voldoende was om tot gemeenmaking van de muur te besluiten (Rb. Turnhout, 25 februari 1991, *Turnhouts Rechtsl.*, 1991, 48). In het geval dat aan de vrederechter te Kapellen werd voorgelegd, wees het deskundigenverslag uit dat de muur van de verweerder leunde op de funderingen van eisers muur, de ruimte tussen beide muren was afgedekt met loketlood, de isolatie die in de open ruimte werd aangebracht, over de hele oppervlakte raakte aan de muur van de eiser en dat de asfalten dakbedekking van de «achterplaats» werd ingebrand en gekleefd tegen de achterbouw van de eiser. De aanwezigheid van een daad van bezitsaanmatiging werd door de vrederechter afgeleid uit het feit dat de muur aanleunde op de fundering van de bestaande muur, wat vanzelfsprekend lijkt, maar ook uit het feit dat de dakbedekking op plaatsen ingebrand of vastgekleefd was aan de muur of het dak van de burens.

11. Zou Hansenne de houding van de Burgerlijke Rechtbank te Turnhout en van de Vrederechter van Kapellen – voor wat het de passage m.b.t. het loketlood en het asfalt betreft – ongetwijfeld toejuichen, Kokelenberg, Van Sinay en Vuye zijn een andere mening toegedaan. Zij voeren zelfs aan dat het aanbrengen van de isolatie gezien kan worden als een verbeterde bescherming van de muur van de eerste bouwer (J. Kokelenberg, T. Van Sinay en H. Vuye, *l.c.*, 1995, nr. 172, p. 707). Dit laatste speelt natuurlijk geen rol bij de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van een bezitsaanmatiging waartegen de eigenaar zich kan verzetten. Het vasthechten van een zinken bedekking of het smeren van cement op de rand van een muur lijkt ons in elk geval onvoldoende redenen om de buur tot de gemeenmaking van de muur te verplichten, maar het is in feite wel een inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar van de muur waaraan het zink vastgehecht wordt of waarop het cement voor een deel gesmeerd wordt.

Eisen dat het zink of het cement weggenomen worden, kan zeker stuiten op het verbod van rechtsmisbruik als men daardoor het goed isoleren van de muur van de buur onmogelijk

maakt. Het voordeel dat men wenst te verkrijgen door dergelijke maatregelen te eisen, is immers veel kleiner dan het nadeel dat men ermee veroorzaakt voor de nabuur, zodat men zijn eigendomsrecht niet uitoefent zoals het een normaal voorzichtig en redelijk mens betaamt (Cass., 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31; Cass., 18 februari 1988; *Arr. Cass.*, 1987-88, 790). Dergelijke inbreuken op het eigendomsrecht lijken dan ook niet door middel van een bezits- of eigendomsvordering te kunnen worden bestreden en horen dan ook niet thuis in de categorie van bezitsaanmatiging die aanleiding geeft tot het mandelig maken van muren op basis van art. 661 B.W., zoals die door het Hof van Cassatie omschreven werd.

*Ann Carette
Docent U.I.A.*

KANTTEKENING

Slotrede van het colloquium «Welke Justitiehervorming heeft Vlaanderen nodig», gehouden te Brussel, in het Vlaamse Parlement, op 16 mei 1998

Honderd jaar geleden, in 1898, werd de Gelijkheidswet goedgekeurd, die de gelijkwaardigheid, vastlegde tussen de Nederlandse en de Franse tekst van de wetgeving. Het was de eerste maal sinds het ontstaan van de Belgische Staat dat er althans op papier een gelijke status werd gegeven aan het Nederlands. Het was een van de grote symbolische stappen in de Vlaamse ontvoogding. Het was tevens de allereerste stap in het uiteenvallen van de Belgische Staat, aangezien de gelijkheid van het Nederlands door de Franstaligen nooit is aanvaard – «la Belgique sera latine où elle ne sera pas» –.

Het is deze niet-aanvaarding van de gelijkwaardigheid van het Nederlands, of moet ik zeggen de onkunde tot de openheid voor andere talen, openheid waarin de Vlamingen vooralsnog van niemand lessen te leren hebben, die heeft geleid tot de vraag van de Franstaligen naar de indeling van de Belgische Staat in taalgebieden, dit om Wallonië in staat te stellen zich in het Frans op te sluiten. Het is dat wat heeft geleid naar de taalwetgeving als bescherming tegen Franstalig imperialisme, want «entre le fort et le faible, c'est la loi qui libère et la liberté qui opprime». Het is dat wat heeft geleid tot het ontstaan van eigen Vlaamse instellingen, in Brussel of voor het hele Vlaamse land. Het is dat wat de Vlaamse natievorming, die volkomen normaal is, maar daarom nog niet gepredestineerd, onontkoombaar heeft gemaakt.

Honderd jaar na de Gelijkheidswet zijn nog steeds niet alle in België geldende wetten van vóór 1898 officieel in het Nederlands vertaald; nochtans wordt iedereen geacht de wet te kennen. Pour les Flamands la même chose?

Honderd jaar later is de kwaliteit van het Nederlands in de wetgeving erbarmelijk. Regelmatig zijn nieuwe wetsbepalingen onbegrijpelijk als men de Franse tekst er niet naast leest. De adviezen van de Raad van State in aangelegenheden die het departement Justitie aanbelangen zijn sinds de oprichting van de Raad van State gegeven door Franstalige staatsraden. Justitie is tot nog toe nog steeds één van de departementen met het laagste aantal Nederlandstalige ministers.

Honderd jaar later is het overgrote deel van de rechters in Franstalige kamers Nederlandsonkundig, en wordt stelselmatig vertaling gevraagd van Nederlandse gedingstukken, terwijl het omgekeerde in Vlaanderen zelden gebeurt. In het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad zijn alle Nederlandstalige magistraten minstens tweetalig, terwijl één derde van de magistraten wettelijk en feitelijk Nederlandsonkundig zijn, en van het derde dat wettelijk tweetalig zou moeten zijn, een groot aantal niet in het taalexamen is geslaagd, maar desondanks is benoemd omdat tot aan de komst van minister Declerck de taalwet gewoon niet werd toegepast. Wanneer we dan eindelijk ministers krijgen die de bestaande taalwet niet meer wensen te overtreden, blijkt dat zij in de plaats daarvan een andere «oplossing» voorbereiden: de afzwakking van de taalwet.

Honderd jaar later is de Nederlandstalige rechtzoekende benadeeld, omdat er in verhouding zowel tot het aantal inwoners als tot het aantal zaken minder plaatsen zijn voor in het Nederlands rechtsprekende magistraten, en is de Nederlandstalige kandidaat-rechter benadeeld omdat hij, gegeven het aantal inwoners, minder kans heeft op een benoeming of bevordering. In de Raad van State en het Hof van Cassatie krijgen wij, Nederlandstaligen, voor ruwweg twee derde van de zaken, slechts de helft van de magistraten.

Honderd jaar later staat zelfs de formele gelijkheid van het Nederlands op het spel, en dreigt alles wat we in België hebben veilig gesteld, in Europa verloren te gaan, omdat Vlaanderen geen rechtstreekse stem heeft in Europa en afhankelijk blijft van een federale administratie om haar belangen te verdedigen. Reeds nu heeft de federale overheid op verscheidene vlakken het Nederlands ook officieel tot een tweederangstaal laten degraderen.

Honderd jaar later blijkt dat ook de organisatie van de Justitie, zoals omzeggens alle federale departementen, ondoorzichtig wordt gehouden, omdat deze ondoorzichtigheid de benadeling van Vlaanderen dient te verbergen en daarmee de financiële transferten van de Nederlandse naar de Franse Gemeenschap, die de op één na laatste bestaansreden van de Belgische Staat vormen.

En toch kom ik hier niet om te klagen.

Als Vlamingen, Zuid-Nederlanders, zijn wij hier samengekomen om ons te bezinnen over de vraag welke Justitiehervorming wij nodig hebben. Wij houden deze bezinning op de plaats waar zij hoort te geschieden in een democratie: onder de glazen koepel van een Parlement. Terwijl op Belgisch niveau de Justitiehervorming wordt voorbereid in de beslotenheid van een conclaaf, met uitgekozen partners, omdat op dat niveau een parlementaire democratie niet meer mogelijk blijkt, kiezen wij voor de openheid, zonder exclusieven. Wij kijken vooruit, naar een verdergaande Justitiehervorming dan de huidige. Niet omdat de hervorming die nu op stapel staat niet nodig is, en evenmin omdat wij a priori zouden menen dat zij de verkeerde kant opgaat. Integendeel, voor zover wij op de geruchten mogen voortgaan, zijn de basiskeuzes die worden gemaakt ook de onze: een taalkundig gesplitste en evenwichtig samengestelde, gedepolitiseerde Hoge Raad, een geïntegreerde lokale politie onder democratische controle. De uitvoering van deze basiskeuzes vergt echter ook dat eindelijk de lat gelijk wordt gelegd tussen Vlaanderen en Wallonië. Het kan niet zijn dat de lokale politie in Vlaanderen grotendeels door de gemeenten wordt betaald en in Wallonië grotendeels door de federale

staat, d.w.z. met voor het grootste deel Vlaams geld. Het kan evenmin zijn dat Vlaanderen, dat sowieso in verhouding tot zijn bevolking veel meer inkomsten levert aan de federale overheid, nog niet eens een aan zijn bevolking evenredig aandeel van de rechters en van de gelden voor rechtshulp krijgt.

Wij kijken vooruit, omdat wij voor ons land, Vlaanderen, een ander justitiebeleid wensen dan dat van een urgentiekorps van de brandweer. Wij kijken vooruit, omdat wij voor Vlaanderen een ander gerecht willen dan dat van Napoleon, omdat wij een gerecht willen dat op de eerste plaats een openbare dienst is en geen staatsmacht of meer nog staatsbehoudende macht.

Wij kijken vooruit omdat wij willen dat ons recht wordt verrijkt door de openheid voor andere culturen in plaats van achternahinkend in zijn slaafsheid aan het Franse model. Wij wensen een land en een gerecht om fier op te zijn in plaats van één dat wordt bespot, niet alleen wegens zijn onbekwaamheid en corruptie, maar ook wegens zijn achterlijkheid op juridisch gebied. Hoe komt het dat niemand in het Belgische recht is geïnteresseerd terwijl het Nederlandse in grote delen van de wereld wordt bestudeerd? Hoe komt het dat onze Vlaamse rechtsfaculteiten op wereldniveau staan, maar er van het Belgische recht geen enkele uitstraling uitgaat? Hoe komt het dat ongeveer de enige pluim die we internationaal op onze hoed kunnen steken de bestrijding van de anti-persoonsmijnen betreft, resultaat van het pacifisme dat in Vlaanderen sterk staat, maar voor het overige botst op de Waalse onwil om iets te doen tegen de wapenuitvoer.

En durf niet te zeggen dat de Vlaamse Beweging aan antipolitiek doet of onverantwoorde uitspraken doet.

De Vlaamse Beweging is nooit antipolitiek geweest, maar altijd een bij uitstek politiek project, een democratisch project van een Gemeenschap waarin men thuis kan zijn omdat er een gemeenschappelijke taal, het Nederlands, wordt gesproken. Antipolitiek daarentegen is de houding die de eigen mening promoveert tot weldenkendheid of *political correctness*, die meningen strafbaar stelt, die het project van een natie diaboliseert, die de Belgische Staat liefheeft omdat ze juist geen natie, geen polis is. Wij hebben meer politiek bewustzijn nodig, maar voor *political correctness* zullen wij nooit zwichten. Antipolitiek zijn niet diegenen die de problemen scherp stellen, maar zij die weigeren ze te verhelpen.

De Vlaamse Beweging heeft haar verantwoordelijkheid genomen vóór de politici en de «weldenkenden» van vandaag dat deden. Het zijn de Vlaamse verenigingen die gevochten hebben voor de depolitisering van het openbaar ambt – mag ik eraan herinneren dat het eerste manifest uitging van het Verbond der Vlaamse Academië – , voor de depolitisering van de magistratuur – mag ik herinneren aan de strijd van de Vlaamse Juristenvereniging. Onverantwoord zijn diegenen die om een overleefde Belgische staatsstructuur te behouden, hebben geweigerd deze problemen ernstig te nemen.

Wij vragen dat ook op het gebied van Justitie de echte problemen worden aangepakt, ook nadat de «*état de grâce*» van sommige van onze politici voorbij zal zijn:

- overmatige wetgeving;
- feodale inrichting van het gerecht, meer geïnteresseerd in hiërarchie en prerogatieven dan in rechtsbedeling, maar ook sedert decennia verwaarloosd door de politiek;
- de gerechtelijke achterstand, die neerkomt op rechtswijgering door de overheid, en die b.v. voor de Raad van Sta-

te hallucinate proporties heeft aangenomen;

- het gebrek aan een Hooggerechtshof dat rechtsvragen ten gronde aanpakt en zijn beslissingen behoorlijk motiveert;
- gebrek aan mogelijkheden om voldoende op te treden tegen onbekwaamheid en beroepsfouten;
- wetgever en rechter die de hete aardappels naar elkaar toegooien, met als gevolg *Überforderung* van de rechter, zeker in het Arbitragehof en de Raad van State;
- litigomanie en overdreven beroep op de rechter, omdat andere conflictbeheersingsmechanismen niet werken en de burger door zijn individualisme steeds meer eist en niet geeft;
- normvervaging in gerechtelijke en andere overheidsdiensten;
- vervolgingsbeleid zonder samenhang en verantwoording;
- archaïsche en weinig zinvolle strafuitvoering;
- gebrekkige mogelijkheden tot tenuitvoerlegging van beslissingen;
- gebrek aan efficiënte corruptiebestrijding;
- inflatie aan allerlei subjectieve rechten waar geen plichten tegenover staan of die de levenswereld politiek koloniseren;
- de «Latijnse» hang naar overdreven controle en procedure, die maakt dat er geen efficiënte controle geschiedt waar nodig;
- het gebrek aan interesse voor een samenhangende wetgeving, samengebracht in grotere gehelen als wetboeken;
- om nog te zwijgen van het ontbreken van enige aanzet tot ernstige hervormingen in grote delen van het privaatrecht.

Welnu, deze «echte» problemen van Justitie zijn communautaire problemen. Zij zijn communautaire problemen zoals omzeggens alle andere echte problemen dat zijn: werkgelegenheid, gezondheidszorg, gezinsbeleid, milieubeleid, verkeersbeleid, enzovoort. Zij zijn communautaire problemen, niet omdat zij enkel in Wallonië zouden voorkomen en niet in Vlaanderen – dat gaat U mij niet horen zeggen –, en ook niet omdat we het zelf altijd beter zouden doen, maar omdat de oplossing ervan geblokkeerd wordt doordat het Belgische kader niet meer werkt en geen fundamentele hervormingen mogelijk maakt, andere dan defederalisering.

Op het 38e congres van de Vlaamse Juristenvereniging in april jl. was het slotrapport een pleidooi voor een fundamentele hervorming van ons publiciteitsstelsel inzake onroerend goed. De Vlaamse overheid demonstreerde hoever zij reeds stond met het Geografisch Informatiesysteem Vlaanderen (GIS). De noodzakelijke infrastructuur voor een echte grondboekhouding is aanwezig, maar de bevoegdheden ontbreken. Intussen ploeteren wij voort met een reeks naast elkaar bestaande administraties die nog bijna werken zoals toen ze werden opgericht, in de tijd van Napoleon. De parlementaire geschiedenis leert ons dat de francophilie van een deel van België een eeuw geleden reeds nuttige hervormingen op dit gebied heeft tegengehouden, en wel omdat het onze juristen zou verplichten Duitse en Nederlandse auteurs te gaan lezen in plaats van Franse!

De echte problemen zijn dus wel degelijk communautaire problemen. En wij, Vlaamse verenigingen, zijn de communautaire problemen beu. Wij wensen eindelijk eens in een normaal land te leven, een land dat behoorlijk wordt bestuurd, waarin er voldoende culturele homogeniteit is die nodig is als draagvlak voor de democratie, waarin voor de democratie het openbaar leven mogelijk is omdat men, letter-

lijk of figuurlijk, dezelfde taal spreekt. Wij wensen deze problemen te kunnen aanpakken zonder voortdurend te worden gehinderd door de Napoleontische rechtscultuur die in België nog steeds overheerst, met alle uitwassen van dien. Mag ik de huidige minister van Justitie citeren, in beter dagen misschien: «wij moeten onze Waalse vrienden voor de keuze plaatsen: ofwel doe je mee, ofwel doe je niet mee en dan gaan we alleen», waarna hij vaststelde dat dit een onvermijdelijke evolutie is.

Inderdaad, beste vrienden, de Vlaamse staatsvorming is onvermijdelijk geworden. Zij is dat niet omdat dit al eeuwen in de sterren geschreven stond, zij is dat niet omdat wij biologisch een apart volk vormen, zij is dat omdat de cultuurverschillen zo groot zijn geworden en het respect voor het Nederlands en zijn taalgebied bij de Franstaligen zo klein is gebleven. Zij is dat niet omdat de Vlamingen over alles hetzelfde denken, maar juist omdat zij een kader willen scheppen waarbinnen zij van mening kunnen verschillen en de democratie kunnen laten spelen. Zij is dat niet omdat in Vlaanderen alles beter is, maar omdat wij een kader nodig hebben waarin een democratische besluitvorming mogelijk is, in plaats van een besluitvorming gebaseerd op grote compromissen tussen machtspartijen gesloten in conclaven.

Het alternatief van het gebruik van de Vlaamse meerderheid in België bestaat niet meer. Het heeft nooit bestaan, omdat er altijd teveel Vlamingen geweest zijn die omwille van de lieve vrede met de Franstaligen hebben meegedaan. En diegenen die pleiten voor het gebruik van de Vlaamse meerderheid zijn in grote meerderheid ook diegenen wier partijen die meerderheid nooit hebben willen gebruiken, ja ze grondwettelijk hebben verkwanseld. Een Vlaamse minister van Justitie is wel een noodzakelijke voorwaarde geweest om eindelijk eens Justitie te dynamiseren, maar helpt blijkbaar niet om de communautaire scheeftrekkingen aan te pakken, ja zelfs niet eens om de taalwet in gerechtszaken in stand te houden. Het argument van de Vlaamse meerderheid is op zijn best een uiting van een machiavellisme dat ik niet deel, omdat ik ook de Walen hun soevereiniteit gun, op zijn slechtst een drogreden om de Vlamingen koest te houden. De lieve vrede wordt maar bewaard wanneer men niet meer wordt verplicht het eens te zijn tegen wil en dank, wanneer elke Gemeenschap zijn eigen weg kan gaan. Het is eerst vanuit de eigen autonomie dat men zinvol gemeenschappelijke zaken kan ondernemen.

Laat U ook niet inpakken door de jongste strategie van verknechting die wordt gebruikt: de culpabilisering. Waar argumenten ontbreken, komen de verdachtmakingen boven. Laat U niet in de war brengen door beschuldigingen van collectief egoïsme. Solidariteit is het toverwoord dat echte gemeenschapsvorming moet verhinderen. Géén solidariteit zonder soevereiniteit, repliceerde onlangs terecht Ludo Abicht. En er is nog niemand in geslaagd mij uit te leggen waarom wij aan de Franstaligen in België meer solidariteit verschuldigd zouden zijn dan aan de rest van Europa, en waarom alleen wij voor die solidariteit zouden moeten opdraaien. Zijn we die misschien verschuldigd voor de grote eerbied die zij aan de dag hebben gelegd voor onze taal en onze cultuur, of mogen we misschien eerst eens eisen dat er een einde komt aan de huisvredebreuk in Vlaams-Brabant en de achterstelling van het Nederlands te Brussel?

Omdat er geen andere weg meer is en wij ons niet meer laten inpakken, starten wij vandaag onze bedrijvigheid voor

Vlaamse Justitie. Onze prioriteiten kunnen duidelijk worden gesteld: rechtbedeling is grotendeels een dienst aan personen en vindt omzeggens steeds in één bepaalde taal plaats. Alle persoonsgebonden bevoegdheden inzake Justitie horen te worden uitgeoefend door de Gemeenschappen. Of de Walen en Franse Brusselaars zich daarbij als één of twee Gemeenschappen voelen, moeten ze in de eerste plaats zelf uitmaken. Zelfs indien een communautarisering de Franse Gemeenschap zou versterken – en dat valt nog te bezien, aangezien Franstalig Brussel en Wallonië zo langzaam wel tot twee aparte Gemeenschappen zijn uitgegroeid, ook grondwettelijk – dan is het nog altijd de enige oplossing die ervoor zorgt dat Vlaanderen kan worden doorgetrokken in Brussel. In domeinen zoals de rechtsbedeling, waarin afzonderlijke unicommunautaire instellingen op één grondgebied kunnen werken, is dit geen probleem. De splitsing van de balie heeft dit aangetoond en kan model staan voor de nakende splitsing van de hoven en rechtbanken te Brussel. Dit laatste vraagstuk staat geheel los van de kwestie van de taalwet in gerechtszaken. In het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad dienen immers alle openbare diensten waarin er geen waterdichte garantie is dat de Vlamingen niet tegen hun zin met een Franstalige dienst worden geconfronteerd, tweetalig te zijn, dus ook de rechters en het parket.

Persoonsgebonden materies bij uitstek in Justitie zijn dan ook de organisatie en benoeming van het magistratenkader (waarom zou niet elke Gemeenschap zelf bepalen hoeveel rechters ze wil en deze ook betalen?; elke Gemeenschap moet dan ook zijn eigen Hoge Raad voor Justitie krijgen), de rechtshulp (de Raad van State heeft een totaal ongeloofwaardig smoesje moeten bedenken om te kunnen beweren dat deze niet reeds vandaag een zaak is van de Gemeenschappen), de strafuitvoering (die nauw verbonden is met bevoegdheden inzake welzijn), e.d.m.

De lokale politie anderzijds is een bevoegdheid die duidelijk samen met de Gemeentewet moet worden gedefederaliseerd, deze laatste in uitvoering van het Sint-Michielsakkoord, dat door de daarbij betrokken partijen nog steeds met de voeten wordt getreden. In Brussel gaat het best om één lokaal korps voor de negentien gemeenten.

Een andere bevoegdheid die spoedig naar de Gewesten moet worden overgeheveld, is die betreffende het juridisch en fiscaal statuut van het onroerend goed en de desbetreffende administratie en grondboekhouding.

Een vrij verregaande defederalisering van Justitie is ook met behoud van een Belgisch federaal kader bestaanbaar. Dit blijkt uit de rechtsvergelijkende uiteenzettingen van vanmorgen. Dit wil niet zeggen dat wij enige reden hebben om dat kader op termijn te behouden, maar enkel dat wie dat wil behouden daarmee nog geen goede smoes heeft om de defederalisering van Justitie tegen te houden.

Meer en meer beseft men, in het buitenland wellicht nog meer dan in België, dat de Belgische Staat onvermijdelijk verder zal verwasemen; internationaal is de tendens naar het uiteenvallen van koloniale multiculturele staten nog volop bezig. Eerst daardoor is een nieuwe gemeenschapsvorming mogelijk in dit tijdperk van globalisering. Wij hebben geen enkele reden om dit proces tegen te houden, alleen is waakzaamheid geboden over de wijze waarop het zal gebeuren. Het gaat er niet om zich op te sluiten in een klein staatje – wie dit beweert is intellectueel oneerlijk: nauwelijks één land ter wereld is opener naar het buitenland en er meer mee ver-

vlochten dan Vlaanderen. Wie de internationale gelijkwaardigheid van het Nederlands – en daarmee ook het recht op een eigen taalgebied, zoals ook andere taalgemeenschappen dat hebben – erkent is bij ons welkom, ongeacht wat hij thuis spreekt. Wij willen evenmin een arm Wallonië aan onze grenzen. Vlaanderen heeft steeds betaald voor Waalse welvaart en is onder bepaalde voorwaarden bereid dat te blijven doen. Enkel dient de samenwerking met Wallonië te gebeuren op basis van vrijwilligheid, waarbij elk land vrij is zichzelf te besturen voor die zaken waarin er niet daadwerkelijk een gemeenschappelijke wil is, behalve daar waar geen van beide Gemeenschappen exclusiviteit kan opeisen, namelijk te Brussel. Wij hebben geen schrik van de Franstaligen; indien wij de nodige autonomie krijgen om ons zelf als Vlamingen, als Zuid-Nederlanders te organiseren, kunnen wij de concurrentie aan – kijk maar naar het succes van de afzonderlijke Nederlandse balie te Brussel. Tegelijk willen wij het kompas op het Noorden gericht houden en dus ook op juridisch vlak de samenwerking met Nederland ernstig kunnen uitbouwen.

Tweehonderd jaar na de Boerenkrijg, zoals zovele zaken doodgezwegen omdat «voor outer en heerd» niet strookt met de *political correctness* van de weldenkenden, honderd jaar na de Gelijkheidswet, zingen wij dan ook:

Dit is de tijd dat van land tot land, de stormwind waait
Die zucht van eeuwen lijden, die zuiv'ren zal
En 't kaf van 't koren scheiden, dat schrijlings op een wolkenrand
Voor nieuw geloof, de nieuwe eng'len rijden: dit is de tijd!

Dit is de tijd dat van straat tot straat, de boodschap kruipt
Dat tirannen moeten wijken, dat jonge handen nieuwe maten iken
Dat morgen als de gongslag slaat, de meters zijn
Voor armen en voor rijken: dit is de tijd!

Dit is de tijd dat van huis tot huis, de zekerheid groeit
Dat 't ergste is geleden, de zekerheid dat 't hardste is gestreden
En 't oude spel van 'kat en muis' verleden wordt
Waarover walsen reden: dit is de tijd!

M.E. Storme

Voorzitter Overlegcentrum van Vlaamse Verenigingen

BOEKEN

M.C. FOBLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER (red.), **Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht**, Leuven, Acco, 1998, 266 pp.

In de talkshows van de Goedeles, de Marlènes en de Jannen wordt meestal op een hetzerig toontje het verschil tussen allochtonen en autochtonen in de verf gezet. Het is dan ook verfrissend na al dat *gesundenes Volksempfinden* eens de stemmen te horen van mensen die het fenomeen op een meer objectieve manier benaderen. Twaalf academici uit Noord en Zuid hebben een deelaspect van de problematiek, namelijk de wisselwerking tussen de migranten en het recht, bestudeerd en hun bevindingen gebundeld in een vlot leesbaar boekwerk.

In een inleidend hoofdstuk beperken Bernard Hubeau (UIA) en C.A. Groenendijk (KU Nijmegen) zich tot vrij algemene beschouwingen. Daarna geven telkens een Vlaming en een Nederlander hun visie over één bepaald thema. ZO komen achtereenvolgens onder-

wijs, ruimtelijk beleid, de inburgering, het personen- en familie-recht en de contractuele verhoudingen aan bod, A.C. 't Hart (RU Leiden) zorgt voor een kritische uitleiding.

Politici die ervan dromen om inburgeringscontracten in te voeren, moeten zeker het kritische opstel van L.M. Mulder (Universiteit van A'dam) lezen. Deze geeft een zeer goed beeld van de zwakke plekken van een dergelijk beleid. Het artikel van E.M. Peeters (Nederlands Ministerie van Volkshuisvesting) m.b.t. de woonsituatie van culturele minderheden in Nederland kan dan weer partijen inspireren die gettovorming (sic) willen bestrijden.

Ons is opgevallen dat vooral Islamiëten het recht kleuren. Het dragen van hoofddoeken, de rituele slachtingen e.d. passeren dan ook meermaals de revue. De orthodoxe joden bedekken echter ook het hoofd, respecteren strenge spijswetten en dito kledingvoorschriften. Voor een buitenstaander verschillen zij in niets van vrome soennieten en sjiiëten. En doch duiken ze nauwelijks op in de rechtspraak. Verstaan de kinderen Israëls na honderden jaren van pogroms de kunst om zich onzichtbaar te maken? Aanvaarden wij het keppeltje in onze scholen omdat we ons generen voor het aandeel van sommige landgenoten in de barbaarse holocaust? Of verdragen wij niet dat Islamiëten zich *willen* integreren? Op dergelijke vragen hebben we jammer genoeg geen antwoord gevonden.

Het heeft ons ook getroffen dat sommigen de godsdienstvrijheid nogal ruim interpreteren. Via grondrechtengymnastiek wordt gepoogd de lezer ervan te overtuigen dat migranten hun geloof overal - bv. ook op de werkplek - moeten kunnen belijden of uiten. Wie een dergelijk standpunt inneemt, gaat echter voorbij aan de consequentieverplichting (zie o.a. F. Gamillscheg, «Die Grundrechte im Arbeitsrecht», *AcP*, 1964, 438): de katholiek-traditionalistische apothekersassistent weet op het moment dat hij in dienst treedt dat hij misschien voorbehoedsmiddelen zal moeten verkopen; de gelovige muzelman moet beseffen dat men in een scheikundig bedrijf niet zonder gasmasker kan, zodat zijn baardgroei niet al te welig mag tieren.

Waarom worden de standpunten van de specialisten inzake mensenrechten meestal door de religie belast? De gelijkheid tussen de gelovigen en tussen de gelovigen en de niet-gelovigen kan in een aantal gevallen ook worden bewerkstelligd door een laïcisering van het recht. Hiervoor zijn geen al te ingrijpende maatregelen nodig. In de relatie werknemer-werkgever kunnen bv. een aantal feestdagen en dagen van klein verlet worden vervangen door onbetaalde vakantiedagen. Christenen kunnen deze dan gebruiken om hun doden te herdenken, moslims om deel te nemen aan het Suikerfeest, Israëliëten om Purim te vieren, enz.

Een laatste bemerking over dit overigens uitstekend boek betreft de keuze van de auteurs. In een werk over migranten was een stem vanuit deze hoek welkom geweest.

Patrick Humblet

MEDEDELINGEN

Studiedag: Afgeleide produkten

De Europese Vereniging voor Bank -en Financieel Recht (EVBFR-Belgium) organiseert op donderdag 1 oktober 1998 een studiedag over de «Afgeleide produkten».

Inlichtingen en inschrijving: mevr. Laurie Lanoye, Voorzitter EVBFR-Belgium, tel.: 02/565.20.85 en fax: 02/565.27.54.

Congres: Grensoverschrijdende milieuproblemen

Op 1 oktober 1998 organiseert de Onderzoeksgroep Grensoverschrijdend milieurecht van de Onderzoeksschool Ius Commune een congres «Grensoverschrijdende milieuproblemen, uitdagingen voor de nationale en internationale rechtsorde».

Inlichtingen: prof. dr. K. Deketelaere, Instituut voor Milieu- en Energierecht, Katholieke Universiteit Leuven, Tel: 00 32 16 325187. Fax: 00 32 16 325482 of mevr. P. Vranken, METRO, Universiteit Maastricht. Tel 00 31 43 3883230, Fax: 00 31 43 3259091.

De INTERUNIVERSITAIRE WERKGROEP EUROPEES ARBEIDSRECHT
(Antwerpen - Amsterdam - Bremen - Strasbourg - Utrecht)
organiseert op 19 en 20 november 1998 te Antwerpen

Een **COLLOQUIUM** over:

**'Europese ondernemingsraden. De Europese ondernemingsraad juridisch
doorgelicht: naar een amendering van de Richtlijn 94/45 EG?'**

Dit tweedaagse colloquium wil een bijdrage leveren tot de voorbereiding van de evaluatie van de richtlijn 94/45 in 1999. De tweedelige structuur van de studie- en vormingsbijeenkomst moet helpen dit doel te realiseren. In een eerste gedeelte wordt een kritische analyse gemaakt van de richtlijn en van de implementering in het Belgisch, Nederlands, Duits en Frans recht. Hierbij aansluitend wordt de rechtsproblematiek meer concreet beoordeeld doorheen de bespreking van gevallenstudies van vier belangrijke Europese ondernemingsraden.

Het tweedaagse colloquium vindt plaats op de campus van de Universitaire Instelling Antwerpen. Het inschrijvingsgeld bedraagt BEF 8000 (inclusief de documentatiemap, het referatenboek en de lunch op 19 en 20 november).

**Voor meer informatie over dit colloquium kunt u terecht bij Mw. E. Mc Donald,
coördinator (tel. 03/820.29.25 - fax 03/820.29.29 - e-mail: mcdonald@uia.ua.ac.be).**

Het referatenboek wordt uitgegeven door INTERSENTIA Rechtswetenschappen,
Churchilllaan 108, B-2900 Schoten (Antwerpen).

Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector

Een confrontatie tussen recht en praktijk

R. Stockman (ed.)

"Reeks Recht en Geneeskunde" – ISBN 90-5095-036-1 – 136 blz – BEF 850

Medewerkers in de welzijns- en gezondheidszorg komen tijdens de uitoefening van hun beroep heel wat te weten over de personen die hun toevertrouwd worden. Niet alleen zijn ze op de hoogte van de gezondheidstoestand van de patiënt, ze hebben ook informatie over diens woonplaats, beroep, financiële situatie, enz. Deze informatie valt onder het beroepsgeheim en aangezien iedereen recht heeft op de eerbiediging van zijn privé-leven, kan de verkregen informatie in principe niet aan anderen worden meegedeeld. Als zorgverlener wordt men dagelijks geconfronteerd met situaties waarbij anderen die vertrouwelijke informatie willen bekomen. Hoever kan men gaan in het meedelen van vertrouwelijke informatie zonder daarbij in de fout te gaan? In de relatie arts-patiënt zijn er recente evoluties inzake het beroepsgeheim. Hoever reikt de informatieplicht van artsen en wat is het informatierecht van de patiënt? Kunnen artsen en andere zorgverleners zich nog blijven verschuilen achter een strikt legalistische interpretatie van de geheimhoudingsregel? Deze en nog vele andere vragen worden in deze nieuwe uitgave beantwoord door vooraanstaande academici en praktijkmensen, die dagelijks met deze problematiek geconfronteerd worden.

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

Churchilllaan 108 • 2900 Schoten (Antwerpen) • Tel.: 03/680.15.50 • Fax: 03/658.71.21

Corporate Governance

Het Belgische perspectief

HET INSTITUUT VOOR BESTUURDERS

ISBN 90-5095-047-7; 246 blz; ±1.250 BEF

Verschijnt midden oktober 1998

Het nieuwe verschijnsel "corporate governance" is niet meer weg te denken uit de actualiteit en stelt het bedrijfsleven voor nieuwe uitdagingen. Corporate governance heeft immers te maken met het besturen van ondernemingen en het afleggen van verantwoording over dit bestuur. Corporate governance vertoont heel wat raakvlakken met diverse domeinen maar centraal staat de verdeling en de uitoefening van macht binnen een onderneming. Corporate governance - overgewaaid uit de Verenigde Staten - kan de laatste jaren ook in Europa op een groeiende belangstelling rekenen. In België resulteerde het corporate governance debat in drie codes, opgesteld door het Verbond van Belgische Ondernemingen, de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en de Beurs van Brussel.

Dit boek beoogt dan ook een inzicht te verschaffen in deze actuele thematiek.

In een eerste hoofdstuk zien we de Belgische normen geplaatst in het bredere kader van de internationale aanbevelingen en ervaringen inzake corporate governance; nadien worden de Belgische aanbevelingen diepgaand onderzocht, met aandacht voor de betekenis ervan voor de Belgische ondernemingen. Op basis van een eerste analyse van de jaarverslagen wordt vervolgens nagegaan in welke mate de ondernemingen zich reeds conformeerden aan deze recent gepubliceerde codes. Daar het debat rond corporate governance in belangrijke mate gestimuleerd is, ja zelfs ontstaan is onder druk van institutionele beleggers en algemeen het aandeelhouderschap een indicatie is van de feitelijke machtstructuren in een vennootschap, worden deze thema's ook vanuit Belgisch perspectief onderzocht.

Met bijdragen van H. De Wulf, A. Levrau, D. Meeus, L. Van den Berghe, C. Van der Elst, L. H. Verbeke, E. Wymeersch

inter
sentia