

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

J.W.J. DE KORT, Vervreemding van aandelen door particuliere aandeelhouders onder het WIB

1267

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Taalgebruik** – **Gerechtszaken** – Taal van de rechtspleging – Wijziging Arbitragehof, 4 november 1998 1274

Makelaar en commissionair – Vastgoedmakelaar – Bescherming van beroepstitel en reglementering van beroepsuitoefening – Overgangsregeling – Verstrijken van termijn van regularisatie

Cass., 16 januari 1998 1276

Wegverkeer – Ademtest – Bewijs – Vermelding dat de ademanalyse werd verricht overeenkomstig de reglementaire voorschriften

Cass., 21 april 1998 (*met noot van T. Ongena*, «Over het recht op een tweede ademanalyse of hoe de vermelding van een recht zelf ook een recht kan zijn») 1277

Gezinsbijslag – Verblijf in België – Opvoeding in het buitenland

Cass., 4 mei 1998 1280

Overeenkomst – Dwaling – Verhuring van ontvangtoestel dat wettelijk niet is toegelaten

Hof Brussel, 24 mei 1996 1281

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Failissementsvonnis – Derdenverzet – Termijn

Hof Antwerpen, 2 november 1998 (*met noot van S. Loosveld*, «Het toepassingsgebied van art. 14 Faill.W.») 1281

Bescherming van het loon – Jaareindepremie – Einde arbeidsovereenkomst – Betalingstijdstip nog verschuldigd loon – Misdrijf – Schade – Schadevergoeding – Specifiek herstel – Vergoedende interest

Arbh. Gent, 3 april 1996 1284

Beslag en executie – Uitvoerbare titel – Hypotheekakte – Handlichting hypothecaire inschrijving – Gevolgen

Rb. Antwerpen, 8 februari 1999 1284

Voorrechten – Voorrecht van de onderaannemer – Onderaannemer – Sub-onderaannemer

Kh. Hasselt, 26 november 1998 (*met noot*) 1285

Gerechtelijk akkoord – Plan – Goedkeuring door de schuldeisers – Meerderheid – Bepaling

Kh. Gent, 23 oktober 1998 1286

1. Verjaring – Vijfjarige verjaringstermijn van art. 2277, vierde lid, B.W. – Toepassingsgebied – Periodiek weerkerende schulden die het karakter van een inkomen hebben – Onroerende voorheffing – **2. Afstand van recht** – Huur – Huurwaarborg die strekt tot nakoming van alle huurdersverplichtingen – Procedure tot vaststelling van huurschade en vrijgave van huurwaarborg – Afstand van het recht achterstallige onroerende voorheffing te vorderen

Vred. Torhout, 19 maart 1996 1287

Handelshuur – Toepassingsgebied – Verstrekken van prestaties – Contact met het publiek – Landmeter – Contractueel beding van toepasselijkheid van de Handelshuurwet

Vred. Diest, 30 september 1996 1288

Europese Rechtspraak in kort bestek

E.E.X. – Arbitraal belang (art. 1 § 2 (4) – Begrip «voorlopige maatregelen» (art. 24)

H.v.J., 17 november 1998 (*door I. Couwenberg*) 1290

Sociale politiek – Overgang van ondernemingen – Behoud van rechten van werknemers – Richtlijn 77/187 EEG – Overgang van onderneming die in vrijwillige of gerechtelijke vereffening verkeert – Bevoegdheid van de vervreemder en verkrijger om werknemers op economische of technische gronden te ontslaan – Ontslagen kort voor overgang en door de verkrijger niet overgenomen werknemers – Onwettigheid van het ontslag – Arbeidsovereenkomst te beschouwen als nog bestaand ten opzichte van de verkrijger

H.v.J., 12 maart 1998 (*door W. Rauws*) 1290

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Ouderdoms- en rustpensioen – Berekeningswijze – Pensioenleeftijd

H.v.J., 30 april 1998 (*door W. Rauws*) 1291

E.E.X. – Litispendentie (art. 21) – Begrip «dezelfde partijen»

H.v.J., 19 mei 1998 (*door I. Couwenberg*) 1291

E.E.X. – Internationaal vervoer onder cognossement – Begrip «verbintenis uit overeenkomst» (art. 5, § 1) – Begrip «plaats van het schadeverwekkende feit» (art. 5, § 3) – Pluraliteit van verweerders (art. 6, § 1)

H.v.J., 27 oktober 1998 (*door I. Couwenbergh*) 1292

Kanttekening

K. Martens, De nietigverklaring van het kerkelijk huwelijk op basis van een psychiatrisch verslag: over deontologie en onrechtmatige daad 1293

Boeken

G. Kellens en A. Lemaître, Criminologie et société. Le criminologue dans la Cité hier, aujourd'hui, demain (*door N. Siron*) 1296

F. Gotzen (ed.), Merken en mededinging (*door H. Vanhees*) 1297

P. Vrancken, De deontologie van de griffier van de rechterlijke orde (*door J. Luyckx*) 1297

I. Verougstraete en E. Forrier (red.), De Larcier Wetboeken, zeven delen plus cumulatieve registers (*door J.R.R.*) 1297

B.J. Van Ettekoven en A.R.E. Schram, Jurisprudentie schadevergoeding in het bestuursrecht (*door P. Popelier*) 1298

L.F.M. Besselink en H.R.B.M. Kummeling (eds.), Grenzen aan grenzenloosheid. Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie (*door W. Vandenhole*) 1298

Mededelingen

De verticale integratie van het openbaar ministerie en het federale parket 1298

Engelstalige zomercursussen Universiteit Amsterdam 1298

Studiedag: het wetgevingsbeleid in België 1298

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,
M. van Damme, 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
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..

Advocatenkantoor Ghysels, Flamey & Empereur

te Brussel zoekt voltijds

twee medewerkers en/of stagiairs

met belangstelling voor het administratief recht in het algemeen, milieurecht, stedenbouw, overheidsopdrachten en onteigening in het bijzonder, voor medewerkers strekt een balie-ervaring van twee jaar tot aanbeveling.

Curriculum vitae sturen naar
Ghysels, Flamey & Empereur
Aarlenstraat 25 te 1050 Brussel
tel. 02/230.37.57 - fax 02/230.55.15

VERVREEMDING VAN AANDELEN DOOR PARTICULIERE AANDEELHOUDERS ONDER HET WIB¹

I. INLEIDING

Aandeelhouders genieten de vruchten van hun aandeelhouderschap over het algemeen in de vorm van dividenden, met alle inkomstenbelastingconsequenties vandie. Daarnaast is het mogelijk dat de aandeelhouder zijn aandelen vervreemdt, hetgeen wil zeggen dat hij de rechten verbonden aan de aandelen, geheel of gedeeltelijk, doet overgaan in het vermogen van een ander. In de eerste plaats valt hierbij te denken aan een verkoop van het gehele aandeel, maar ook andere methoden zijn denkbaar. In dit artikel zal worden uiteengezet welke fiscale consequenties zijn verbonden aan de overdrachten van aandelen die deel uitmaken van het privaatrechtelijke vermogen² van een natuurlijke persoon. Als hoofdregel geldt hier dat dergelijke vervreemdingsvoordelen buiten de toepassing van het WIB vallen.³ Met betrekking tot aandelen bestaat op deze hoofdregel een drietal uitzonderingen: 1°) de roerende voorheffing/dividendsfeer; 2°) de speculatiewinstregeling van art. 90, 1°, WIB; en 3°) de belangrijke-participatieregeling van art. 90, 9, WIB.

II. ROERENDE VOORHEFFING/DIVIDENDSFEER

Hoewel niet met zoveel woorden gesteld, blijkt uit systeem van de wet dat als eerste sfeer die van de roerende voorheffing/dividend aan de orde kan komen. Het gaat hier dan om terugbetalingen van kapitaal en het inkopen van eigen aandelen door de vennootschap, welke handelingen vanuit de aandeelhouder gezien vervreemdingen zijn, daar hij zijn aandelen geheel (inkoop) dan wel gedeeltelijk (terugbetaling van kapitaal) uit zijn vermogen ziet verdwijnen.

Het huidige systeem heeft een lange voorgeschiedenis die aanvangt bij de uitspraak Hof van Cassatie 29 januari 1934 waarin het Hof besliste dat de inkoop van eigen aandelen vanuit de aandeelhouder beschouwd een koop-verkoop-overeenkomst is, waarbij het ontvangen bedrag een vergoeding is voor de aangekochte aandelen, maar dat hierin geen uitkering van dividend kan worden gezien. Gevolg hiervan was dat de inkoop van eigen aandelen bij de aandeelhouder in het geheel niet belastbaar was.⁴

Hierna begon in de rechtsleer de opvatting opgeld te maken dat de inkoop als een partiële liquidatie met de daarbij behorende liquidatiedividenduitkering moest worden beschouwd,⁵ Daarom introduceerde de wetgever bij de wet van

20 november 1962 het systeem van de bijzondere aanslag⁶ waarbij de inkoop tot een aanslag bij de inkopende vennootschap leidde. Hierdoor werd inkoop echter een bijna onmogelijke zaak,⁷ wat voor de wetgever aanleiding was de bijzondere aanslag te vervangen door een roerende voorheffing, waarbij de inkoop als de uitkering van een dividend werd beschouwd.⁸ Dit systeem leeft tot op de dag van vandaag voort in art. 186 WIB, waarin wordt bepaald dat bij inkoop sprake is van een dividenduitdeling, nu of in de toekomst. Dit systeem geldt overigens voor alle wijzen waarop een vennootschap aandelen verkrijgt, zodat ook verkrijgingen door ruil, schenking, legaat, overgang onder algemene titel en inbreng in de vennootschap onder de werking vallen.⁹

Aanvankelijk was niet geheel duidelijk welke de gevolgen waren voor de vervreemdende aandeelhouder, en er ontstond een levendige discussie over het antwoord op de vraag of er voor hem een dividend of een meerwaarde moest worden aanwezig geacht.¹⁰ Na de invoering van de wet van 23 oktober 1991¹¹ en de wet van 28 juli 1992¹² was aan de gerezen onduidelijkheid een einde gekomen en ontstond de huidige situatie waardoor hij verkrijgingen van aandelen door de vennootschap zelf, bij de aandeelhouder sprake is van een dividend, voor zover de vennootschap in vermogen is achteruitgegaan (art. 186 WIB). Voor alle in art. 186 WIB behandelde voordelen geldt vervolgens een vrijstelling van de roerende voorheffing (art. 264, eerste lid, 2°, WIB), zodat door de niet-aangifteplicht van deze voordelen in de personenbelasting (art. 313 WIB)¹³ alle voordelen door ver-

⁶ Zie voor het systeem van de bijzondere aanslag: COUGNON, «Inkoop van aandelen», *A.F.T.*, 1988, 74; VERBANCK, «De invloed van de wet van 22 december 1989 op de verkrijging van eigen aandelen», *T.F.R.*, 1991, 7; DIERCKX, «Inkoop van eigen aandelen», *A.F.T.*, 1990, 255; VERBANCK, «Verkrijging van eigen aandelen: interessant maar gevaarlijk fiscaal speelgoed», *Fiskoloog*, 1992/369, 9; en VAN HOUTTE, 1979, 297.

⁷ Verslag namens de commissie voor Financiën, *Parl. St., Senaat*, 1989-1990, nr. 806/3, p. 80.

⁸ VERBANCK, *o.c.*, *T.F.R.*, 1991, 10; DIERCKX, *l.c.*, 255.

⁹ VERBANCK, *l.c.*, 11.

¹⁰ Zie voor de meerwaarde-opvatting VERBANCK, *ibid.*, voor de dividendopvatting VAN CROMBRUGGE, *l.c.*, en voor een tussenoplossing DIERCKX, *l.c.*

¹¹ Vgl. *J.V.D.*, «Liquidatieboni en inkoop van eigen aandelen: geen verplicht masochisme», *Fiskoloog*, 1992/387, 1; *S.V.C.*, «Nog over de verkrijging van eigen aandelen», *Fiskoloog*, 1992/387, 3.

¹² «Actuele voorinformatie-Directe Belastingen, wet van 28 juli 1992», in *Fiscale documentatie VANDEWINCKELE*.

¹³ Art. 313 WIB bepaalt: «Rijksinwoners zijn niet gehouden in hun aangifte in de personenbelasting de inkomsten van [...] kapitaal [...] te vermelden, met uitzondering van: 1. de inkomsten andere dan de in de artikelen 186 [...] vermelde dividenden waarop overeenkomstig de vigerende wettelijke en reglementaire bepalingen geen roerende voorheffing is gekweten [...]».

¹ Met dank aan de Heer R. DEBLAUWE VAN TIBERGHEN & Co te Brussel, voor het verstrekken van enige nuttige opmerkingen.

² Aandelen die deel uitmaken van een beroepsvermogen blijven hier buiten beschouwing.

³ Zie bijvoorbeeld Hof Antwerpen, 22 april 1980, *A.F.T.*, 1980, 117.

⁴ Cass., 29 januari 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 158. Zie ook VERBANCK, *Inkoop van eigen aandelen*, 1988, 28.

⁵ Zie VERBANCK, *ibid.*

krijgingen van aandelen door de vennootschap zelf in de praktijk van heffing zijn vrijgesteld.¹⁴

Voor inkoopmeerwaarden ontvangen van buitenlandse vennootschappen geldt een vrijstelling als dividend (art. 21, 2°, WIB).

III. SPECULATIEVE WINSTEN

De tweede sfeer die aan de orde kan komen bij de vervreemding van aandelen is die van art. 90, 1°, WIB waarin belastbaar worden gesteld «winst of baten, hoe ook genaamd, die zelfs occasioneel of toevallig, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, voortkomen uit enige prestatie, verrichting of speculatie of uit diensten bewezen aan derden, daaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privé-vermogen bestaande uit onroerende goederen, portefeuillewaarden en roerende voorwerpen» (art. 90, 1°, WIB). De speculatiewinstbepaling werd opgenomen in het WIB door de wet van 20 november 1962, met als achtergrond om meer dan voorheen de door natuurlijke personen gerealiseerde waardestijgingen in de personenbelasting te kunnen betrekken.¹⁵

A. Betekenis voor verrichtingen met aandelen

De betekenis van het speculatiewinstartikel voor vervreemding van aandelen is beperkt, daar het een gekend standpunt van de administratie is dat verrichtingen met beursgenoteerde aandelen nimmer onder de werking van dit artikel kunnen vallen, omdat er in deze gevallen altijd sprake is van normaal beheer van vermogen. Niet-beursgenoteerde aandelen kunnen, als aan de eisen is voldaan, wel vallen onder de toepassing van art. 90, 1°, WIB.¹⁶

B. Het begrip «speculatie»

De wettekst maakt niet duidelijk wat onder «belaste speculatie» dient te worden verstaan. Uit de parlementaire behandeling kan worden afgeleid dat speculatie niet dat beheer is dat een goede huisvader verricht voor het dagelijks beheer, het rendabel maken of het herbeleggen van zijn door erfopvolging, schenking of sparen verkregen vermogen.¹⁷

Hoewel uit jurisprudentie waarin de begrippen «speculatie» en «normaal beheer» vervolgens verder werden uitgewerkt, als hoofdlijn naar voren komt dat hier sprake is van een sterk casuïstisch getinte problematiek, kunnen toch en-

kele feitelijke omstandigheden worden aangegeven die in verschillende uitspraken terugkeren.

1) Niet vereist is dat de belastingplichtige het object waarmee wordt gespeculeerd, heeft aangeschaft met de bedoeling om dit object met winst te verkopen. Deze bedoeling kan ook op een later moment ontstaan.¹⁸ Was deze bedoeling op het moment van aanschaf al aanwezig, dan is in ieder geval sprake van speculatie: het begrip «speculatie» omvat onder meer het inkopen van goederen met het risico van verlies, maar met de verwachting door wederverkoop winst te maken ten gevolge van de stijging van de marktwaarde.¹⁹

2) Omdat normaal beheer duurzaamheid veronderstelt, kan een kort tijdsverloop²⁰ tussen aan- en verkoop van het waardegoed als een belangrijke aanwijzing voor speculatieve bedoelingen worden beschouwd.²¹ Een kort tijdsverloop is echter enerzijds geen vereiste,²² en anderzijds op zichzelf niet voldoende bewijs voor speculatieve bedoelingen.²³

3) Het begrip «occasionaliteit» speelt een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van beroepsinkomen. Is sprake van herhaalde, voldoende talrijke en onderling verbonden verrichtingen, of kan een verrichting worden beschouwd als de eerste uit een reeks, dan is er sprake van een beroepsinkomen,²⁴ als deze activiteiten een professioneel karakter vertonen.²⁵ Dit laatste is het geval indien de verrichtingen een bijzondere kennis vereisen.²⁶ Wordt niet aan deze eisen voldaan, dan kan de speculatiewinstbepaling worden toegepast als aan de overige gestelde eisen is voldaan. Hierbij is een enkelvoudige handeling reeds voldoende,²⁷ maar geldt tevens dat herhaalde handelingen niet reeds om die reden niet onder de werking van het speculatiewinstartikel zouden vallen.

4) Het past een goede huisvader niet zijn vermogen in gevaar te brengen door het aangaan van grote financiële risico's als gevolg van het lenen van omvangrijke bedragen,²⁸ zodat speculatie met goederen die zijn aangeschaft met zoveel geleend geld dat zulks in een wanverhouding staat tot het overige vermogen van de belastingplichtige, onder de speculatiewinstbepaling valt.²⁹ Voorts geldt dat het gebruikmaken van geleend geld al snel wijst in de richting van speculatie,³⁰ omdat dit geld niet werd «verkregen door erfopvolging, schenking of door eigen sparen»,³¹ en dus geen deel uitmaakt van

¹⁸ ANDRE, «De begrenzing op het vlak van het normaal beheer van een privaat vermogen», *Bull. Bel.*, nr. 719, 2350, op p. 2434.

¹⁹ Cass., 6 mei 1988, *Bull. Bel.*, nr. 679, 122.

²⁰ Voor aandelen, zie: Cass., 24 oktober 1976, Hof Brussel, 20 januari 1981 (beide besproken in ANDRE, *l.c.*, p. 2388), en Hof Antwerpen, 2 februari 1993 (verkort gepubliceerd in *Fiscale koerier*, 1993, 453).

²¹ Cass., 6 mei 1988, *Bull. Bel.*, nr. 572, 617.

²² Cass., 6 mei 1988, *Bull. Bel.*, nr. 572, 617.

²³ Cass., 18 mei 1977, *Bull. Bel.*, nr. 572, 617.

²⁴ Cass., 12 juni 1974, *Bull. Bel.*, nr. 528, 595.

²⁵ Cass., 23 april 1968, *Bull. Bel.*, nr. 462, 533.

²⁶ Hof Luik, 2 juni 1975, *Bull. Bel.*, nr. 547, 134.

²⁷ Hof Brussel, 15 december 1971, *Bull. Bel.*, nr. 497, 941.

²⁸ Vgl. TIBERGHIE, *Inleiding tot het fiscaal recht*, 1980, 162.

²⁹ Hof Brussel, 1 december 1971, *Bull. Bel.*, nr. 497, 941.

³⁰ Zie ook Hof Luik, 1 september 1971, *Bull. Bel.*, nr. 500, 1629.

³¹ Zie het Verslag van de Commissie voor de Financiën van de Senaat, geciteerd in voetnoot 17.

¹⁴ Vgl. *Handboek Tiberghien*, 1997, nr. 1049.

¹⁵ SABLON & LIEVENS, «De evolutie van het begrip 'winstgevend bezigheden'», *A.F.T.*, 1983, (68), 70; STEFFENS, «Onroerende goed-speculatie en normaal beheer van het privé-patrimonium: onderscheidingscriteria», *A.F.T.*, 1984, 3.

¹⁶ Zie Parlementaire vraag nr. 8 van 27 mei 1988, gesteld door de heer VAN ROMPUY, *Vragen en Antwoorden Kamer*; VAN DER BRUGGEN, «Blijven meerwaarden op aandelen van particulieren altijd onbelast?», *Fiskoloog*, 1993/420, 6; en Parlementaire vraag nr. 123 van 24 september 1979, gesteld door de senator COPPIETERS, in *Bull. Bel.*, nr. 579.

¹⁷ Zie het Verslag van de Commissie voor de Financiën, *Parl. St., Senaat*, 1961-1962, nr. 366, p. 147 zoals geciteerd door *Fiscaal compendium*, stand 24 april 1992, op p. 507.

het privaatsvermogen.³²

5. Voor aandelen geldt soms dat de beoogde aankoper bereid is voor de aandelen een hogere prijs te betalen dan de marktwaarde, om zo zijn eigen onderneming een sterkere positie te verschaffen. In deze gevallen wordt de winst als speculatiewinst belast, omdat wordt aangenomen dat in die gevallen de winst niet het gevolg is van het beheren van een vermogen als een goede huisvader, maar van de specifieke marktomstandigheden.³³

C. Winstbepaling

Bij speculatieve verrichtingen wordt het bruto-bedrag belast, verminderd met de kosten die de belastingplichtige tijdens het belastbare tijdperk heeft gemaakt om die inkomsten te verkrijgen of te behouden (art. 97 WIB). De overige regels zijn, met uitzondering van de niet-toepasbaarheid van revalorisatie, gelijk aan de winstbepalingsregels voor de hierna te bespreken meerwaarden op belangrijke participaties.

D. Tarief

Voor speculatieve winsten bestaat geen specifieke belastingvrije som. Wel worden deze winsten, tenzij samenvoeging voordeliger is, onderworpen aan een verlaagd tarief dat voor 1996 33% bedraagt (art. 171, 1°, a) WIB).³⁴

E. Verliescompensatie

Verliezen uit speculatie zijn, in volgorde van ouderdom, uitsluitend compensabel met speculatieve winsten uit de volgende vijf belastbare tijdperken (art. 103 WIB).³⁵

IV. BELANGRIJKE PARTICIPATIES

Indien vaststaat dat een verrichting met aandelen niet kan worden belast als een speculatieve verrichting, hetgeen bij beursgenoteerde aandelen altijd het geval is, dan is belastingheffing wellicht mogelijk op grond van belangrijke participatieregeling van art. 90, 9°, WIB. Deze bepaling is een tweede uitzondering op de hoofdregel dat vermogenswinsten op privaatsvermogen buiten de heffing van personenbelasting dienen te blijven. Deze bepaling stelt belastbaar «meerwaarden op aandelen die rechten in een binnenlandse vennootschap vertegenwoordigen en die naar aanleiding van de overdracht onder bezwarende titel van die aandelen aan een in art. 227, 2° of 3°, vermelde rechtspersoon buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid zijn verwezenlijkt, indien de overdrager, of zijn rechtsvoorganger ingeval de aandelen niet onder bezwarende titel zijn verkregen, op enig tijdstip in de loop van vijf jaar vóór de overdracht, alleen of samen met zijn echtgenote of zijn afstammelingen, zijn ascendenten, zijn zijverwanten tot en met de tweede graad en

die van zijn echtgenoot, middelijk of onmiddelijk meer dan 25% heeft bezeten van de rechten in de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen» (art. 90, 9°, WIB).

A. Historische context

De belangrijke-participatieregeling werd ingevoerd bij de wet van 3 november 1976³⁶ als een reactie op de problemen die waren gewezen naar aanleiding van de uitspraak Hof van Beroep te Luik 5 juni 1970³⁷ inzake N.V. Laiterie de la Wiltz.³⁸ In deze zaak werd een winst behaald op de verkoop van aandelen in de N.V. Laiterie de la Wiltz waarvan de activiteiten, na deze overdracht, vrijwel geheel werden gestaakt. Naar de mening van het Hof moest de gerealiseerde vervreemdingswinst, die als zodanig belastingvrij zou blijven, worden beschouwd als een vergoeding voor de overgedragen immateriële activa en als zodanig worden belast als een aan de aandeelhouders uitgekeerd verborgen dividend.

Deze uitspraak was voor de belastingadministratie reden om te stellen dat «de vervreemding van een participatie die de effectieve controle van een vennootschap verzekert, in bepaalde omstandigheden een verrichting kan uitmaken die in feite – voor een min of meer belangrijk gedeelte van de verkregen prijs – moet worden ontleed als neerkomend op de uitkering van verkapte dividenden». Met name zou dit het geval zijn bij de overdracht van familievennootschappen die na de overdracht stilgelegd zouden gaan worden.³⁹ In de latere jurisprudentie bleek dit standpunt echter te absoluut,⁴⁰ omdat het zonder meer toepassen van de leer uit «Laiterie de la Wiltz» tot gevolg zou hebben dat ieder vervreemdingsresultaat zou leiden tot een verdoken dividenduitkering, terwijl dit in het algemeen niet de bedoeling van de wetgever is.⁴¹

Aan deze onduidelijke situatie werd met de invoering van de belangrijke-participatieregeling een einde gemaakt, waarbij de vervreemding van een belangrijke participatie werd vergeleken met de vervreemding van een onderneming door een ondernemer. In deze laatste situatie zou belasting worden verschuldigd over de bij de overdracht van de onderne-

³⁶ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062; VAN HILLE, *Aandelen en obligaties in het Belgisch recht*, 1977; SIEBENS, «Overdracht van belangrijke participaties», *A.F.T.*, 1977, 137.

³⁷ *Bull. Bel.*, nr. 488, p. 1557.

³⁸ DE BLAUWE in *Vennootschappen en Belastingen*, citeert in dit verband de parlementaire voorbereiding als volgt: «Het regelen van het probleem van de belasting van verdoken dividenden, zoals dat gerezen was na het arrest van Luik van 5 juni 1970 inzake Laiterie de la Wiltz». Zie voor vergelijkbare problematiek Hof Gent, 26 juni 1962 inzake N.V. Cichoree Jacobs (onuitgegeven).

³⁹ Aanschrijving van 6 december 1972/RH/421/261.252, zoals toegevoegd aan het artikel van BOLLEN, *l.c.*,

⁴⁰ Vgl. VAN CROMBRUGGE, *l.c.*, p. 129.

⁴¹ Hof Antwerpen, 22 april 1980 (*A.F.T.*, 1980, 117) waarin een beroep op de aanschrijving werd afgewezen. Evenzeer afwijzend Hof Antwerpen, 30 januari 1979, *A.F.T.*, 1980, 229, en Hof Bergen, 25 juni 1980, *A.F.T.*, 1981, 136. In Hof Luik 25 maart 1981, *F.J.F.*, 82/69, bevestigd in Hof Luik 20 maart 1982, *F.J.F.*, 82/70 werd het administratieve standpunt wel bevestigd in een zaak waarin de overgedragen vennootschap korte tijd na de overdracht werd geliquideerd.

³² Hof Brussel, 29 oktober 1993, kort besproken in *Fiscale actualiteit*, 1993/43, 6.

³³ Hof Antwerpen, 3 mei 1982, *A.F.T.*, 1982, 187; Hof Luik, 19 december 1991, *Bull. Bel.*, nr. 723, 121.

³⁴ De opcentiemen en de crisistaks blijven hier buiten beschouwing.

³⁵ Vgl. Parlementaire vraag nr. 34 van 6 juni 1989, gesteld door senator BARZIN, *Bull. Bel.*, nr. 689, 2634.

ming gerealiseerde meerwaarden. Deze belastingplicht zou kunnen worden ontlopen door voorafgaande aan de overdracht van de onderneming, deze in te brengen in een vennootschap, om vervolgens de aandelen in de vennootschap over te dragen; zo zouden dezelfde meerwaarden aan belastingheffing ontsnappen. Hierin werd een ongerechtvaardigde bevoordeling van de belangrijke-participatiehouder gezien. ⁴² Voorts speelde de overweging een rol dat de belangrijke-participatiehouder door de omvang zijn deelneming in staat is om het uitdelingsbeleid van de vennootschap zo te beïnvloeden dat belaste dividenduitkeringen worden omgezet in onbelaste meerwaarden op aandelen. ⁴³

Omstreden is de vraag of de leer uit het arrest «Laiterie de la Wiltz» nog van kracht is na de invoering van de belangrijke-participatieregeling. Een voor de hand liggende stelling is om aan te nemen dat door de wettelijke regeling er geen plaats meer is voor de in genoemde jurisprudentie totstandgebrachte mogelijkheid om meerwaarden op aandelen te belasten. ⁴⁴ Geheel duidelijk is de juistheid van deze stelling echter niet, ⁴⁵ en naar het schijnt dreigt de belastingdienst nog immer met het toepassen van deze leer. Geheel verwonderlijk is dit niet; in de feitenconstellatie van de zaak «Laiterie de la Wiltz» zou de toepassing van de belangrijke-participatieregeling zoals die op dit moment van kracht is, nog altijd niet tot belastbaarheid leiden.

B. Het begrip «belangrijke participatie»

Reeds in de uitspraak «Laiterie de la Wiltz» kwam de voorwaarde dat de aandeelhouder een machtspositie moet hebben naar voren. In de belangrijke-participatieregeling wordt aan deze belangrijkheidseis nader invulling gegeven door, in het geheel geformuleerd, te eisen dat de aandeelhouder (1) alleen of samen met de leden van zijn relevante familiegroep, (2) middellijk of onmiddellijk, (3) meer dan 25% van de rechten in de vennootschap heeft bezeten, (4) op enig tijdstip in de periode van vijf jaar voorafgaande aan de overdracht (art. 90, 9°, WIB). Met het vereiste dat meer dan 25% van de rechten in de vennootschap moet worden bezeten, wordt recht gedaan aan de uit de uitspraak «Laiterie de la Wiltz» bekende machtspositie-eis. ⁴⁶ Wat onder «rechten» dient te worden verstaan, is niet duidelijk.

1) Voor de toetsing of aan de belangrijkheidseis is voldaan, tellen naast de aandelen van de belastingplichtige ook mee de aandelen van de echtgenote van de belastingplich-

tige, hun afstammelingen, hun ascendenten, en hun zijverwanten tot en met de tweede graad (art. 90, 9°, WIB). Het gaat hier dus om de aandelen van de belastingplichtige, zijn echtgenote, en van hun ouders, grootouders, kinderen, kleinkinderen, broeders, zusters, schoonbroers en schoonzusters. ⁴⁷

Het meetellen van aandelen van familieleden heeft als belangrijk nadeel dat het voor een aandeelhouder die zelf niet het belangrijkheidsvereiste voldoet, moeilijk wordt om te bepalen of hij door bijtelling wel aan de belangrijkheidseis voldoet. Toen dit bezwaar tijdens de parlementaire behandeling ⁴⁸ naar voren werd gebracht, was de Minister van mening dat deze praktische bezwaren niet voldoende gewicht in de schaal legden om op grond daarvan een rechtvaardige regeling in de weg te staan. Het weglaten van de bijtelling zou naar zijn mening weer tot andere onbillijkheden leiden. De exacte betekenis van deze opmerking valt uit de parlementaire stukken niet op te maken, maar het is niet onwaarschijnlijk dat hiermee werd bedoeld op de ontgaansmogelijkheden die door allocatie van de deelneming over de familiekring mogelijk zouden worden door het weglaten van de samentelling.

2) Niet alleen aandelen die rechtstreeks deel uitmaken van het vermogen van de belastingplichtige of de leden van de familiegroep (onmiddellijke deelnemingen) tellen mee bij de bepaling of aan de belangrijkheidseisen is voldaan, maar ook middellijk gehouden aandelen. Van dit laatste is sprake indien aandelen van een bepaalde vennootschap A deel uitmaken van het vermogen van een andere vennootschap B, waarin de aandeelhouder van vennootschap A of leden van zijn familiegroep aandeelhouder zijn. ⁴⁹ In dergelijke gevallen tellen bij de bepaling of er sprake is van een belangrijke participatie in vennootschap A, de aandelen in het vermogen van vennootschap B mee naar proportie van het aandelenbezit in vennootschap B. ⁵⁰ Of voor deze meetelling een belangrijke participatie in vennootschap B is vereist, is niet duidelijk aan de hand van de tekst van de wet. Aannemelijk is echter dat alle middellijke deelnemingen, ongeacht de omvang van de deelneming in de tussenvennootschap (hier B), worden meegeteld. ⁵¹

3) Aan de belangrijkheidseis behoeft niet te worden voldaan op het moment van overdracht van de aandelen; hieraan moet voldaan zijn op enig moment in de van dag tot dag te bepalen ⁵² periode van vijf jaar voorafgaand aan het moment van de overdracht (90, 9°, WIB).

Voldoet de belastingplichtige niet aan de belangrijkheidseis dan treedt de belangrijke-participatieregeling niet in

⁴² Zie de parlementaire behandeling zoals geciteerd door SIEBENS *l.c.*, p. 138. Vgl. BOLLEN, «Wijzigingen aan de inkomstenbelasting (wet van 3 november 1976)», *A.F.T.*, 1977, (35), 39; COUTURIER en PEETERS, p. 176 die in dit verband erop wijzen dat het tarief voor de stopzettingmeerwaarden gelijk is aan het tarief dat geldt voor gerealiseerde meerwaarden op belangrijke-participaties.

⁴³ SIEBENS, *l.c.*, p. 140; BOLLEN, *l.c.*, p. 39.

⁴⁴ Vgl. BOLLEN, *l.c.*, die van mening is dat genoemde leer inderdaad niet meer geldig is na de invoering van de belangrijke-participatieregeling.

⁴⁵ Vgl. Parlementaire vraag nr. 123 van 24 september 1979, gesteld door de senator COPPIETERS, *Bull.Bel.*, nr. 579, 7.

⁴⁶ Vgl. SIEBENS, *l.c.*, p. 140, die de volgende passage in zijn betoog opneemt: «Uitgaande van de foutieve veronderstelling dat een aandeelhouder reeds met een 25% deelneming een machtspositie bekleedt [...]».

⁴⁷ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull.Bel.*, nr. 551, 1062; *Comm. I.B.*, 90/59.

⁴⁸ *Parl.St.*, Senaat, 1975-1976, nr. 925/2, p. 13.

⁴⁹ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull.Bel.*, nr. 551, 1062; *Comm. I.B.*, 90/59.

⁵⁰ In Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull.Bel.*, nr. 551, 1062, en met name het voorbeeld onder 36; *Comm. I.B.*, 90/59 en *Comm. I.B.*, 90/60.

⁵¹ Vgl. *Fiscaal compendium*, stand 1 augustus 1991 waar in onderdeel 2.5 bij de belangrijkheidstoetsing een via een tussenholding gehouden middellijke deelneming wordt meegeteld, terwijl in de tussenholding geen belangrijke participatie aanwezig is.

⁵² Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull.Bel.*, nr. 551, 1062; *Comm. I.B.*, 90/57.

werking. Op deze hoofdregel zijn echter twee belangrijke uitzonderingen.

De eerste uitzondering geldt bij de overdracht van aandelen door een aandeelhouder die niet aan de vereisten voor het bestaan van een belangrijke participatie voldoet, maar die de aandelen niet onder bezwarende titel heeft verkregen van een aandeelhouder die zelf wel op enig tijdstip in de periode van vijf jaar voorafgaande aan de overdracht voldeed aan de belangrijkeis. In dit geval geldt de eerstgenoemde aandeelhouder ook als belangrijkeparticipatiehouder, hoewel hij niet aan de belangrijkeis voldoet (art. 90, 9°, WIB), en wordt hij in de belastingheffing betrokken gelijk een belangrijke-participatiehouder.

Een tweede uitzondering is het geval waarin de overgedragen aandelen zijn verkregen in geval een fusie. Omdat een fusie in bepaalde gevallen niet als een vervreemding wordt aangemerkt (art. 95 WIB), moet bij de toetsing van de belangrijkeis de situatie zoals die vóór de fusie was, worden gebruikt (art. 96 WIB).⁵³ Hierbij geldt de termijn van vijf jaar niet, zodat een belangrijke participatie die op het moment van de fusie bestaat, na de fusie fiscale eeuwigheidswaarde heeft gekregen.

De belangrijke-participatieregeling is alleen van toepassing op binnenlandse vennootschappen. Vereist is dus dat de vennootschap haar maatschappelijke zetel, voornaamste inrichting of zetel van bestuur of beheer in België heeft, niet van de vennootschapsbelasting is uitgesloten (art. 2, § 2, 2°, WIB), regelmatig is opgericht, rechtspersoonlijkheid⁵⁴ bezit, en een onderneming exploiteert of zich bezighoudt met winstgevendende activiteiten (art. 2, § 2, 1°, WIB). Naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen kunnen derhalve ook onder de belangrijke-participatieregeling vallen, indien aan deze eisen is voldaan. Naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd, vallen buiten de toepassing van de belangrijke-participatieregeling.

C. Het begrip «vervreemding»

Niet iedere overdracht van aandelen wordt, als aan de overige eisen is voldaan, belast onder de belangrijke-participatieregeling. Hiervoor is vereist dat er sprake is van een vervreemding. Art. 90, 9°, WIB stelt twee eisen waaraan de overdracht dient te voldoen wil er van een vervreemding sprake zijn; het moet gaan om (1) een overdracht onder bezwarende titel, aan (2) een verkrijger uit de relevante verkrijgersgroep.

1) Van een overdracht onder bezwarende titel is sprake als de overdrager met de overdracht beoogt een voordeel voor zichzelf te behalen, door van de persoon die het over te dragen goed ontvangt een tegenprestatie in de vorm van een ander goed, betaling van een prijs, het doen van een belofte jegens de vervreemder of de vervulling van een zede-

lijke plicht te verlangen.⁵⁵ Doordat de wet deze eis stelt, vallen overdrachten onder bezwarende titel door verkoop, ruil⁵⁶ en inbreng in een vennootschap binnen het kader van het vervreemdingsbegrip, en zijn overdrachten door erfopvolging, schenking onder levenden of bij testament geen vervreemding.⁵⁷ Voor aandelenruil bestaat de uitzondering dat de ruil geen vervreemding oplevert indien sprake is van ruiling van aandelen in het raam van een fusie, splitsing of omzetting van de rechtsvorm van de vennootschap die voldoet aan de Vennootschappenwet (art. 95 WIB).

2) Het vereiste dat de aandelen moeten worden overgedragen aan personen die aan bepaalde eisen voldoen (de relevante verkrijgersgroep) bestaat al sinds de invoering van de belangrijke-participatieregeling in 1976.⁵⁸ Oorspronkelijk bestond de relevante verkrijgersgroep uit binnen België gevestigde vennootschappen met rechtspersoonlijkheid,⁵⁹ omdat alleen bij deze groep de voor de uitvoering van de belangrijke-participatieregeling benodigde gegevens aan het licht zou kunnen komen.⁶⁰ In de loop van het bestaan van de regeling werd de relevante verkrijgersgroep echter in verschillende stappen⁶¹ ingeperkt tot de huidige relevante verkrijgersgroep die nog slechts uit buiten België gevestigde rechtspersonen en verenigingen bestaat.⁶² Door deze beperkte groep is de werkingssfeer van de belangrijkeparticipatieregeling zeer beperkt geworden.

Officieel is de reden achter deze gang van zaken de gedachte dat de bij de Herstelwet van 30 april 1984 ingevoerde fiscale stimuli voor bepaalde vennootschappen door de belangrijke-participatieregeling te veel aan effectiviteit zouden gaan inboeten en dat de regeling de beursgang van kleine en middelgrote ondernemingen bemoeilijkte.⁶³ Van verschillende kanten is echter geopperd dat de werkelijke reden was dat de regeling moest worden afgeschaft op een aanvaardbare manier. Die manier werd gevonden door de regeling te laten voortbestaan, maar onder dermate strakke

⁵⁵ Naar het Burgerlijk Wetboek is van een contract *onder bezwarende titel* sprake indien aan elke partij de verplichting wordt opgelegd om iets te geven of te doen (art. 1106 B.W.). Bij een contract uit *vrijgevigheid* wordt door de ene partij om niet een voordeel aan de andere partij verschafft (art. 1105 B.W.).

⁵⁶ Vgl. Parlementaire vraag nr. 53, van 28 november 1983, gesteld door Vandenabeele, in *Fiscale documentatie Vandewinckele*, III-B/42.2, stand 18 oktober 1991.

⁵⁷ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁵⁸ Zie SIEBENS, *l.c.*, p. 137.

⁵⁹ SIEBENS, *ibid.*

⁶⁰ *Parl. St.*, Senaat, 1975-1976, nr. 925/2, p. 14.

⁶¹ Zie voor de verschillende wijzigingen: wet van 22 december 1977, Circ. 30 juni 1978, nr. Ci. RH.251/296.575, *Bull. Bel.*, nr. 565.1337; Herstelwet van 31 juli 1984, Circ. 3 juli 1985, nr. Ci. RH.251/362.842, *Bull. Bel.*, nr. 642, 1870; zie ook Parlementaire vraag nr. 205 van 24 april 1987 gesteld door volksvertegenwoordiger SCHILTZ, *Bull. Bel.*, nr. 667, 2551; Circ. nr. Ci D.19/416.344, *Bull. Bel.*, nr. 700, 3245; zie ook «De hervorming van de B.N.V. treft ook de meerwaarden», *Fiscale actualiteit*, 1990/43, 5.

⁶² Vgl. *Handboek Tiberghien*, 1997, nr. 1319, Art. 90, 9°, WIB verwijst voor de samenstelling van de relevante verkrijgersgroep naar art. 277, 2° en 228, 3°, WIB.

⁶³ Zie «De fiscale bepalingen van de Herstelwet», *Fiscale actualiteit*, 1984/79, 5; DE BLAUWE, in *Vennootschap en Belastingen*.

⁵³ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062; *Comm. I.B.*, 90/65.

⁵⁴ Volgens art. 2 Vennootschappenwet hebben de volgende handelsvennootschappen rechtspersoonlijkheid: de vennootschap onder firma, de gewone commanditaire vennootschap, de naamloze vennootschap, de commanditaire vennootschap op aandelen, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, en de coöperatieve vennootschap.

voorwaarden dat ze in praktijk vrijwel niet kan worden toegepast.⁶⁴ Opmerkelijk is in dit verband dat bij de parlementaire behandeling⁶⁵ bij de invoering van de belangrijke-participatieregeling een remmende werking op de economie,⁶⁶ die van de regeling zou kunnen uitgaan, niet werd gevreesd, en dat, als er, zoals wellicht mogelijk in uitzonderlijke gevallen, toch van een dergelijke werking sprake zou zijn, dit geen reden mocht zijn om een rechtvaardige regeling niet in te voeren.

Art. 94 WIB vormt een belangrijke aanvulling op het vervreemdingsbegrip. Als het de bedoeling van de belastingplichtige is om aandelen aan een lid van de relevante verkrijgersgroep over te dragen, dan zou hij de belastingheffing kunnen ontgaan door het aandeel eerst aan een niet-lid van de relevante verkrijgersgroep over te dragen (stroman), die het aandeel vervolgens verder overdraagt aan de beoogde verkrijger. Tegen deze vorm van misbruik richt zich de regel met betrekking tot de onrechtstreekse overdrachten,⁶⁷ op grond waarvan bij een overdracht aan een lid van de relevante verkrijgersgroep alle overdrachten in een periode van twaalf maanden vóór deze overdracht alsnog belastbaar worden gesteld, indien bij de eerste overdrager aan de eiser voor belastbaarheid was voldaan (art. 94 WIB). Ontgaan van belasting als doelstelling wordt hier aangenomen.⁶⁸

D. Winstbepaling

De winst uit een vervreemding van aandelen die deel uit maken van een belangrijke participatie wordt bepaald door het verschil tussen (1) vervreemdingsprijs en de (2) door de vervreemder of zijn rechtsvoorganger die de aandelen onder bezwarende titel heeft verkregen, betaalde verkrijgingsprijs, die eventueel wordt gerevalueerd (art. 102 WIB). Daarnaast zijn nog aftrekbaar bepaalde (3) bijkomende kosten.

1) De vervreemdingsprijs kan luiden in geldsommen of in natura (art. 102 WIB). Bij betalingen in geld geldt de ontvangen som als vervreemdingsprijs.⁶⁹ Vergoedingen in natura worden omgerekend naar de waarde op het moment van de overdracht van de aandelen.⁷⁰ Leidt deze bepaling van de vervreemdingsprijs tot een lagere dan de werkelijke waarde van de aandelen, dan blijft de vervreemdingsprijs van kracht. Er vindt, met andere woorden, geen correctie naar de werkelijke waarde plaats.

De vervreemdingsprijs wordt gerealiseerd op het moment van de overdracht van de aandelen (art. 90, 9°, WIB), zodat bijgevolg de vervreemdingsprijs wordt bepaald op het moment waarop de schuld van de verkrijger van de aandelen

ontstaat.⁷¹ Wordt de vervreemdingsprijs in termijnen voldaan, dan is de vervreemdingsprijs waarschijnlijk gelijk aan het totaal van de termijnen, zonder rekening te houden met de mogelijkheid van niet-betaling van één of meer termijnen. Met onzekerheden in verband met een eventuele ontbindende voorwaarde⁷² wordt geen rekening gehouden. Bevat het contract een dergelijke voorwaarde, dan zal de aanslagregeling eerst enige tijd worden aangehouden. Is deze termijn verstreken en heeft de voorwaarde zich nog niet voorgedaan, dan wordt de aanslag alsnog opgelegd, waarbij van een vervreemding wordt uitgegaan. Doet de voorwaarde zich later voor, dan kan ambtshalve vermindering worden aangevraagd.⁷³

Aan veranderingen in de hoogte van de vervreemdingsprijs na het moment van de overdracht komt geen belang toe. Blijkt de aankoper van de aandelen zijn verplichtingen niet te kunnen nakomen, dan vormt dit geen reden om de oorspronkelijke aanslag te herzien.⁷⁴

2) Als verkrijgingsprijs geldt de prijs waartegen de aandeelhouder de aandelen heeft verkregen. Indien hij de aandelen niet onder bezwarende titel heeft verkregen, dan geldt bij hem de verkrijgingsprijs van de rechtsvoorganger die de aandelen voor het laatst onder bezwarende titel heeft verkregen (art. 102 WIB). In dit geval mag de verkrijgingsprijs niet worden verhoogd met eventueel betaalde registratie- of successierechten.⁷⁵ Aandelen die werden verkregen in het raam van een vrijgestelde fusie, hebben als verkrijgingsprijs die van de bij de fusie ingeruilde aandelen.⁷⁶

Of de verkrijgingsprijs van de aandelen na het moment van verkrijging nog veranderingen kan ondergaan, door (bijvoorbeeld) bijstortingen of terugbetalingen van kapitaal, is niet duidelijk. De passage «waartegen de belastingplichtige [...] die aandelen onder bezwarende titel heeft verkregen» in art. 102 WIB, lijkt als uitgangspunt te nemen de werkelijk betaalde verkrijgingsprijs op het moment van de verkrijging van de aandelen. Hier kan wellicht worden geconcludeerd dat voor latere aanpassingen van de verkrijgingsprijs geen ruimte is. Over dit vraagstuk is geen jurisprudentie bekend.

Wel duidelijk is dat voor aandelen die zijn aangeschaft op een moment dat vervreemdingswinsten nog niet belastbaar waren in het WIB, als verkrijgingsprijs geldt de prijs die op het moment van verkrijging van de aandelen werd betaald.⁷⁷ Van vrijstelling van de winst die is ontstaan vóór het inwerkingtreden van de belangrijke-participatieregeling, is dan ook geen sprake.

⁷¹ Vgl. Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062; Hof Antwerpen, 28 juni 1993, *F.J.F.*, 94/59; Hof Antwerpen, 2 december 1997, *Fiscale Actualiteit*, 1998/3, 6.

⁷² Bijvoorbeeld het recht tot wederinkoop op grond van art. 1659 en 1660 B.W. (Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062).

⁷³ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062; *Parl. St., Senaat*, 1975-76, nr. 925/2, 13.

⁷⁴ Hof Antwerpen, 28 juni 1993, *F.J.F.*, nr. 94/59.

⁷⁵ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁷⁶ Deze verkrijgingsprijs mag niet worden verhoogd met eventueel betaalde registratie- of successierechten Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁷⁷ M.b.t. speculatiewinstbepaling, zie Cass., 6 mei 1988, *Bull. Bel.*, nr. 679, 122.

⁶⁴ DE BLAUWE, in *Vennootschap en Belastingen; Fiscale actualiteit*, nr. 79/5; VAN DIJK, *Trends* van 25 mei 1984.

⁶⁵ *Parl. St., Senaat*, 1975-1976, nr. 925/2, p. 12.

⁶⁶ BOLLEN, *l.c.*, p. 41, had deze vrees reeds in 1977 uitgesproken.

⁶⁷ Vgl. Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062; *Comm. I.B.*, 90/61.

⁶⁸ VAN HOUTTE, *Beginnselen van het Belgisch belastingrecht*, 1979, 268.

⁶⁹ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁷⁰ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

Indien een participatie bestaat uit op verschillende tijdstippen tegen verschillende prijzen aangeschafte aandelen, dan moet bij de vervreemding van een gedeelte van de participatie aan de hand van de nummers van de aandelen worden bepaald welke aandelen zijn vervreemd. De oudste aandelen gaan hierbij voor. Is deze identificatie niet mogelijk, dan wordt aangenomen dat de vervreemde aandelen naar proportie afkomstig zijn uit alle verschillende aanschaffingen.⁷⁸

De aldus bepaalde verkrijgingsprijs wordt gerevaloriseerd (art. 102 WIB) met de coëfficiënt van het jaar waarin de verkrijgingsprijs van de laatste verkrijging onder bezwarende titel⁷⁹ zich voordeed, zoals die wordt gegeven in art. 2, § 6, WIB.⁸⁰ De revalorisatie geschiedt om een tegemoetkoming te geven voor de inflatie, zoals die zich heeft voorgedaan sinds het moment van het verkrijgen van de aandelen. Omdat deze coëfficiënt al sinds jaren constant zijn, kan worden gesteld dat de revalorisatie niet meer aan de doelstelling voldoet. Aanpassing is echter achterwege gebleven om budgettaire redenen.⁸¹

3) Dat bijkomende kosten, zoals bemiddelings- en notariële kosten, aftrekbaar zijn bij de vervreemdingswinstbepaling, blijkt niet met zoveel woorden uit de tekst van art. 102 WIB, maar vloeit voort uit het algemene beginsel van het WIB dat, tenzij de aan de orde zijnde bepaling anders bepaalt, met inkomsten netto-inkomsten worden bedoeld⁸² (art. 6 WIB).

E. Tarief

Tenzij samenvoeging voordeliger is (art. 171 WIB), geldt voor meerwaarden op belangrijke-participaties een tarief van 16,5% (art. 171, 4°, e, WIB). Met dit, ten opzichte van het gewone tarief, verlaagde tarief wordt beoogd de progressiewerking die zou ontstaan als winsten die aan verschillende jaren zijn toe te rekenen, in één jaar zouden worden belast, te verzachten.⁸³ De hoogte van het tarief sluit aan bij de hoogte van het tarief op de stopzettingmeerwaarden.

Over het op grond van de toepassing van voornoemd tarief berekende belasting wordt een crisistoelag geheven van

3% (art. 463bis, WIB). Door de toepassing van deze toeslag geldt derhalve een totaal tarief van 16,995% van de vervreemdingswinst.

Omdat de meerwaarden uit belangrijke-participaties een van de andere bronnen afgescheiden bron is, kunnen verliezen uit andere bronnen niet met meerwaarden worden gecompenseerd.⁸⁴

F. Verliescompensatie

Voor de diverse inkomsten voorziet het WIB slechts in verliescompensatie voor speculatieve handelingen en verlies uit de vervreemding van in België gelegen ongebouwde onroerende goederen (art. 103 WIB). Voor meerwaarden op belangrijke participaties ontbreekt een dergelijke regeling, zodat compensatie van deze verliezen met winst uit andere tijdvakken is uitgesloten.

Verliescompensatie binnen hetzelfde tijdvlak met meerwaarden op andere participaties is evenzeer uitgesloten.⁸⁵ Of compensatie met meerwaarden op dezelfde participatie mogelijk is, wordt niet duidelijk uit de tekst van de wet, maar lijkt wel waarschijnlijk.⁸⁶

V. NIET-INWONERS

Buiten België woonachtige natuurlijke personen (art. 227, 1°, WIB) zijn onderworpen aan de belasting van niet-inwoners (art. 1, § 1, 4°, WIB), voor in België verkregen inkomsten die aan de belasting zijn onderworpen (art. 228, § 1, WIB). Hieronder vallen meerwaarden op belangrijke participaties anders dan gerealiseerd bij vereenvoudigde fusie of splitsing (art. 228, § 2, 9°, h, WIB) en winsten en baten behaald met speculatieve handelingen (art. 228, § 2, 9°, h, WIB). Voor deze gevallen worden geen specifieke regelingen getroffen, zodat kan worden aangenomen dat voor nietinwoners dezelfde regels van toepassing zijn als voor inwoners. Wel geldt voor deze groep belastingplichtigen een ander tarief dan voor de inwoners (art. 243 WIB). Overigens geldt dat in veel gevallen de toepassing van de belastingverdragen aan de effectivering van deze heffingsmogelijkheid in de weg zal staan.

VI. CONCLUSIES

Op het eerste gezicht lijkt het WIB verschillende heffingsmogelijkheden te bieden om vervreemdingsvoordelen op aandelen die deel uitmaken van een privaatsvermogen te belasten. Bij nadere beschouwing blijkt echter dat de voorwaarden waaronder deze heffingsmogelijkheden in werking treden, zo luiden, dat van daadwerkelijke toepassing op de vervreemding van aandelen in de meeste gevallen geen sprake zal zijn.

Drs. J.W.J. De KORT
Vakgroep Belastingrecht
Rijksuniversiteit Groningen.

⁸⁴ Fiscaal compendium, stand 24 april 1992, p. 517.

⁸⁵ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁸⁶ Vgl. *a contrario* Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062, waar alleen wordt vermeld dat compensatie met meerwaarden uit andere participaties niet mogelijk is.

⁷⁸ Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁷⁹ Voor de revalorisatiecoëfficiënt bij vervreemding van aandelen die niet onder bezwarende titel zijn verkregen zie, Circ. 25 maart 1977, nr. Ci. RH.241/290.263, *Bull. Bel.*, nr. 551, 1062.

⁸⁰ De volgende coëfficiënten zijn van toepassing: 1918 en vorige 16,33; 1919 11,49; 1920 6,15; 1921 6,30; 1922 6,43; 1923 4,37; 1924 3,89; 1925 4,02; 1926 2,72; 1927 tot 1934 2,35; 1935 1,86; 1936 tot 1943 1,70; 1944 tot 1948 1,14; 1949 1,10; 1950 en volgende 1.

⁸¹ Vgl. LUTZ, *Die steuerliche Erfassung realisierter stiller Reserven des Anlagevermögens in den EWG-Staaten Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien und Niederlande*, 1973, 62, terwijl de Minister reeds in 1973 tijdens de parlementaire behandeling bij de invoering van de belangrijkeparticipatieregeling verklaarde: «Het probleem van de niet-passende herwaarderingscoëfficiënten [...] is niet nieuw» (*Parl. St., Senaat*, 1975-1976, nr. 925/2, p. 14; Parlementaire vraag nr. 31 van 22 april 1996, gesteld door volksvertegenwoordiger VAN BELLE Ignace, *Bull. Bel.*, nr. 763, 1731).

⁸² Hof Brussel, 4 december 1990, *Not. Fisc. M.*, 1992, 150, met instemmende noot van VANDER LINDEN; zie ook VAN CROMBRUGGE, in *Fiskoloog*, nr. 322.

⁸³ Vgl. SIEBENS, *l.c.*, p. 139.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

4 NOVEMBER 1998

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de h. De Baets en Martens

Advocaten: mrs. Verschaeren en Timmermans loco Traest

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Taalgebruik – Gerechtszaken – Taal van de rechtspleging – Wijziging

Art. 23 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken schendt niet de artt. 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre die bepaling, gelezen in samenhang met de artt. 14 en 16 van dezelfde wet, een verschil in behandeling instelt tussen, enerzijds, de beklaagde voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van de rechtspleging uitsluitend de taal van het eentalige taalgebied is waarin die beklaagde wordt vervolgd en waarin die rechtbank is gelegen en, anderzijds, de beklaagde voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van de rechtspleging niet uitsluitend de taal van het taalgebied is, hetzij omdat de rechtbank is gelegen in een tweetalig gebied, hetzij omdat die rechtbank is gelegen in een éentalig gebied, maar de verdachte woonachtig is in een gemeente waarin voor de burgers de taalfaciliteiten gelden.

Arrest nr. 111/98

Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest van 25 november 1997 heeft het Hof van Cassatie de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Schendt art. 23 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken de artt. 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre deze wetsbepaling in haar tweede lid het verzoek van een beklaagde om wijziging van de taal van de rechtspleging beperkt tot de beklaagde die alleen de gevraagde taal kent of zich gemakkelijker in deze taal uitdrukt, en in haar vierde lid aan de rechtbank de mogelijkheid geeft niet in te gaan wegens de omstandigheden van de zaak op een verzoek van de beklaagde tot wijziging van de taal van de rechtspleging, terwijl de rechtbank een aanvraag van verzoekers bedoeld in artt. 14 tot en met 16 van dezelfde wet alleen kan weigeren wanneer de verzoeker de taal waarvan hij het gebruik voor de rechtspleging vraagt niet verstaat?»

...

In rechte

...

B.1. Art. 23 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, als vervangen bij art. 15 van de wet van 23 september 1985 betreffende het gebruik van het Duits in gerechtszaken en betreffende de rechterlijke organisatie, luidt:

«De beklaagde die alleen Nederlands kent of zich gemakkelijker in die taal uitdrukt kan, wanneer hij terechtstaat voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank

waarvan de taal van rechtspleging het Frans of het Duits is, vragen dat de rechtspleging in het Nederlands geschiedt.

De beklaagde die alleen Frans kent of zich gemakkelijker in die taal uitdrukt, kan, wanneer hij terechtstaat voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van rechtspleging het Nederlands is, vragen dat de rechtspleging in het Frans geschiedt.

De beklaagde die alleen Duits kent of zich gemakkelijker in die taal uitdrukt, kan, wanneer hij terechtstaat voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van rechtspleging het Nederlands of het Frans is, vragen dat de rechtspleging in het Duits geschiedt.

In de gevallen bedoeld in de leden 1 tot 3, gelast de rechtbank de verwijzing naar het dichtbij gelegen gerecht van dezelfde rang, waarvan de taal van rechtspleging de taal is die door de beklaagde is gevraagd. De rechtbank kan evenwel beslissen wegens de omstandigheden van de zaak niet op aanvraag van de beklaagde te kunnen ingaan.

De beklaagde die alleen Frans kent of zich gemakkelijker in die taal uitdrukt, kan, wanneer hij terechtstaat voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van rechtspleging het Duits is, vragen dat de rechtspleging in het Frans geschiedt. In dat geval wordt de rechtspleging voor datzelfde gerecht voortgezet in de taal die door de beklaagde is gevraagd.»

Bij de beoordeling van de prejudiciële vraag dient het Hof tevens rekening te houden met de art. 14 tot 16 van de voormelde wet, waarvan de te dezen relevante bepalingen luiden:

«Art. 14. Voor de politierechtbanken en de correctionele rechtbanken rechtsprekende in eerste aanleg, wordt de gehele rechtspleging in het Frans, in het Nederlands of in het Duits gevoerd, naargelang de zetel van die gerechten gevestigd is in de provincies en de arrondissementen onderscheidenlijk genoemd in art. 1, in art. 2 of in art. 2bis.

Van deze regel wordt afgeweken wanneer de verdachte in één van de kantons Moeskroen, Komen of Sint-Martens-Voeren woonachtig is en daartoe het verzoek doet volgens de hieronder opgegeven voorschriften:

[...]

Art. 15. § 1. Voor de politierechtbanken van het arrondissement Brussel, waarvan het rechtsgebied uitsluitend bestaat uit gemeenten van het Nederlands taalgebied, wordt geheel de rechtspleging in het Nederlands gevoerd.

§ 2. Van deze regel wordt afgeweken wanneer de verdachte in de gemeente Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Sint-Genesius-Rode, Wemmel of Wezembeek-Oppem woonachtig is en daartoe het verzoek doet in de bij art. 16, § 2 voorgeschreven vormen.

[...]

Art. 16. § 1. Voor de andere politierechtbanken van het gerechtelijk arrondissement Brussel, dan die in het vorige artikel bedoeld, en vóór de Correctionele Rechtbank van Brussel rechtsprekende in eerste aanleg, wordt de rechtspleging in het Frans gevoerd, indien de verdachte in een Waalse gemeente woonachtig is; in het Nederlands, indien de verdachte in een Vlaamse gemeente woonachtig is; in het

Frans of in het Nederlands, indien de verdachte in een Vlaamse gemeente woonachtig is in een gemeente der Brusselse agglomeratie, naar gelang hij zich, voor zijn verklaringen, in het onderzoek, en, bij ontstentenis hiervan, in het vooronderzoek, van een of andere dezer talen, heeft bediend. In alle andere gevallen wordt, volgens de noodwendigheden der zaak, het Frans of het Nederlands gebruikt.

§ 2. [...]

§ 2. Een zelfde wijziging inzake taalgebruik mag, onder dezelfde voorwaarden worden aangevraagd door een verdachte die in de gemeente Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Sint-Genesius-Rode, Wemmel of Wezembeek-Oppem woonachtig is en die daartoe het verzoek doet in de bij § 2 van dit artikel voorgeschreven vormen.»

B.2.1. Zoals uit de bewoordingen van de prejudiciële vraag blijkt, dient het Hof voormeld art. 23 van de wet van 15 juni 1935 slechts aan de artt. 10 en 11 van de Grondwet te toetsen, in zoverre uit die bepaling, gelezen in samenhang met de aangehaalde artt. 14 tot 16 van dezelfde wet, een verschil in behandeling voortvloeit tussen, enerzijds, de beklaagde voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van rechtspleging uitsluitend de taal van het eentalige taalgebied is waarin die beklaagde wordt vervolgd en waarin die rechtbank is gelegen (artt. 1, 2, *2bis* en 14, eerste lid, van de wet) en, anderzijds, de beklaagde voor een politierechtbank of een correctionele rechtbank waarvan de taal van rechtspleging niet uitsluitend de taal van het taalgebied is, hetzij omdat de rechtbank is gelegen in een tweetalig taalgebied (art. 16 van de wet), hetzij omdat die rechtbank is gelegen in een eentalig taalgebied, maar de verdachte woonachtig is in een gemeente waarin taalfaciliteiten gelden voor de burgers (art. 14, tweede lid, en 15, § 2, van de wet).

B.2.2. Het door de prejudiciële vraag beoogde verschil in behandeling bestaat erin dat de rechtbank waarvoor de beklaagde op wie de regelen van art. 23 van de wet van toepassing zijn, wordt vervolgd, wegens de omstandigheden van de zaak kan beslissen niet in te gaan op de vraag van de beklaagde die alleen een andere taal kent dan de taal van de rechtspleging, of die zich gemakkelijker uitdrukt in die andere taal, om de rechtspleging in die taal te laten geschieden, terwijl de rechtbank van de beklaagde op wie de regelen van artt. 14 tot 16 van de wet van toepassing zijn, de wijziging van de taal van de rechtspleging niet kan weigeren wegens de omstandigheden van de zaak, maar uitsluitend wanneer zij vaststelt dat de beklaagde de taal waaruit hij het gebruik voor de rechtspleging vraagt, niet verstaat.

B.3. Art. 30 van de Grondwet bepaalt dat het gebruik van de in België gesproken talen vrij is en niet kan worden geregeld dan door de wet en alleen voor handelingen van het openbaar gezag en voor gerechtszaken.

Wanneer de wetgever, ter uitvoering van voormeld artikel, het gebruik van de talen regelt voor handelingen van het openbaar gezag en gerechtszaken, dient hij hierbij het in art. 10 van de Grondwet gewaarborgde gelijkheidsbeginsel en het door art. 11 van de Grondwet opgelegde verbod van discriminatie te eerbiedigen.

B.4.1. Het verschil in behandeling tussen de categorie van beklaagden op wie art. 23 van de wet, gelezen in samenhang met de artt. 1, 2, *2bis* en 14, eerste lid, van toepassing is, en de categorie van beklaagden, bedoeld in art. 16, § 1, van de wet, berust op een objectief criterium, namelijk het eentalig

dan wel tweetalig karakter van het taalgebied waarbinnen het rechtsgebied van de betrokken rechtbank is gesitueerd.

B.4.2. Bij de regeling van het taalgebruik in gerechtszaken dient de wetgever de fundamentele vrijheid van het individu om zich van de taal van zijn keuze te bedienen, te verzoenen met de goede werking van de rechtsbedeling.

De wetgever dient daarbij rekening te houden met de taalkundige verscheidenheid die bevestigd is in de Grondwet, die vier taalgebieden vastlegt, waarvan één tweetalig is.

B.4.3. Rekening houdende met die doelstellingen is het pertinent de mogelijkheid van een taalwijziging voor de beklaagde die dient te verschijnen voor een rechtbank in een eentalig taalgebied, afhankelijk te stellen van de cumulatieve voorwaarden dat de beklaagde alleen die andere taal kent of zich gemakkelijker in die andere taal uitdrukt en dat de omstandigheden van de zaak zich niet verzetten tegen de taalwijziging die onvermijdelijk leidt tot verwijzing van de zaak naar een ander rechtsgebied. Het spreekt voor zichzelf dat de bedoelde omstandigheden verband dienen te houden met het vereiste van een goede rechtsbedeling, wat wordt bevestigd in de voorbeelden die in de loop van de parlementaire voorbereiding van art. 23 werden gegeven (*Parl.St., Senaat*, 1934-1935, nr. 86, p. 22; *Parl.St., Kamer*, 1934-1935, nr. 135; *Hand., Kamer*, 4 juni 1935, p. 1290).

Door, ongeacht zijn woonplaats, de beklaagde voor een rechtbank in een tweetalig taalgebied, de mogelijkheid te bieden de wijziging van de taal van de rechtspleging in de andere taal van het taalgebied te verkrijgen, behoudens wanneer de beklaagde de door hem gevraagde taal niet machtig zou zijn, heeft de wetgever een maatregel genomen waardoor de vrijheid van taalgebruik, in het licht van het bestaan van vier taalgebieden, niet méér werd beperkt dan voor een goede rechtsbedeling nodig is, nu die taalwijziging, anders dan voor een rechtbank in een éentalig taalgebied, niet een verwijzing van de zaak naar een ander rechtsgebied meebrengt.

B.4.4. Nu de wetgever rekening heeft gehouden met het grondwettelijke bestaan van vier taalgebieden, waarvan drie éentalige taalgebieden, en hij de individuele vrijheid van taalgebruik niet méér heeft beperkt dan nodig is om ze nog langer te kunnen verzoeken met de vereisten van een goede rechtsbedeling, heeft hij een maatregel genomen die niet onevenredig is.

B.4.5. Ten aanzien van het in overweging B.4.1. vermelde verschil in behandeling dient de prejudiciële vraag negatief te worden beantwoord.

B.5.1. Het verschil in behandeling tussen de categorie van beklaagden op wie art. 23 van de wet, gelezen in samenhang met de artt. 2 en 14, eerste lid, van toepassing is, en de categorie van beklaagden, bedoeld in artt. 14, tweede lid, en 15, § 2, berust eveneens op een objectief criterium, namelijk dat de woonplaats van de beklaagde al dan niet gelegen is in een gemeente met een bijzonder taalstatuut. Omdat de Grondwet zelf de mogelijkheid heeft erkend dat de wet in gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn, kan voorschrijven of toelaten, is de objectiviteit van dat onderscheidingscriterium niet betwistbaar.

B.5.2. De voormelde artt. 14, tweede lid en volgende, en 15 van de wet, verlenen aan de daarin bedoelde beklaagden

een voordeel dat ontzegd is aan de beklaagde op wie art. 23 van toepassing is.

Door aan de verdachte woonachtig in de in de artt. 14 en 15 van de wet bedoelde gemeenten dat hierboven omschreven voordeel van taalwijziging toe te kennen, heeft de wetgever een maatregel genomen die past in het streven een goede rechtsbedeling te verzekeren en in de erkenning van taalfaciliteiten ten voordele van burgers, woonachtig in bepaalde gemeenten met een bijzonder taalstatuut, en die niet onevenredig is met de door hem nagestreefde doelstelling.

B.5.3. Ten aanzien van het in overweging B.5.1. vermelde verschil in behandeling dient de prejudiciële vraag negatief te worden beantwoord.

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 JANUARI 1998

Voorzitter: mevr. Charlier

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. De Riemaecker

Advocaten: mrs. T'Kint en Draps

Makelaar en commissionair – Vastgoedmakelaar – Bescherming van beroepstitel en reglementering van beroepsuitoefening – Overgangsregeling – Verstrijken van termijn van regularisatie

Uit het geheel van wettelijke en verordenende bepalingen van de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, van het K.B. van 24 juni 1987 houdende organisatie van de overgangsregeling bedoeld bij art. 17 van die kaderwet en van het K.B. van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar volgt enerzijds dat de wetgever en de Koning een overgangsregeling hebben georganiseerd waarbij alleen aan de Raden van erkenning de bevoegdheid wordt toegekend kennis te nemen van aanvragen van de personen die wegens overmacht of uitzonderlijke omstandigheden buiten hun wil, hun aanvraag om inschrijving op de gemeentelijke lijst niet binnen de gestelde termijn hadden kunnen indienen, en anderzijds dat na het verstrijken van de overgangsregeling de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar onderworpen is aan de overlegging van een van de in het K.B. van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar opgesomde diploma's of akten.

De kamer van beroep die zich niet bevoegd verklaart om de termijnen te heropenen waarbinnen de betrokkenen de overgangsregeling konden genieten en daarom beslist dat de inschrijving op het tableau van de beoefenaren van het beroep van vastgoedmakelaar of op de lijst van de stagiairs-vastgoedmakelaars zonder een akte of diploma bedoeld in art. 5, § 1, van het K.B. 6 september 1993 niet langer mogelijk is, schendt de wet niet.

D. t/ Beroepsinstituut voor Vastgoedmakelaars

Gelet op de bestreden beslissing, op 26 maart 1997 gewezen door de Franstalige kamer van beroep van het Beroepsinstituut voor Vastgoedmakelaars;

Over het middel: schending van de art. 1, 3, inzonderheid eerste lid, 8, inzonderheid § 1, 1°, en § 5, 17, inzonderheid § 1, § 4, vijfde lid, en § 6 van de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, 1, 2, 18 van het K.B. van 24 juni 1987 houdende organisatie van de overgangsregeling bedoeld bij art. 17 van de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, 2, 5, 7 van het K.B. van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar en 149 van de Grondwet,

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 2 van het K.B. van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, niemand als zelfstandige in hoofd- of bijberoep, het beroep van vastgoedmakelaar mag uitoefenen of de beroepstitel voeren van «erkend vastgoedmakelaar B.I.V.» of «stagiair-vastgoedmakelaar», tenzij hij is ingeschreven op het tableau van de beoefenaren van het beroep of op de lijst van de stagiairs die door het Instituut worden bijgehouden of, indien hij in het buitenland is gevestigd, geen toestemming heeft verkregen om het beroep occasioneel uit te oefenen;

Dat art. 5 van dat besluit de voorwaarden bepaalt waaraan de beoefenaren van het gereguleerde beroep moeten voldoen, meer bepaald de diploma's of akten waarvan zij houder moeten zijn;

Dat art. 7, eerste lid, van hetzelfde besluit bepaalt dat de personen die, op de datum van inwerkingtreding van dit besluit, sedert ten minste drie maanden de in art. 3 bedoelde beroepswerkzaamheden uitoefenen voor eigen rekening of, als gevolmachtigden of organen, voor rekening van een rechtspersoon, op eigen verzoek worden ingeschreven op de lijst bedoeld in art. 17, § 1, van de kaderwet van 1 maart 1976, overeenkomstig de bepalingen van het K.B. van 24 juni 1987 houdende organisatie van de overgangsregeling bedoeld in art. 17 van de kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen;

Overwegende dat art. 17, § 1, van de kaderwet van 1 maart 1976 bepaalt dat de personen die op de datum waarop een ter uitvoering van de wet genomen besluit in werking treedt het gereguleerde beroep uitoefenen in de voorwaarden en sedert de tijd vastgesteld door de Koning, op hun verzoek worden ingeschreven op een lijst opgemaakt door de burgemeester van de gemeente waar zij hun hoofdvestiging hebben; dat krachtens § 3, eerste lid, van dit artikel de Koning voor elk gereguleerd beroep Raden van erkenning opricht;

Dat art. 1 van het K.B. van 24 juni 1987 houdende organisatie van de overgangsregeling bedoeld bij het bovenaangehaalde art. 17 bepaalt dat de aanvraag om inschrijving op de lijst bedoeld in dat artikel, § 1, wordt ingediend bij het gemeentebestuur van de plaats van de hoofdvestiging van de aanvrager of van die van de vennootschap voor rekening waarvan hij zijn beroepswerkzaamheid uitoefent, binnen een

maand na de inwerkingtreding van het besluit tot reglementering van het beroep;

Dat uit de artt. 7, 12 en 17 voornoemd K.B. blijkt dat de Raden van erkenning tot opdracht hebben uitspraak te doen over het beroep van de aanvragers tegen de weigering om hen in te schrijven op een gemeentelijke lijst, en de definitieve lijst voor het betrokken beroep op te maken, met inachtneming van de door hen op die beroepen gewezen beslissingen en dat die definitieve lijsten binnen vijftien dagen na de betekening van de laatste beslissing worden toegezonden aan de minister van Middenstand;

Dat luidens art. 17, § 4, vijfde lid, van de kaderwet de Raden van erkenning ook kennisnemen van de aanvragen, ingediend door de personen die hun aanvraag om inschrijving op de gemeentelijke lijst, wegens overmacht of uitzonderlijke omstandigheden buiten hun wil, niet binnen de gestelde termijn hebben kunnen indienen;

Dat art. 18, eerste lid, van het K.B. van 24 juni 1987 bepaalt dat de bevoegdheden van de Raden van erkenning ophouden te bestaan op de dag die is vastgesteld voor het verzenden van de lijsten naar de minister van Middenstand;

Overwegende dat uit het geheel van die wettelijke en verordenende bepalingen volgt, enerzijds, dat de wetgever en de Koning een overgangsregeling hebben georganiseerd waarbij alleen aan de Raden van erkenning de bevoegdheid wordt toegekend kennis te nemen van aanvragen van de personen die wegens overmacht of uitzonderlijke omstandigheden buiten hun wil, hun aanvraag om inschrijving op de gemeentelijke lijst, niet binnen de gestelde termijn hadden kunnen indienen, anderzijds, dat na het verstrijken van de overgangsregeling de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar onderworpen is aan de overlegging van een van in het K.B. van 6 september 1993 opgesomde diploma's of akten;

Overwegende dat de bestreden beslissing vaststelt dat eiser «gewag maakt van een lange beroepservaring en van het feit dat hij, daar hij in Ruanda was, onmogelijk de overgangsregeling kon genieten, vervat in art. 17 van de kaderwet van 1 maart 1976 (...)»;

Dat zij beslist dat «de kamer van beroep niet bevoegd is om de termijnen te heropenen waarbinnen de betrokkenen de overgangsregeling konden genieten» en, zonder door het middel op dat punt te worden bekritiseerd, dat die termijnen verstreken zijn;

Dat de bestreden beslissing door die overwegingen de beslissing dat «inschrijving op het tableau van de beoefenaren van het beroep van vastgoedmakelaar of op de lijst van de stagiairs-vastgoedmakelaars zonder een akte of diploma bedoeld in art. 5, § 1, van het K.B. van 6 september 1993 niet langer mogelijk is»;

Dat het oordeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat uit het antwoord op het eerste onderdeel blijkt dat de bestreden beslissing wettig beslist dat na het verstrijken van de overgangsregeling alleen de overlegging van een van de in het K.B. van 6 september 1993 opgesomde diploma's of akten recht geeft op inschrijving op het tableau van de vastgoedmakelaars of op de lijst van de stagiairs-vastgoedmakelaars;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 21 APRIL 1998

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. D'Halleweyn

Wegverkeer – Ademtest – Bewijs – Vermelding dat de ademanalyse werd verricht overeenkomstig de reglementaire voorschriften

De door art. 7, vierde lid, van het K.B. van 18 februari 1991 betreffende de analysetoestellen voor de meting van de alcoholconcentratie in de uitgeademde alveolaire lucht, voorgescreven verwittiging blijkt niet uit de vermelding dat de ademanalyse werd verricht conform de voorschriften van vermeld koninklijk besluit.

Het feit en de inhoud van de gedane verwittiging moeten integendeel blijken hetzij uit het proces-verbaal van vaststelling, hetzij uit een regelmatig aangevoerde inlichting waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren.

O.M. t/ V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 6 februari 1997 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Turnhout;

...

Overwegende dat art. 7, vierde lid, van het K.B. van 18 februari 1991 betreffende de analysetoestellen voor de meting van de alcoholconcentratie in de uitgeademde alveolaire lucht, bepaalt dat aan de betrokkene – die een ademanalyse moet ondergaan – moet uitgelegd worden dat hij een tweede ademanalyse mag vragen, dat bij een eventueel verschil tussen de twee resultaten van meer dan de in bijlage 1 bepaalde nauwkeurigheidsvoorschriften een derde ademanalyse wordt uitgevoerd, en dat indien de drie verschillen tussen de drie resultaten groter zijn dan de voormelde nauwkeurigheidsvoorschriften, een bloedproef wordt uitgevoerd;

Dat de vereiste verwittiging niet blijkt uit de vermelding dat de ademanalyse werd verricht conform de voorschriften van vermeld koninklijk besluit; dat integendeel het feit en de inhoud van de gedane verwittiging moeten blijken hetzij uit het proces-verbaal van vaststelling, waarvan overeenkomstig art. 62, eerste en tweede lid, Wegverkeerswet aan de overtreder een afschrift wordt gezonden binnen een termijn van acht dagen van de vaststelling, in welk geval de vermelding van de gedane verwittiging in het procesverbaal bewijs oplevert zolang het tegendeel niet is bewezen, hetzij, in de andere gevallen, uit een regelmatig aangevoerde inlichting waarover partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, in welk geval de rechter hierover op onaantastbare wijze oordeelt;

...

NOOT – Over het recht op een tweede ademanalyse, of hoe de vermelding van een recht zelf ook een recht kan zijn.

1. De wetgeving met betrekking tot het alcoholgebruik in het verkeer en de opsporing ervan werd door de wet van 18 juli 1990 (B.S., 8 november 1990) grondig gewijzigd. Het klassieke «zakje blazen» en de bloedproef moesten vanaf 1

december 1994 (datum van inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen) definitief plaats ruimen voor de *ademtest* en de *ademanalyse*. Slechts in uitzonderlijke gevallen (opgesomd in art. 63 van de Wegverkeerswet) zal nog een bloedproef plaatshebben.

2. De *ademtest* bestaat erin te blazen in een klein draagbaar elektronisch toestel dat enkel een aanduiding geeft over het niveau van de alcoholopname in de uitgeademde alveolaire lucht (d.i. de lucht afkomstig uit de longblaasjes). Het toestel beperkt zich tot de aanduiding «S» (Safe), «A» (Alarm) of «P» (Positief). Bij «S» bedraagt de alcoholconcentratie minder dan 0,22 mg/l (hetgeen overeenstemt met 0,5 gram alcohol per liter bloed, oftewel 0,5 promille). Indien op het scherm «A» verschijnt, heeft de betrokkene een alcoholconcentratie van ten minste 0,22 mg/l, maar minder dan 0,35 mg/l (hetgeen overeenkomt met 0,8 promille). Laat het toestel een «P» zien, duidt dit op een alcoholconcentratie van ten minste 0,35 mg/l (R. Poté en M. Vansnick, *Wetgeving op het Alcoholgebruik. Totstandkoming, Discussiepunten, Commentaar en Rechtspraak.*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 109). In de laatste twee gevallen zal er worden overgegaan tot een *ademanalyse* (art. 60, § 1, Wegverkeerswet). In voorkomend geval kan de rijkswachter of politieagent ook onmiddellijk een *ademanalyse* uitvoeren, zonder een voorafgaande *ademtest* (art. 59, § 2, Wegverkeerswet). In tegenstelling tot het *ademtest*toestel, meet het *ademanalyse*toestel nauwkeurig de alcoholconcentratie of het alcoholgehalte in de uitgeademde alveolaire lucht. Het resultaat wordt afgedrukt op een strookje papier dat de grootte heeft van een kasticket. Enkel dit «kasticket» (met uitzondering van een eventuele bloedanalyse) kan nog dienen als bewijs dat de betrokkene een te hoge alcoholconcentratie in zijn bloed had. Andere bewijsmiddelen zijn sinds de nieuwe wet niet meer toegelaten (art. 34 Wegverkeerswet *in fine*; zie ook Pol. Sint-Niklaas, 21 mei 1997, *T.A.V.M.* 1997, 314, noot R. Poté, alsmede E. Desmedt, «De wijze van vaststelling van de alcoholintoxicatie», *R.W.*, 1996-97, 1228 (noot onder Cass., 25 april 1996) en R. Poté en Vansnick, M., *o.c.*, 139).

3. Als de persoon aan wie een *ademanalyse* wordt opgelegd erom verzoekt, wordt onmiddellijk een tweede analyse uitgevoerd. Als er tussen de resultaten van de eerste en de tweede meting een groter verschil is dan de door de Koning bepaalde nauwkeurigheidsvoorschriften (zie art. 4.2 van bijlage 1 bij het K.B. van 18 februari 1991 betreffende de analysetoestellen voor de meting van de alcoholconcentratie in de uitgeademde alveolaire lucht, *B.S.*, 1 maart 1991; gewijzigd bij K.B. van 19 april 1991, *B.S.*, 8 mei 1991; K.B. van 21 november 1994, *B.S.*, 29 november 1994; K.B. van 24 oktober 1997, *B.S.*, 31 oktober 1997), moet een derde meting plaatshebben. Als het eventuele verschil tussen twee van deze resultaten niet meer bedraagt dan de nauwkeurigheidsvoorschriften, wordt het laagste resultaat in aanmerking genomen. Als het verschil echter groter is, wordt de *ademanalyse* als niet uitgevoerd beschouwd en moet er een bloedproef volgen (artt. 59, § 3, en 63 Wegverkeerswet).

4. De procedures bij het afnemen van de *ademtest* en de *ademanalyse* werden uitgewerkt in twee K.B.'s van 18 februari 1991 (K.B. van 18 februari 1991 betreffende de ademtesttoestellen die het niveau van de alcoholopname in de uitgeademde alveolaire lucht aangeven, *B.S.*, 1 maart 1991 en K.B. van 18 februari 1991 betreffende de analysetoestellen voor de meting van de alcoholconcentratie in de uitgeadem-

de lucht, *B.S.*, 1 maart 1991; beide gewijzigd door de reeds hierboven vermelde K.B.'s, uitgezonderd K.B. van 24 oktober 1997 dat enkel het tweede K.B. wijzigde). Zo bepaalt het K.B. betreffende de ademtesttoestellen o.m. dat personen die een ademtest moeten ondergaan, een wachttijd mogen vragen van vijftien minuten (art. 8). Van belang voor deze bijdrage is echter het tweede K.B., namelijk dat betreffende de analysetoestellen. Ook dit K.B. bepaalt dat de persoon die een *ademanalyse* moet ondergaan een wachttijd van een kwartier mag vragen (art. 7). Hetzelfde artikel bepaalt voorts dat de overheidsagent die de analyse uitvoert een mondstuk op de blaasslang moet aanbrengen zonder dit aan te raken, de betrokkene moet verzoeken vijf tot tien seconden voldoende hard te blazen, het verkregen resultaat tonen en luidop voorlezen, en, *last but not least*, aan de betrokkene moet uitleggen dat hij een tweede *ademanalyse* mag vragen. Als blijkt dat het verschil tussen de eerste en de tweede analyse groter is dan de in bijlage 1 bepaalde nauwkeurigheidsvoorschriften, wordt een derde *ademanalyse* uitgevoerd. Indien de drie verschillen tussen de drie resultaten groter zijn dan de voormelde nauwkeurigheidsvoorschriften, moet een bloedproef uitsluitel geven (zie art. 7).

5. In het hierboven weergegeven arrest van 21 april 1998 moest het Hof van Cassatie een antwoord geven op de vraag of een loutere vermelding dat de voorschriften van het K.B. betreffende de analysetoestellen werden nagekomen, voldoende is opdat vaststaat dat de overheidsagent de persoon die hij aan een *ademanalyse* onderwerpt, erop gewezen heeft dat hij recht heeft op een tweede *ademanalyse*. In deze zaak betrof het een bestuurder van een personenwagen die op 24 maart 1996 omstreeks 3u50 een *ademanalyse*test moest ondergaan. De test wees uit dat de betrokkene een alcoholconcentratie had van 0,50 mg/l uitgeademde alveolaire lucht (ofwel 1,135 promille). Er werd slechts één test uitgevoerd. De betrokkene beweerde dat de verbalisanten hem niet hadden meegedeeld dat hij in de mogelijkheid was een tweede test te vragen, hetgeen nochtans verplicht is overeenkomstig art. 7, vierde lid, van het K.B. van 18 februari 1991 betreffende de analysetoestellen.

6. De eerste rechter spreekt de beklaagde vrij. Tegen deze vrijpraak tekent het Openbaar Ministerie beroep aan, maar ook de Correctionele Rechtbank te Turnhout laat de beklaagde vrijuit gaan. In haar vonnis van 6 februari 1997 stelt de rechtbank dat noch uit de bewoordingen van het aanvankelijk proces-verbaal, noch uit die van het aanvullend proces-verbaal en evenmin uit een getuigenverklaring af te leiden is dat de verplichte uitleg in voormeld art. 7, vierde lid, ook daadwerkelijk werd verschaft. Het aanvankelijk proces-verbaal beperkte zich immers tot de vermelding dat «de analyse werd verricht conform de voorschriften omtrent het metrologisch boekje, de gebruiksaanwijzing, de hygiëne en het lezen van het resultaat, zoals vermeld staat in het K.B. van 19 februari 1991 betreffende de analysetoestellen». Uiteindelijk komt de zaak voor het Hof van Cassatie. In zijn arrest van 21 april 1998 bevestigt het Hof dat de loutere vermelding dat de *ademanalyse* werd verricht conform de voorschriften van het K.B., onvoldoende is om te bewijzen dat de verplichte verwittiging ook daadwerkelijk werd gedaan. Het feit en de inhoud van de gedane verwittiging moeten blijken hetzij uit het proces-verbaal van vaststelling, hetzij uit een regelmatig aangevoerde inlichting waarover partijen tegenspraak hebben kunnen voeren.

7. In de concrete zaak is dus niet bewezen dat de verplichte uitleg werd verschaft. Het proces-verbaal dat de te hoge alcoholopname vaststelt, is immers aangetast door een substantieel vormgebrek. De sanctie die zowel de rechters in Turnhout als het Hof van Cassatie (weliswaar impliciet) koppelen aan het niet-naleven van de (substantiële) verwittigingsplicht, is de uitsluiting van het proces-verbaal als bewijs van de intoxicatie. De Correctionele Rechtbank te Turnhout spreekt de beklaagde immers vrij omdat «in het dossier geen andere afdoende elementen zijn terug te vinden welke wijzen op strafbare alcoholintoxicatie in de persoon van de beklaagde» (eigen cursivering). De vraag rijst of deze sanctie niet te streng is. Is de verplichte verwittiging van die aard, dat wanneer zij over het hoofd wordt gezien, zij een ademanalysetest – die een alcoholconcentratie van 1,135 promille aangeeft – uitsluit als bewijs? Het K.B. van 18 februari 1991 geeft geen sanctie aan. Het zegt enkel dat de uitleg moet verschaft worden. Het betreft hier dan ook geen zgn. *primair voorschrift*, d.w.z. een vormvereiste dat door de wet of het K.B. omschreven is en waarvan de naleving uitdrukkelijk op straffe van nietigheid is bepaald (zie B. De Smet, «De handhaving en relativering van strafvorderlijke voorschriften», in P. Traest en A. De Nauw (eds.), *Wie is er bang van het strafrecht?*, XXIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva, Gent, Mys & Breesch, 1998, 108). Toch meent de rechtspraak dat de niet-naleving van de verplichte verwittiging in voormeld art. 7, vierde lid, een nietigheid teweegbrengt. Zonder het met zoveel woorden te zeggen beschouwt zij deze verwittiging dan ook als een *substantieel voorschrift*: de naleving ervan wordt essentieel geacht om een fair en evenwichtig procesverloop tot stand te brengen (zie B. De Smet, *l.c.*, 108). Vooral het respecteren van het recht van verdediging is hier van doorslaggevend belang. Bewijzen die werden verkregen met miskenning van het recht van verdediging moeten uit het strafdossier worden verwijderd (R. Declercq, *Beginnelen van Strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 456; C. Van den Wyngaert, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1998, 930 en B. De Smet, *l.c.*, 112). Maar maakt de miskenning van een loutere vermeldingsplicht op zichzelf een schending van het recht van verdediging uit? De Politie-rechtbank te Turnhout beantwoordt deze vraag bevestigend in haar vonnis van 27 november 1995 (*Turnh. Rechtsl.* 1995-96, 115). De politierechter besliste dat de politie de mogelijkheid van een tweede ademanalyse aan de betrokkene moet melden. Bij gebreke van deze uitleg wordt zijn recht van verdediging geschon- den.

8. Dat de tweede analyse deel uitmaakt van het recht van verdediging, staat buiten kijf. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 18 juli 1990 werd er reeds op gewezen dat de tweede analyse erop gericht is de betrouwbaarheid van de eerste meting te controleren (Wetsontwerp tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, *Parl.St., Kamer*, 1989-1990, nr. 1062/7, 22). In die zin moet de tweede analyse dan ook worden gekaderd binnen het recht van verdediging van de betrokkene. Hoe betrouwbaar de ademanalysetoestellen ook mogen zijn, een technische fout is nooit uit te sluiten en de enige manier om na te gaan of een bepaalde meting foutvrij is, is het onmiddellijk uitvoeren van een tweede meting. Wijkt het resultaat van die tweede meting te veel af van dat van de eerste meting, kunnen er ernstige vraagtekens worden geplaatst bij de betrouw-

baarheid van de meting. Om deze reden moet de betrokkene dan ook een tweede kans krijgen om zich als het ware te vergewissen van de juistheid van het verkregen resultaat (M. Vansnick, «De nieuwe reglementering i.v.m. alcohol», *Verkeersrecht* 1991, 284). Bij de toelichting bij art. 31 van het wetsontwerp wordt uitdrukkelijk bevestigd dat het recht op deze tweede kans deel uitmaakt van het recht van verdediging: «Met het oog op het recht van verdediging wordt in paragraaf 3 bepaald dat de gecontroleerde persoon één of meer bijkomende analyses kan vragen (...)». (Wetsontwerp tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, *Parl.St., Kamer*, 1989-1990, nr. 1062/1, 23).

9. Betekent dit ook dat het recht om te worden verwittigd van een tweede analyse deel uitmaakt van het recht van verdediging? Wellicht wel. Uit de bepalingen van de twee K.B.'s van 18 februari 1991 valt af te leiden dat deze K.B.'s twee belangrijke nieuwigheden inhielden: enerzijds werd de wachttijd van dertig minuten herleid tot een kwartier (zie art. 8 van het K.B. betreffende de ademtesttoestellen en art. 7 van het K.B. betreffende de ademanalysetoestellen), anderzijds werd duidelijk het principe van de actieve informatieplicht van de ordediensten ingeschreven ten aanzien van de gene die aan de ademtest of -analyse wordt onderworpen. Zo bepaalt art. 7 van het K.B. betreffende de analysetoestellen niet alleen dat de verbalisanten de betrokkene moeten uitleggen dat hij recht heeft op een tweede analyse, ook moeten zij hem «op een duidelijke en expliciete manier» wijzen op zijn recht – als de analyse een alcoholopname van ten minste 0,35 mg/l aangeeft – op een bloedproef als tegenexpertise (zie art. 7, laatste lid). De ordediensten moeten dan ook sinds 1 december 1994 het verloop van de procedure stapsgewijs toelichten en vooral de betrokkene informeren over zijn rechten en plichten (M. Vansnick, «De nieuwe reglementering i.v.m. alcohol», *Verkeersrecht* 199, 285).

10. Gelet op deze belangrijke en duidelijke nieuwigheden die door de K.B.'s van 18 februari 1991 zijn uitgevoerd, en het feit dat de artikelsgewijze bespreking bij de memorie van toelichting zelf dat de tweede ademanalyse moet gekaderd worden binnen het recht van verdediging van de betrokkene, mag de rechtspraak de verplichte verwittiging in voormeld art. 7, vierde lid, beschouwen als een substantieel vormvoorschrift. Als blijkt dat deze verplichting niet werd nagekomen, moet het bewijs worden uitgesloten. Ook wanneer men de uitsluitingsregel minder strak en formalistisch gaat hanteren en rekening wil houden met het belang van de verdachte of het procesoogmerk van de norm (de zgn. *Schutznormtheorie*), kan men hier moeilijk tot een andere conclusie komen dan de uitsluiting van het proces-verbaal (zie hierover B. De Smet, *l.c.*, 139 e.v. en A. De Nauw, «De hantering van de begrippen 'belang' en 'normdoel' bij de toepassing van de nietigheidssanctie wegens niet-naleving van de regels uit het strafprocesrecht.», in *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Gent, Story, 1995, 101-116). Met het niet-verschaffen van de inlichting dat de betrokkene recht heeft op een tweede analyse, werd hij in zijn belangen geschaad – de tweede analyse had immers kunnen bewijzen dat de eerste test onbetrouwbaar was – en werd het oogmerk van de norm – namelijk het respecteren van het recht van verdediging – met voeten getreden. De uitsluiting is hier dus volkomen gerechtvaardigd. De «cautieplicht» in voormeld art. 7, vierde lid, is immers te belangrijk om, bij miskenning ervan, een proces-verbaal van vaststelling en-

kel zijn bijzondere bewijswaarde te ontnemen (en verder te laten gelden als loutere inlichting). Terwijl dat laatste wel opgaat voor het niet-naleven van zgn. *secundaire vormvoorschriften* (zoals het niet-tijdig versturen van het afschrift van het proces-verbaal aan de overtreder (Cass., 22 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, 144, met noot A. Vandeplas en *Arr.Cass.*, 1985-86, 239) of het verkeerd dagtekenen (Cass., 6 december 1988, *Verkeersrecht* 1989, 146 en *Arr.Cass.*, 1988-89, 407), is deze sanctie te licht voor het niet-naleven van een recht van verdediging zoals de «cautieplicht» in voormeld art. 7, vierde lid van het K.B. betreffende de analysetoestellen.

11. Deze rechtspraak indachtig is het aan de ordediens-ten om bij het afnemen van ademtesten en -analyses en bij de opstelling van hun (aanvankelijke) processen-verbaal, meer nauwkeurigheid aan de dag te leggen. De verplichtingen in de voormelde K.B.'s moeten worden nageleefd en van elke nageleefde verplichting dient uitdrukkelijk melding gemaakt te worden in het proces-verbaal. Zoniet schendt men het recht van verdediging, gaat de beklagde – die duidelijk te veel op had – vrijuit en blijft de rijkswachter of politie-agent met veel frustraties achter.

Tom Ongena
Wetenschappelijk medewerker U.I.A.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 4 MEI 1998
Voorzitter: de h. Forrier
Rapporteur: de h. Boes
Openbaar ministerie: mevr. De Raeve
Advocaat: mr. Bützler

Gezinsbijslag – Verblijf in België – Opvoeding in het buitenland

Krachtens art. 52, eerste lid, Kinderbijslagwet Werknemers is de kinderbijslag niet verschuldigd ten behoeve van kinderen die buiten het Rijk worden opgevoed. Indien kinderen in het buitenland onderwijs volgen en niet blijkt dat de opvoedingsopdracht van de in België verblijvende ouders aldaar door iemand anders is overgenomen, kan men de gewone kinderbijslag niet ontzeggen. In het buitenland onderwijs volgen, is immers niet synoniem van «in het buitenland opgevoed worden».

R.K.W. t/ S. en P.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 april 1997 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen;

...
doordat het arbeidshof, na te hebben vastgesteld dat S. F. vanaf 1 september 1992 was ingeschreven aan een onderwijsinstelling te Jeruzalem (Israël), sedert die datum in Israël verbleef en tijdens de vakantieperioden terugkeerde naar België, en dat J. F. ook vanaf 1 september 1992 aan een onderwijsinstelling te Natanya (Israël) was ingeschreven en sedertdien in Israël verbleef, maar tijdens de vakantieperioden regelmatig terugkeerde naar Antwerpen, (deels) met bekrachtiging van de beslissing van de arbeidsrechtbank, eiser

veroordeelt tot betaling aan mevrouw R. P. van de verschuldigde kinderbijslag voor J. F., verhoogd met moratoire interest vanaf 12 mei 1993 vervallen, en nog niet-uitgekeerde bedragen en vanaf de respectieve vervaldatum op de later vervallen en nog niet-uitgekeerde bedragen, en wat de kinderbijslag voor S. F. betreft, eveneens oordeelt dat eiser de normale kinderbijslag niet mocht ontvangen, op volgende gronden: «Het is duidelijk dat het feit in het buitenland hoger onderwijs te volgen, in de zin van art. 52 Kinderbijslagwet Werknemers niet gelijk te stellen is met 'in het buitenland opgevoed worden', zoniet zouden de hierboven aangehaalde bepalingen betreffende de toekenning van kinderbijslag voor kinderen die hoger onderwijs in het buitenland volgen, wat uiteraard en normalerwijze min of meer lange afwezigheden buiten het Rijk meebrengt, geen zin hebben. Anderzijds is in de gecoördineerde wetten geen bepaling te vinden van het begrip 'opgevoed worden'. Het is duidelijk dat het hier in het raam van de wetgeving op de kinderbijslag niet gaat om een pedagogisch begrip, maar wel om een begrip dat juridisch ingevuld dient te worden. Algemeen wordt aangenomen dat het begrip overeenkomt met de betekenis van de onderhoudsplicht in art. 203 B.W., nl. het verschaffen van 'levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding'. In ruimere bewoordingen wordt eronder verstaan: (1°) voeden, d.w.z. alles geven wat nodig is voor het materieel bestaan van het kind, (2°) 'onderhouden', d.w.z. het verzekeren van kleding en woning, en (3°) 'opvoeden', d.w.z. alles geven wat het kind op moreel en intellectueel vlak nodig heeft, rekening houdende met de mogelijkheden van de ouders. Hieronder vallen ook het bekostigen en stimuleren van hogere studies, hobby's, reizen, enz. (*Jaarverslag R.K.W.* 1995, p. 105). Ondertussen luidt de tekst van art. 203, § 1, B.W.: 'De ouders dienen naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen. Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting door na de meerderjarigheid van het kind.' Uit niets blijkt dat (verweerders) deze opvoedingsverplichting ten aanzien van hun kinderen S. en J. niet verder zouden hebben uitgevoerd tijdens hun verblijf in Israël, waar zij een voortgezette hogere opleiding ontvingen. Uit niets blijkt anderzijds dat anderen in Israël deze opvoedingsopdracht van de ouders hebben overgenomen. Een inrichting voor hoger onderwijs wordt niet geacht de opvoeding van de studenten, in de zin van art. 203 B.W., van de ouders over te nemen. Bijgevolg was de beslissing van de R.K.W., het recht op de normale kinderbijslag volgens art. 52, § 3, aan de heer en mevrouw S.-P. te ontzeggen, niet in rechte verantwoord.»

...
Overwegende dat, krachtens art. 52, eerste lid, van de Kinderbijslagwet Werknemers van 19 november 1939, de kinderbijslag niet verschuldigd is ten behoeve van kinderen die buiten het Rijk worden opgevoed;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de betrokken kinderen in het buitenland onderwijs volgen, maar dat niet blijkt dat de opvoedingsopdracht van de in België verblijvende ouders aldaar door iemand anders is overgenomen;

Dat het arrest op grond van die vaststellingen wettig kon oordelen dat eiser niet gerechtigd was de gewone kinderbijslag te ontzeggen aan de verweerder voor de kinderen S. en J. F.;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER – 24 MEI 1996

Voorzitter: mevr. Pauwels

Raadsheren: mevr. Van Cauwelaert en de h. Demyttenaere

Advocaten: mrs. Sucaet loco Herbrant en Weber loco Hachez

Overeenkomst – Dwaling – Verhuring van ontvangtoestel dat wettelijk niet is toegelaten

Aangezien mag worden aangenomen dat het voor de huurder van een ontvangtoestel essentieel is dat dit toestel wettelijk is toegelaten en dat de huurder te dezen de huurovereenkomst niet zou hebben gesloten indien hij had geweten dat het te huur aangeboden ontvangtoestel niet aan die kwalificatie beantwoordde, dient de huurovereenkomst wegens dwaling te worden nietigverklaard.

B.V.B.A. M. t/ N.V. L.

Gelet op de procedurestukken, inzonderheid het bestreden vonnis op 7 mei 1991 uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Brussel, beslissing die bij gerechtsdeurwaardersexploot van 30 juli 1992 werd betekend aan appellante en waartegen bij verzoekschrift op 14 augustus 1992 een regelmatig en toelaatbaar hoger beroep werd ingesteld;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde betaling nastreeft van vervallen en onbetaald gebleven huurgelden, zijnde die van maart tot en met augustus 1989, ten belope van 6 × 10.710 frank of 64.260 frank, alsmede van een debetnota van 14 juli 1989 ten belope van 3.053 frank, bedragen telkens te vermeerderen met de conventionele interest, en dit op basis van een op 4 maart 1987 gesloten overeenkomst waarbij geïntimeerde aan appellante drie semafoonapparaten Euro Signal in huur gaf;

Overwegende dat de oorspronkelijke tegenvordering van appellante strekt tot de nietigverklaring van genoemde overeenkomst met teruggave van alle betaalde huurgelden, en in subsidiair tot de ontbinding ervan met teruggave van de huurgelden geïnd vanaf 1 april 1989;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat genoemde huurovereenkomst werd gesloten voor de duur van 60 maanden en dat appellante, die de apparaten gebruikte in het raam van haar activiteit als internationale vervoermaatschappij, naar aanleiding van een rijkswachcontrole, bij brief van 25 april 1989, aangetekend verzonden zowel naar de verhuurder, zijnde geïntimeerde, als naar de leverancier van de apparaten, de B.V.B.A. A. B. verzocht de toestellen opnieuw te komen ophalen, omdat zij niet waren voorzien van een goedkeuringsattest, zodat de overeenkomst op een onwettige manier was totstandgekomen;

dat geïntimeerde op deze brief geen enkele reactie ontving, noch van de leverancier, noch van geïntimeerde, die, zoals uit de door haar neergelegde stukken blijkt, desbetreffende contact zocht met de leverancier, die evenwel spoorloos bleek te zijn;

Overwegende dat de eerste rechter de hoofdvordering gegrond acht en de tegenvordering ongegrond verklaart, oordelend dat de overeenkomst, inclusief een exonerationbeding, geldig was aangegaan en partijen tot wet strekte;

Overwegende dat appellante daartegen aanvoert dat de overeenkomst door een wilsgebrek is aangetast ingevolge een tekortkoming van geïntimeerde aan haar informatieplicht, door te bewijzen dat de ontvangtoestellen niet dienden goedgekeurd te zijn door de R.T.T. en door appellante niet te informeren over de noodzakelijkheid van het bezit van een vergunning; dat zij subsidiair beweert dat geïntimeerde is tekortgeschoten in haar vrijwaringsplicht door, i.v.m. de goedkeuring, niet het nodige te doen opdat appellante het rustig en volledig genot van de verhuurde zaak zou verkrijgen;

Overwegende dat geïntimeerde niet betwist ontvangtoestellen te hebben verhuurd waarvoor geen verplicht goedkeuringscertificaat was afgeleverd; dat geïntimeerde hierdoor een onwettigheid beging door de strafbepalingen vervat in art. 7 van de wet van 18 februari 1977 betreffende de openbare radio- en televisiedienst te overtreden, welk artikel o.m. de verhuring verbiedt van een ontvangtoestel waarvan geen exemplaar werd goedgekeurd door de bevoegde dienst; dat geïntimeerde tevens een overtreding beging op art. 8 van genoemde wet, door een ontvangtoestel te verhuren aan iemand die niet over de vereiste vergunning beschikte en door geen aangifte van de verhuring bij de bevoegde diensten te doen;

Overwegende dat moet worden aangenomen dat het voor appellante essentieel was dat de ontvangtoestellen wettelijk waren toegelaten en dat zij de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien zij desbetreffend volledig werd ingelicht; dat door de fout van geïntimeerde appellante desbetreffend in dwaling werd gebracht, zodat de overeenkomst dient te worden nietig verklaard; dat geïntimeerde mocht aannemen dat appellante geen strafbare daden zou stellen en dat zij, als beroepsverhuurder, tevens van de wettelijke reglementeringen desbetreffend op de hoogte was; dat het feit dat appellante zelf niet over de vereiste vergunning beschikte, hieraan geen afbreuk doet; dat het integendeel geïntimeerde eveneens verboden was om aan een niet-bezitter van een vergunning te verhuren, zodat zij appellante desbetreffend correct had dienen te informeren, hetgeen zij niet deed, terwijl integendeel zij niet betwist te hebben beweert dat geen vergunning vereist was;

Overwegende dat anderzijds, daar appellante het genot van de gehuurde toestellen verkreeg gedurende de periode dat huurgelden werden betaald, er geen aanleiding toe is om de terugbetaling ervan te bevelen; dat, na deze periode, appellante geïntimeerde verzocht de apparaten terug te nemen en niet meer tot betaling overging;

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e TER KAMER – 2 NOVEMBER 1998

Voorzitter: de h. Renaers

Raadsheren: de hh. Thys en Lemmens

Advocaten: mrs. De Smet, Patroons en Sanders loco Van Leemputten

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Faillissementsvonnis – Derdenverzet – Termijn

Hoger beroep tegen een vonnis dat het derdenverzet tegen een vonnis van faillietverklaring afwijst, moet binnen één maand na de betekening van het beroepen vonnis ingesteld worden.

V. t/ Faillissement N.V. A.

Op 18 december 1997 heeft Van Der L. Leo in zijn hoedanigheid van bestuurder van N.V. A. bij de hoofdgriffier van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen «bekentenis van staking van betalingen» gedaan.

In een vonnis van 18 december 1997 verklaarde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen de N.V. A. failliet en werden mr. R. Le Page en mr. K. Patroons tot curatoren benoemd.

Dit vonnis werd op 25 december 1997 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd.

Bij exploit van 9 januari 1998 heeft Pieter Vanden B. tegen dit vonnis derdenverzet ingesteld en liet daartoe de curatoren, de N.V. A. en Leo Van Der L. dagvaarden.

Dit derdenverzet werd ingeleid op de terechtzitting van 22 januari 1998 van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen. Mr. De Smet pleitte er voor eiser in verzet en de zaak werd in voortzetting gesteld op de terechtzitting van 19 februari 1998. Op deze terechtzitting werd de zaak wegens gewijzigde samenstelling van de zetel volledig hernomen en verscheen niemand voor Pieter Vanden B.

Na advies van het openbaar ministerie werden de debatten gesloten en de zaak in beraad gesteld.

In een t.o.v. Pieter Vanden B. bij verstek gewezen vonnis van 12 maart 1998 verklaarde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen het derdenverzet onontvankelijk («eiser in verzet toonde niet aan aandeelhouder te zijn of anderszins een rechtmatig belang terzake te hebben») en oordeelde «dat ten overvloede uit de overgelegde stukken en conclusies duidelijk de staat van faillissement van N.V. A. blijkt».

De curatoren lieten dit vonnis bij exploit van 20 maart 1998 aan Vanden B. Pieter betekenen.

Pieter Vanden B. heeft bij verzoekschrift van 20 april 1998 tegen dit vonnis van 12 maart 1998 hoger beroep ingesteld.

...

De curatoren zijn van oordeel dat met toepassing van art. 14 Faill. W. van 8 augustus 1997 het hoger beroep binnen vijftien dagen na betekening van het beroepen vonnis dienden te worden ingesteld en besluiten derhalve tot de tardiviteit van het hoger beroep. Bovendien besluiten zij tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

Geïntimeerde Leo Van Der L. concludeert op dezelfde wijze als de curatoren en betoogt bovendien dat het hoger beroep louter dilatoir is en vordert uit dien hoofde een schadevergoeding van 100.000 Fr.

...

Art. 14, laatste lid, Faill. W. van 8 augustus 1997 bepaalt dat de termijn om hoger beroep in te stellen «tegen de vonnissen bedoeld in het eerste lid» – het eerste lid heeft het over «ieder vonnis van faillietverklaring of ieder vonnis waarbij het tijdstip van staking van betaling wordt vastgesteld» – «... vijftien dagen is te rekenen van de opneming in het Belgisch Staatsblad van het uittreksel bedoeld in art. 38 of van de betekening van het vonnis, indien het hoger beroep door de gefailleerde is ingesteld».

Deze bepaling verwijst dus niet naar de vonnissen bedoeld in art. 14, tweede lid, Faill. W., namelijk die welke worden uitgesproken na een tegen het vonnis van faillietverklaring ingesteld verzet of derdenverzet (zoals *in casu*).

Op deze vonnissen dient dan ook art. 37 Faill. W. van 8 augustus 1997 te worden toegepast, dat bepaalt: «Tegen de von-

nissen in faillissementszaken, die niet het vonnis van faillietverklaring en het vonnis tot vaststelling van de datum van staking van betaling zijn, staat beroep open overeenkomstig het Gerechtelijk Wetboek ...».

Met toepassing van art. 1131 *juncto* art. 1051 Ger. W. diende dit hoger beroep binnen één maand na betekening van het beroepen vonnis ingesteld te zijn, hetgeen *in casu* gebeurd is. Het hoger beroep is dan ook tijdig ingesteld.

...

NOOT – Het toepassingsgebied van art. 14 Faill. W.

1. Zoals bekend, trad op 1 januari 1998 de nieuwe Faillissementswet van 8 augustus 1997 (hierna «Faill. W.») in werking. De hoven en rechtbanken hebben nu de moeilijke taak om de wet in de praktijk toe te passen en interpretatieproblemen op te lossen. In een vroegere bijdrage werd reeds beklemtoond dat art. 14, vierde lid, Faill. W. niet van toepassing is op het hoger beroep tegen een vonnis dat de faillietverklaring afwijst (Loosveld, S., «Het hoger beroep tegen een vonnis dat de faillietverklaring afwijst onder de nieuwe faillissementswet», *Tijdschrift voor Bewijs- en Procesrecht*, 1998, (105), 105-107; zie ook Windey-Gouder de Beauregard, J., «La procédure», in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Commission droit et vie des affaires (ed.), Luik, Faculté de Droit, 1997, (81), 122).

2. Het hierboven gepubliceerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen betreft een andere netelige vraag inzake de korte beroepstermijn van art. 14, vierde lid, Faill. W., namelijk: is deze termijn ook van toepassing op het hoger beroep tegen een vonnis dat het derdenverzet afwijst tegen een vonnis van faillietverklaring, of is daarentegen de gemeenrechtelijke termijn van een maand van toepassing (art. 1051, eerste lid, Ger. W.)? Het antwoord dat het arrest daarop geeft, zal hieronder worden besproken in het raam van een kort overzicht van het toepassingsgebied van de termijnregeling in art. 14 Faill. W.

Onder de oude Faillissementswet (hierna «oude Faill. W.») bedroeg de bijzondere faillissementsrechtelijke termijn voor het instellen van hoger beroep vijftien dagen vanaf de betekening van het vonnis (art. 465, eerste lid, oude Faill. W.). Art. 465, eerste lid, oude Faill. W. sprak evenwel over vonnissen «terzake van faillissement» («*en matière de faillite*»). In het licht van de interpretatie die het Hof van Cassatie daaraan gaf (zie o.m. Loosveld, S., *o.c.*, 105-106), werd aanvaard dat deze termijn ook van toepassing was op het hoger beroep tegen een vonnis in (derden)verzet (Verougstraete, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, Swinnen, 1987, nr. 38, p. 46). Of dit vonnis in (derden)verzet een vonnis van faillietverklaring was dan wel de faillietverklaring afwees, was niet van belang. Een afwijzend vonnis in (derden)verzet viel immers ook in de categorie vonnis «terzake van faillissement», zodat art. 465, eerste lid, oude Faill. W. toepasselijk was. Voorts bedroeg krachtens art. 473, tweede lid, oude Faill. W. de termijn voor (derden)verzet tegen een vonnis van faillietverklaring acht dan wel vijftien dagen na de opneming van een uittreksel uit het vonnis van faillietverklaring in het Belgisch Staatsblad. Deze korte termijn was evenwel niet van toepassing op het (derden)verzet tegen een vonnis dat de faillietverklaring afwees.

3. Bij het beantwoorden van de vraag betreffende het toepassingsgebied van de bijzondere termijnregeling in de

Faill.W. moeten twee interpretatieregels worden gehanteerd, namelijk (1) *in claris non fit interpretatio* (i.e. indien de tekst (van de Faill.W.) duidelijk is, mag daaraan, via andere interpretatieregels, geen uitleg worden gegeven die niet overeenstemt met de tekst), en (2) de *lex specialis* (i.e. de termijnregeling in de Faill.W.) moet strikt worden geïnterpreteerd ten aanzien van de *lex generalis* (i.e. de termijnregeling in het Ger.W.).

Naast vonnissen waarbij het tijdstip van staking van betaling wordt vastgesteld (en waarop in deze noot niet verder wordt teruggekomen), verwijst de Faill.W. inzake de termijn om verzet, derdenverzet of hoger beroep in te stellen, enkel naar een «vonnis van faillietverklaring» (art. 14, eerste lid, Faill.W.). De andere vonnissen vallen dus onder de bepalingen van het Ger.W. (cf. art. 37 Faill.W. dat, in tegenstelling tot art. 14, eerste lid, Faill.W., wel, maar nodeloos, de term vonnis «in faillissementszaken» gebruikt).

In het licht van de twee bovenvermelde interpretatieregels kan de termijnregeling in art. 14 Faill.W. aan de hand van het volgende onderscheid worden benaderd.

4. Allereerst zijn zowel het verzet of het hoger beroep als het derdenverzet tegen een vonnis dat de faillietverklaring afwijst, onderworpen aan de gemeenrechtelijke termijn van respectievelijk een maand (art. 1048, eerste lid, Ger.W. en art. 1051, eerste lid, Ger.W.) en drie maanden (art. 1129 Ger.W.) vanaf de betekening van het vonnis. De bijzondere korte termijn van art. 14, derde en vierde lid, Faill.W. is immers enkel van toepassing op een vonnis van faillietverklaring en niet op een vonnis dat de faillietverklaring afwijst.

Indien, na een vonnis dat de faillietverklaring afwijst, de faillietverklaring toch in (derden)verzet of in hoger beroep wordt uitgesproken, bedraagt de termijn voor – al naargelang van het geval – (derden)verzet of hoger beroep tegen dit vonnis van faillietverklaring, vijftien dagen. Het vonnis in (derden)verzet of in hoger beroep dat de faillietverklaring uitspreekt, moet immers als een «vonnis van faillietverklaring» in de zin van art. 14, eerste lid, Faill.W. worden beschouwd.

Indien evenwel ook in (derden)verzet of in hoger beroep de faillietverklaring niet wordt uitgesproken, zijn uiteraard de termijnen van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing voor – opnieuw al naargelang van het geval – (derden)verzet of hoger beroep tegen het vonnis in (derden)verzet of in hoger beroep dat de faillietverklaring afwijst.

5. Ten tweede bedraagt de termijn voor verzet, derdenverzet of hoger beroep tegen een vonnis van faillietverklaring, vijftien dagen (art. 14, derde en vierde lid, Faill.W.; let evenwel op art. 4 Faill.W. voor betekening van het vonnis van faillietverklaring).

Indien de faillietverklaring in (derden)verzet wordt afgevoerd, is de termijn om daartegen – al naargelang van het geval – (derden)verzet of hoger beroep aan te tekenen, die welke is bepaald in het Ger.W. Niet alleen verzetten de duidelijke tekst van art. 14 Faill.W. en het beginsel van de strikte interpretatie van de Faill.W. zich tegen de toepassing van de korte termijn van vijftien dagen. Bovendien blijkt dat, zo men al geneigd zou zijn om de vraag op te lossen aan de hand van een *ratio legis*-interpretatie van de korte termijnen (namelijk snel rechtszekerheid scheppen aangaande de wettigheid van het faillissement, dat verstrekende gevolgen heeft voor de gefailleerde en waarvan het vonnis bovendien uitvoerbaar is bij voorraad), de toepassing van de gemeenrechtelijke

termijnen op een vonnis dat de faillietverklaring afwijst, niet strijdig is met deze bedoeling.

De moeilijkste situatie bestaat evenwel indien het vonnis van faillietverklaring niet wordt hervormd in (derden)verzet of in hoger beroep en het oorspronkelijke vonnis van faillietverklaring dus behouden blijft. Welke ook de reden voor het afwijzen van het (derden)verzet of het hoger beroep is (onontvankelijkheid of ongegrondheid), het (derden)verzet of het hoger beroep tegen het vonnis in (derden)verzet dat het oorspronkelijk vonnis van faillietverklaring niet hervormt, is onderworpen aan de termijnregeling van het Ger.W. (blijkbaar *contra*, maar ten onrechte, Van Camp, E., *De nieuwe faillissementswet*, Deurne, Kluwer, 1997, nrs. 102 en 115, p. 52 en 58). Dit kan enigszins verwonderlijk lijken, nu immers de *ratio legis* van de korte termijn wel zou pleiten voor een toepassing daarvan. Na een vonnis dat het (derden)verzet of het hoger beroep tegen een vonnis van faillietverklaring afwijst, bestaat het faillissement immers nog steeds, zodat de korte termijnen van toepassing zouden moeten zijn op het (derden)verzet of het hoger beroep tegen een dergelijk vonnis. Naast theoretische redenen (tekst van art. 14 Faill.W. en strikte interpretatie van de Faill.W.) levert de toepassing van de korte termijnen evenwel ook praktische problemen op. Het aanvangspunt voor de korte termijn van derdenverzet of hoger beroep dat niet door de gefailleerde wordt ingesteld, is immers de bekendmaking bij uittreksel van het vonnis van faillietverklaring (art. 14, derde en vierde lid, Faill.W. en art. 38 Faill.W.). Indien de korte termijnregeling van toepassing zou zijn – *quod non* –, zou dit tot gevolg hebben dat de curator verplicht zou zijn ook het vonnis in derdenverzet of in hoger beroep tegen een vonnis van faillietverklaring bij uittreksel bekend te maken.

6. Aldus is bijvoorbeeld in het geval waarover het Hof van Beroep te Antwerpen diende te oordelen (hoger beroep tegen een vonnis in derdenverzet dat het derdenverzet tegen het vonnis van faillietverklaring afwijst), de termijn van een maand vanaf de betekening van het vonnis in derdenverzet van toepassing (art. 1051, eerste lid, Ger.W.). Art. 4, vierde lid, Faill.W. kan immers niet worden toegepast, omdat dit artikel enkel verwijst naar art. 14, eerste lid, Faill.W., en een vonnis dat het derdenverzet afwijst, niet kan worden beschouwd als een vonnis van faillietverklaring.

Hoewel het Hof van Beroep te Antwerpen dus terecht de termijn van een maand toepaste, is de reden die het Hof daarvoor geeft (art. 14, vierde lid, Faill.W. verwijst niet naar «de vonnissen bedoeld in art. 14, tweede lid, Faill.W., namelijk die welke worden uitgesproken na een tegen het vonnis van faillietverklaring ingesteld verzet of derdenverzet [...]»), niet helemaal correct. Art. 14, tweede lid, Faill.W. heeft het immers enkel over het instellen van derdenverzet tegen een vonnis van faillietverklaring, maar niet over het vonnis dat daarna in derdenverzet wordt gewezen. Een loutere wijziging van art. 14, vierde lid, Faill.W., zodat het ook verwijst naar «[...] de vonnissen bedoeld in het eerste en tweede lid [...]», zou dus juridisch-technisch niet juist zijn. Bovendien zou in geval van een dergelijke wijziging het probleem rijzen betreffende het aanvangspunt van de korte termijn door middel van de bekendmaking bij uittreksel van het vonnis in derdenverzet (cf. *supra*, nr. 5, *in fine*).

Stefaan Loosveld

ARBEIDSHOF TE GENT

8e KAMER – 3 APRIL 1998

Voorzitter: mevr. Moors

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Grosse en De Meyer

Advocaat: mr. Lepoudre loco Lust

Bescherming van het loon – Jaareindepremie – Einde arbeidsovereenkomst – Betalingstijdstip nog verschuldigd loon – Misdrijf – Schade – Schadevergoeding – Specifiek herstel – Vergoedende interest

Wanneer een werknemer schade lijdt veroorzaakt door het misdrijf van de werkgever om in strijd met de Loonbeschermingswet niet tijdig het nog verschuldigde pro rata van de jaareindepremie te hebben betaald, kan de werknemer specifiek herstel vorderen en derhalve betaling van de verschuldigde jaareindepremie eisen.

Op deze jaareindepremie, gevorderd als herstel van de schade ingevolge een misdrijf, is geen wettelijke, maar wel een vergoedende interest verschuldigd.

S. t/ D.

(...)

In art. 56 van de C.A.O.-wet is enkel de overtreding van een algemeen verbindend verklaarde C.A.O. strafbaar gesteld.

Het niet-betalen van de jaareindepremie verschuldigd op grond van de C.A.O. van 27 mei 1987, was op het tijdstip van het einde van de overeenkomst, op 11 september 1988, geen misdrijf op grond van art. 56 van de C.A.O.-wet. Nochtans is de jaareindepremie bovendien uitdrukkelijk toegekend per maand daadwerkelijk gepresteerde dienst (of gelijkgesteld) voor 1/12, loon in de zin van art. 2 van de Loonbeschermingswet. Op grond van art. 11 van de Loonbeschermingswet, moet, wanneer de dienstbetrekking een einde neemt, het nog verschuldigde loon onverwijld worden uitbetaald, en uiterlijk op de eerste betaaldag die volgt op de datum waarop de dienstbetrekking eindigt. In art. 42 van de Loonbeschermingswet wordt de overtreding van art. 11 strafrechtelijk beteugeld.

Ten onrechte voert de appellant aan dat de C.A.O.-wet een bijzondere wet is die voorrang heeft op de algemene loonwet. Het niet-betalen van het loon, meer bepaald de jaareindepremie, overeenkomstig de voorwaarden van art. 11 van de Loonbeschermingswet en toegekend in een C.A.O. die bindend is voor de werkgever, ook al is zij niet algemeen verbindend verklaard, is een misdrijf in de zin van art. 42 van de Loonbeschermingswet. Art. 56 van de C.A.O.-wet wordt daardoor uiteraard niet doelloos of zinloos. Niet alle C.A.O.'s betreffen het loon of de loonvoorwaarden.

In de dagvaarding van 7 september 1990 heeft de toenmalige eiser zijn vordering uitdrukkelijk gesteld *ex delicto*. De dagvaarding verwijst uitdrukkelijk naar art. 26 van de wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. De toenmalige eiser vorderde een bedrag van 33.019 fr., te vermeerderen met de wettelijke interest vanaf 1 januari 1989 en met de gerechtelijke interest *pro rata* de jaareindepremie 1988. Nergens in de dagvaarding noch naderhand in de conclusies vorderde de eiser een schadevergoeding *pro rata* van de jaareindepremie. In

het bestreden vonnis werd dan ook het brutobedrag *pro rata* van de jaareindepremie toegekend, met aftrek van de wettelijk bepaalde inhoudingen.

Ten onrechte voert de appellant aan dat op grond van een misdrijf slechts «een schadevergoeding» tot herstel van de schade geleden ingevolge het misdrijf gevorderd kon worden, m.a.w. dat slechts een herstel van schade bij equivalent kon worden gevorderd.

De belanghebbende kan nochtans het herstel van de geleden schade *in natura* vragen wanneer dit mogelijk is en geen rechtsmisbruik oplevert (cf. Cass., 20 januari 1993, *Pas.*, 1993, I, 67, en Cass., 28 mei 1996, *T.G.R.*, 1996, 127).

Samengevat kan worden gesteld dat de toenmalige eiser, thans geïntimeerde, *pro rata* van de jaareindepremie 1988, *in natura* herstel van zijn schade vorderde wegens een misdrijf begaan door de appellant door overtreding van de Loonbeschermingswet (alsook, volgens de geïntimeerde, van de C.A.O.-wet).

Er wordt vastgesteld dat de appellant een som *pro rata* van de jaareindepremie 1988 (eventueel) verschuldigd was bij het einde van de dienstbetrekking op 11 september 1988, en dat (eventueel) de niet-betaling ervan uiterlijk de eerste betaaldag die volgde op 11 mei 1988, een overtreding van art. 11 van de Loonbeschermingswet uitmaakte; overtreding die strafrechtelijk is beteugeld zodat de geïntimeerde zijn vordering *ex delicto* kan instellen.

Terecht is in het beroepen vonnis de oorspronkelijke vordering ontvankelijk verklaard, evenwel om andere redenen dan hier uiteengezet,...

(...)

Zoals hierboven uiteengezet, laat de dagvaarding er geen twijfel over bestaan en vorderde de appellant op incidenteel beroep een som *pro rata* van de jaareindepremie 1988 als herstel van de schade door de geïntimeerde op incidenteel beroep aangericht door een misdrijf dat later omschreven werd (o.m., maar die omschrijving van het aangenomen) een overtreding van de loonbeschermingswet.

Dat de appellant op incidenteel beroep niet de bedoeling had ook het herstel van de schade bij equivalent te vorderen, blijkt ten onvervloede uit het feit dat hij de wettelijke interest vorderde op het loon, de jaareindepremie 1988. Op de jaareindepremie, gevorderd als herstel van de schade ingevolge een misdrijf, is evenwel geen wettelijke interest verschuldigd maar kan wel een vergoedende interest worden gevorderd. De appellant op incidenteel beroep vordert de vergoedende interest enkel vanaf 3 december 1988.

Het incidenteel beroep is in zeer beperkte mate gegrond, voor zover de wettelijke interest vanaf 1 januari 1989 tot 7 september 1990 werd toegekend en niet de vergoedende interest vanaf 3 december 1988 (zoals thans gevorderd).

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

3e KAMER – 8 FEBRUARI 1999

Beslagrechter: de h. Franck

Advocaten: mrs. Van der Gucht loco Van Looveren en Van Reusel

Beslag en executie – Uitvoerbare titel – Hypotheekakte – Handlichting hypothecaire inschrijving – Gevolgen

De handlichting van de hypothecaire inschrijving door de hypothecaire schuldeiser belet die schuldeiser niet de notariële akte tot hypotheekvestiging verder uit te voeren voor het nog verschuldigde saldo, zij het dan als chirografaire schuldeiser.

N.V. C. t/ N.V. G.

Overwegende dat uit de door partijen voorgebrachte stukken blijkt dat verwerende partij, bij exploit van 6 oktober 1997 krachtens twee authentieke akten op 25 februari 1993 respectievelijk 21 februari 1997 verleden voor notaris Jan Van Bael te Antwerpen, bevel voorafgaand aan een beslag op een kantoorgebouw gelegen te Antwerpen heeft doen betekenen aan eisende partij in betaling van een bedrag in hoofdsom van 19.507.223 fr. en van 705.053 fr. wederbeleggingsvergoeding en nog te verhogen met interesten, kosten en alle andere welkdanige rechten;

Overwegende dat verwerende partij hangende het geding – na betaling door eisende partij van de som van 20.000.000 fr. op het door verwerende partij van eisende partij gevorderde bedrag van 21.270.393 fr. bij akte verleden op 7 mei 1998 voor notaris Jorissen te Antwerpen opheffing verleende van de ten laste van eisende partij genomen hypothecaire inschrijvingen op voormeld onroerend goed;

Overwegende dat eisende partij aanvoert dat ten gevolge van deze handlichting het bevel voorafgaand aan het beslag op onroerend goed van 6 oktober 1997 zonder voorwerp is geworden en dat verder uit de akte van handlichting van 7 mei 1998 en de brieven uitgaande van verwerende partij van 22 april en 23 april 1998 blijkt dat verwerende partij, minstens stilzwijgend, kwijtschelding heeft verleend van het door verwerende partij krachtens de authentieke akten van 25 februari 1992 en 21 februari 1997 nog gevorderde saldo van 1.239.461 fr.;

Overwegende dat verwerende partij terecht opwerpt dat uit de bij akte van 7 mei 1998 gegeven handlichting van de ten laste van eisende partij genomen hypothecaire inschrijvingen nog niet volgt dat verwerende partij niet meer krachtens voormelde authentieke akten de terugbetaling zou kunnen eisen van alle bedragen die eisende partij haar om welke reden ook nog verschuldigd is en ter uitvoering daarvan de verkoop te vervolgen van de onroerende zowel als de roerende goederen die eigendom zijn van eisende partij.

Overwegende dat de door verwerende partij, tegen betaling door eisende partij van het bedrag van 20.000.000 fr. verleende handlichting van hypothecaire inschrijving immers alleen tot gevolg heeft dat verwerende partij – bij een eventuele rangregeling/evenredige verdeling ten gevolge van een door haar voortgezette uitvoering krachtens voormelde authentieke akten voor het door eisende partij nog verschuldigde saldo – zal dienen te worden beschouwd als een gewone, chirografaire schuldeiser;

Overwegende dat verwerende partij even terecht opwerpt dat noch uit haar brief van 22 april 1998, waarin alleen vermeld wordt dat verwerende partij bereid was handlichting te verlenen voor de ten hare gunste gestelde hypothecaire inschrijvingen, tegen ontvangst van het bedrag van 21.270.393 fr., als uit haar brief van 23 april 1998, waarin verwerende partij bevestigde dat voormelde handlichting zou verleend worden, tegen ontvangst van het bedrag van 20.000.000 fr. en ook niet uit de akte van 7 mei 1998 van hypothecaire handlichting, uitdrukkelijk of stilzwijgend kan opgemaakt

worden dat verwerende partij aan eisende partij kwijtschelding verleende voor het nog door verwerende partij van eisende partij gevorderde saldo;

...

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

2de KAMER – 26 NOVEMBER 1998

Voorzitter: de h. Beerten

Rechters in handelszaken: de hh. Habraken en Vandereydt

Advocaten: mrs. Rombouts en Ramaeckers

Voorrechten – Voorrecht van de onderaannemer – Onderaannemer – Sub-onderaannemer

Luidens art. 20, 12° Hyp.W. wordt de onderaannemer als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van eerstgenoemde. Een restrictieve interpretatie van de voorrechten staat er niet aan in de weg dat deze regel ook wordt toegepast op een verdere onderaanneming.

1. Verweerster voerde in onderaanneming van L. (de gefailleerde) werken uit op een werf te Anderlecht. L. trad op haar beurt op als onderaannemer van de N.V. L.-N., terwijl deze laatste als onderaannemer van de hoofdaannemer, de N.V. C. fungeerde.

Voor de door haar uitgevoerde werken stelde verweerster een reeks facturen op, waarvan 506.076 fr onbetaald bleef, omdat er problemen waren gerezen met de door haar uitgevoerde werken, wat leidde tot een kortgedingprocedure in aanstelling van een deskundige, waarbij verweerster, L. en de N.V. L.-N. betrokken werden.

Verweerster diende, op grond van art. 20, 12° Hyp.W., in het bevoorrechte passief een schuldvordering in ten bedrage van 506.076 fr.

In zijn eindverslag kwam de deskundige tot het besluit dat verweerster aanspraak kon maken op een bedrag van 436.076 fr, terwijl de gefailleerde van de N.V. L.-N. nog een bedrag van 1.642.959 fr tegoed had. In aansluiting met de bevindingen van de expert herleidde verweerster haar vordering tot 436.076 fr., te vermeerderen met een schadevergoeding, gelijk aan 43.608 fr en moratoire interesten vanaf 1 november 1995.

2. De curator betwist het door verweerster ingeroepen voorrecht, bewerende dat het voorrecht van art. 20, 12° Hyp.W. enkel geldt in de relatie bouwheer-aannemer-onderaannemer en de relatie aannemer-onderaannemer en subonderaannemer.

De curator is van oordeel dat het voorrecht niet kan worden ingeroepen door een onderaannemer van lagere graad.

Art. 20, 12°, Hyp.W. bepaalt dat de onderaannemer als aannemer en de aannemer als bouwheer wordt beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde. Uit de lezing van art. 20, 12°, Hyp.W. kan niet worden afgeleid dat het voorrecht wordt beperkt tot de subonderaanneming in eerste graad. Door het voorrecht te beperken tot de subonderaanneming in de eerste graad wordt aan art. 20, 12° Hyp.W. een beperking toegevoegd die niet uit de

wettekst blijkt. Aldus is de schuldvordering van verweerster bevoorrecht.

De gewaarborgde schuldvordering is de contractuele vordering van de onderaannemer (verweerster) op de hoofdaannemer (de gefailleerde) m.b.t. het werk dat hij aan het gebouw van de bouwheer (de N.V. L.N.) heeft uitgevoerd (E. Dirix, «Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer», *R.W.*, 1989-90, 1232). Dit betekent dan ook dat alle andere accessoria zoals schadevergoeding, strafbeding, verwijlinterest, gerechtskosten, enz., niet door bedoeld voorrecht worden gewaarborgd (J. Caeymaex, *Handboek der roerende zekerheden*, 80/4).

...

NOOT – Zie en vergelijk: A. Cuypers, «De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer», *R.W.*, 1997-98 (793), 807 en de auteurs geciteerd in voetnoot 122.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT

1e KAMER – 23 OKTOBER 1998

Voorzitter: de h. Matthijs

Rechters in handelszaken: de hh. Heylbroeck en Van Verdegem

Gerechtelijk akkoord – Plan – Goedkeuring door de schuldeisers – Meerderheid – Bepaling

De rechtbank kan de definitieve opschorting van betaling goedkeuren als meer dan de helft van de schuldeisers die aangifte hebben gedaan van hun schuldvordering, die hebben deelgenomen aan de stemming en die meer dan de helft – in waarde – van de schuldvorderingen vertegenwoordigen, hiermee instemmen.

N.V. D.B.C.

Gezien het op 19 juni 1998 gewezen vonnis waarbij de aanvraag van de N.V. D.B.C. tot het verkrijgen van een gerechtelijk akkoord ontvankelijk en gegrond werd verklaard en de aanvraagster een voorlopige opschorting van betaling gedurende een observatieperiode van twee maanden werd toegekend te rekenen vanaf 19 juni 1998 en verlengd tot 23 oktober 1998;

Gezien het op 22 september 1998 door de aanvraagster ter griffie neergelegd herstelplan houdende het beschrijvend en bepalend gedeelte;

Gezien de door toedoen van de griffier van de rol bij gerechtsbrief van 29 september 1998 verzonden individuele kennisgevingen gericht tot de schuldeisers die aangifte hebben gedaan en waaruit blijkt dat zij het plan ter plaatse ter griffie van de rechtbank kunnen raadplegen en zij er ook van verwittigd worden dat zij hetzij schriftelijk, hetzij mondeling, op de zitting van 9 oktober 1998 om 9 uur hun opmerkingen kunnen maken betreffende het voorgestelde plan en dat over dit plan moet worden gestemd;

Gezien het op de terechtzitting van 9 oktober 1998 opge maakte proces-verbaal waarbij na de schuldenaar en de commissaris inzake opschorting in hun uiteenzetting, toelich-

ting en bevindingen van het herstelplan te hebben gehoord, alsmede zowel bepaalde schuldeisers in persoon als raadslieden van schuldenaars in hun opmerkingen, de rechtbank de vergadering van de schuldeisers naar de openbare terechtzitting van vrijdag 16 oktober 1998 om 8u30 heeft verdaagd teneinde tot de stemming over het plan over te gaan;

Overwegende dat naar luid van het proces-verbaal van de vergadering van 16 oktober 1998, achtendertig (38) schuldeisers van de éénnenvijftig (51) die aangifte hebben gedaan, de vergadering hebben bijgewoond, onder wie twee (2) schuldeisers in persoon, vierendertig (34) schuldeisers elkeen bij wege van een bijzondere volmacht gegeven aan de raadsman van de aanvraagster en twee (2) schuldeisers beiden bij wege van een bijzondere volmacht gegeven aan hun respectieve raadslieden;

Overwegende dat het herstelplan zoals aangepast met kennisgeving van deze aanpassing aan alle schuldeisers die aangifte hebben gedaan, in zijn bepalend gedeelte een te realiseren activa bevat geraamd op 4.550.000 frank aan te wenden ter terugbetaling van de bevoorrechte schuldeisers a rato van 3.230.380 frank, het saldo van 1.319.620 frank verhoudingsgewijze onder de chirografaire schuldeisers te verdel en; als uitbetalingsperiode wordt gepland: tijdens het vierde kwartaal 1998: terugbetaling van 2 miljoen frank, waarvan 2 miljoen frank aan bevoorrechte schuldeisers; tijdens het eerste kwartaal 1999: terugbetaling van 1.800.000 frank waarvan 1.230.380 frank aan bevoorrechte schuldeisers en 569.620 frank aan chirografaire schuldeisers; tijdens het tweede kwartaal 1999: terugbetaling van 750.000 frank waarvan 750.000 frank aan chirografaire schuldeisers;

Dat vijfendertig (35) stemmende schuldeisers, samen een passief van 15.016.502 fr vertegenwoordigend, met het herstelplan en de aanpassing ervan hebben ingestemd, terwijl drie (3) schuldeisers, samen een passief van 1.567.779 fr vertegenwoordigend, het herstelplan hebben verworpen;

Overwegende dat het volledige passief van de (niet-betwiste of provisioneel aanvaarde) schuldvorderingen, zegge zowel van de ingediende als van de te laat en niet ingediende schuldvorderingen, waarvan meer dan de helft van de schuldeisers die aan de stemming hebben deelgenomen in waarde meer dan de helft moeten vertegenwoordigen, 24.679.669 fr bedraagt;

Dat immers, in tegenstelling tot de opgeheven wetgeving op het gerechtelijk akkoord die enkel uitging van de bedragen van de schuldvorderingen van de op geldige wijze stemmende schuldeisers, art. 34, eerste lid van de nieuwe wet van 17 juli 1997 in een meerderheid – voortaan van slechts meer dan de helft – in waarde van «de schuldvorderingen» voorziet;

Dat ook de memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende het akkoord en de opschorting van betaling van 28 maart 1994 als onmiddellijke voor- en roerganger van het wetsontwerp betreffende het gerechtelijk akkoord van 8 december 1995 in haar commentaar duidelijk is: «De helft van de schuldeisers die aangifte heeft gedaan en daadwerkelijk aan de stemming heeft deelgenomen dient zijn goedkeuring te verlenen aan de inhoud van het plan. Daarenboven dient deze meerderheid de helft van de niet betwiste of provisioneel aanvaarde schuldvorderingen te vertegenwoordigen (*Parl.St.*, *Kamer*, nr. 1406/1 1993-1994, 30; M. Tison, «Depistage en Gerechtelijk Akkoord na de Wet van 17 juli 1997», *R.W.*, 1997-98, 377, meer bepaald 426; I. Verougstraete, *Ma-*

nuel de la faillite et du concordat, nr. 172; anders: A. Zenner, *Depistage, Faillites et Concordats*, nr. 1224);

Overwegende dat, nu bij de stemming aan beide wettelijke meerderheidsvereisten in getal van de aanwezige schuldeisers die geldig stemmen (de helft + 1) en in bedrag van meer dan de helft van het geheel van de schuldvorderingen werd voldaan, voorts het herstelplan niet indruist tegen regelen die de economische of morele openbare orde aanbelangen en ten slotte uit niets blijkt dat bij de verantwoordelijken binnen de onderneming van de aanvraagster er geen garanties zijn voor een eerlijk bestuur, de rechtbank de definitieve opschorting van betaling goedkeurt en, mitsdien, toestaat;

op die gronden, de Rechtbank,

Rechtdoende op tegenspraak,

Keurt de definitieve opschorting van betaling goed;

Verleent aan de N.V. D.B.C. bedoelde opschorting gedurende veertien maanden te rekenen vanaf heden, 23 oktober 1998 om te eindigen op 31 december 1999 ten laatste;

Verklaart dit naar vorm en inhoud uit te voeren herstelplan bindend voor alle betrokken schuldeisers, inclusief de schuldeisers die hun schuldvordering niet hebben aangegeven binnen de vastgestelde termijn, behoudens aanpassingen die eventueel zullen worden gedaan met inachtneming van de in verband met de betwiste schuldvorderingen genomen beslissingen;

Zegt voor recht dat de opschorting van betaling de medeschuldenaars en de borgens van de schuldenaar niet ten goede komt;

Gelast de bij vonnis van 19 juni 1998 aangewezen commissaris inzake opschorting met het toezicht en de controle over de uitvoering van het plan en de akkoordprocedure en bepaalt dat zij tegen 20 april 1999 over bedoelde uitvoering verslag zal uitbrengen aan de rechtbank door toevoeging van dit verslag bij het dossier van opschorting en vervolgens op 30 november 1999 een eindverslag;

Gelast de commissaris inzake opschorting eveneens met de berekening en de uitkering van de dividenden onder de chirografaire schuldeisers;

Legt de kosten ten laste van de boedel;

...

VREDEGERECHT TE TORHOUT

19 MAART 1996

Rechter: de h. Vandierendonck

1. Verjaring – Vijfjarige verjaringstermijn van art. 2277, vierde lid, B.W. – Toepassingsgebied – Periodiek weerkerende schulden die het karakter van een inkomen hebben – Onroerende voorheffing – 2. Afstand van recht – Huur – Huurwaarborg die strekt tot nakoming van alle huurdersverplichtingen – Procedure tot vaststelling van huurschade en vrijgave van huurwaarborg – Afstand van het recht achterstallige onroerende voorheffing te vorderen

1. Art. 2277, vierde lid, in fine, B.W. huldigt een algemeen beginsel krachtens welk alle periodiek weerkerende schulden die het karakter van een inkomen hebben, aan de vijfjarige verjaringstermijn van dat artikel worden onderworpen.

De onroerende voorheffing heeft niet het karakter van een inkomen en is derhalve niet aan deze vijfjarige verjaringstermijn onderworpen.

2. Afstand van recht wordt niet vermoed en dient te blijken uit feiten en handelingen die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn.

Indien de door de huurder gestelde huurwaarborg dient tot nakoming van al zijn verplichtingen, inclusief die van de betaling van de onroerende voorheffing, en als de verhuurders, na aan de huurder een opzegging te hebben gegeven, een procedure voeren tot vaststelling van de huurschade en met de huurder dienaangaande een regeling in der minne treffen en nadien ook akkoord gaan met de vrijgave van de huurwaarborg, zonder ook maar op enig ogenblik of op enige wijze gewag te hebben gemaakt van de niet-betaalde onroerende voorheffing voor de voorbije jaren, dient te worden aangenomen dat de verhuurders afstand hebben gedaan van hun recht de achterstallige onroerende voorheffing te vorderen.

A. en G. t/ C.

I. Bijzondere gegevens van de zaak

1. Eisers vragen betaling van de onroerende voorheffing vanaf 15 februari 1987 tot 15 februari 1993 uit hoofde van de huurovereenkomst met betrekking tot de woning te Torhout...

2. Verweerster betwist deze vordering, om de redenen die bij de beoordeling worden aangegeven en ontmoet.

II. Beoordeling

A. Feiten en voorafgaande gegevens.

1. Partijen waren destijds verbonden door een schriftelijke huurovereenkomst betreffende een huurgoed, gelegen te Torhout,... voor een periode van negen jaar met ingang van 15 februari 1987, met mogelijkheid voor beide partijen tot opzegging tegen het einde van het derde, zesde en negende jaar.

2. Het huurgoed werd door verweerster met medeweten van de verhuurders eveneens verhuurd tot huisvesting van kinderen in het raam van de bijzondere jeugdzorg. Aldus deed het huurgoed dienst als gezinsvervangend tehuis. Verweerster tekende overigens de overeenkomst in haar functie van verantwoordelijke voor het «huis ...»

3. Deze overeenkomst blijkt te zijn opgezegd geweest door eisers tegen 15 februari 1993, die het huurgoed opnieuw zelf wilden bewonen. Verweerster heeft het huurgoed dan ook effectief verlaten.

4. Op verzoek van eisers werd bij beschikking in kort geding van 6 januari 1993 een deskundige aangesteld ten einde de huurschade te bepalen, waarbij op tegenspraak een rondgang en vaststellingen werden gedaan met de deskundige op 1 februari 1993. Toen de deskundige niets meer vernam van de zaak, heeft hij op eigen initiatief op 14 april 1993 een voorlopig verslag opgesteld en aan partijen meegedeeld.

5. Onmiddellijk werden door eisers facturen van aan het huurgoed uitgevoerde werken aan de deskundige medege-

deeld, waarop deze op 10 mei 1993 een addendum bij het voorverslag opstelde na een nieuw plaatsbezoek op 5 mei 1993. Hierop werden opmerkingen geformuleerd en uiteindelijk kwamen partijen onderling overeen het bedrag van de huurschade te bepalen op een bedrag van 85.000 fr.

6. Voormeld bedrag werd op de rekening van eisers' raadsman gestort, waarna deze aan de raadsman van verweerster mededeelde dat de huurwaarborg ten bedrage van 60.000 fr. kon worden gedeblokkeerd in voordeel van verweerster.

7. Na deze regeling komt de raadsman van eisers terug op de zaak om achterstallige onroerende voorheffing op te eisen sinds 15 februari 1987 tot 15 februari 1993, voor een totaal bedrag van 88.468 fr. Deze vordering werd betwist door verweerster, hetgeen haar raadsman aan de raadsman van eisers liet weten bij brief van 11 maart 1994.

B. In rechte en ten gronde

1° Verjaring

Allereerst beroept verweerster zich op de vijfjarige verjarringsregel neergelegd in art. 2277 B.W. waarin wordt bepaald dat verjaren door het verloop van vijf jaren, in het algemeen, al hetgeen betaalbaar is bij het jaar of bij kortere termijnen.

De vordering van eisers wordt gesteund op art. 4 van de huurovereenkomst die de onroerende voorheffing ten laste van de huurder bedingt.

De vordering werd gesteld bij dagvaarding van 26 juni 1994.

In ieder geval gaat het *in casu* niet om huur, zodat art. 2277, derde lid, B.W. geen toepassing kan vinden.

Art. 2277, vierde lid, *in fine* B.W. huldigt een algemeen principe waardoor alle periodiek weerkerende schulden die het karakter van een *inkomen* hebben, aan de vijfjarige verjaringstermijn worden onderworpen. Welnu, de onroerende voorheffing heeft niet het karakter van een inkomen, zodat art. 2277 B.W. deze periodieke schulden niet viseert (Van Oevelen, A., «Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervalltermijnen in het Belgisch privaatrecht», *T.P.R.*, 1987, p. 1792, nr. 34).

Op grond van de ingeroepen bepaling kan de vordering derhalve niet als niet-toelaatbaar worden afgewezen.

2° Afstand van recht – rechtsverwerking.

Vervolgens werpt verweerster op dat eisers afstand hebben gedaan van hun recht om de betaling van de onroerende voorheffing te eisen.

Daar afstand van recht niet wordt vermoed, dient dit te blijken uit feiten en handelingen die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn (Cass., 13 januari 1994, *Arr.Cass.*, 1994, nr. 17, p. 33; Cass., 19 december 1991, *Arr.Cass.*, 91-92, nr. 216, p. 369). Een louter stilzitten kan daartoe derhalve niet volstaan.

Ten onrechte pogen eisers evenwel de brief van hun raadsman van 27 januari 1994 af te doen als een loutere afhandeling en regeling van de huurschade.

Art. 6 van de huurovereenkomst betreffende de huurwaarborg die door verweerster diende te worden gesteld, bepaalt immers dat deze diende tot nakoming van de *verplichtingen* van verweerster, derhalve van alle verplichtingen, inclusief de betaling van de onroerende voorheffing.

Door een procedure te hebben gevoerd tot vaststelling van de huurschade nadat door eisers opzegging was gegeven, daaromtrent een volledige regeling in der minne te hebben gesloten met verweerster en door naderhand duidelijk te stellen dat de huurwaarborg kon worden gedeblokkeerd, waardoor het dossier werd afgesloten, zonder ook maar op enige wijze en enig ogenblik gewag te hebben gemaakt van de niet-betaalde onroerende voorheffing over de diverse jaren, hebben eisers onmiskenbaar laten kennen afstand te hebben gedaan van het recht om de achterstallige onroerende voorheffing te vorderen.

Het door eisers laten deblokken van de huurwaarborg, die niet alleen ter dekking van de huurschade werd gesteld, maar tevens tot nakoming van *alle* verplichtingen voortvloeiende uit de huurovereenkomst, is voor geen andere uitlegging vatbaar dan dat partijen definitief een einde hebben willen maken aan al hun wederzijdse verplichtingen, zodat dit slechts als een afstand van het recht tot het later nog op eisen van de sinds jaren niet-betaalde onroerende voorheffing, moet worden uitgelegd.

Daarbij komt nog dat eisers deze vordering van alle niet eerder gevorderde bedragen van de onroerende voorheffing en dit sinds de aanvang van de huurovereenkomst, slechts voor het eerst stellen één maand na het deblokken van de huurwaarborg, wat nog een bijkomend element is dat wijst op de afstand van voormeld recht;

De vordering komt de rechtbank dienvolgens voor als niet-toelaatbaar.

VREDEGERECHT TE DIEST

30 SEPTEMBER 1996

Rechter: de h. Gutshoven

Advocaten: mrs. Celis, Dans, Jeurissen, Decat en Van Der Velpen

Handelshuur – Toepassingsgebied – Verstrekken van prestaties – Contact met het publiek – Landmeter – Contractueel beding van toepasselbaarheid van de Handelshuurwet

Het leveren van prestaties kan in het toepassingsgebied van de Handelshuurwet vallen indien die activiteit in hoofdzaak overeenstemt met die van een kleinhandel, d.w.z. dat de betrokkene in hoofdzaak zijn prestaties in het klein verstrekt aan een publiek.

De activiteit van een landmeter is geen prestatie die in het klein wordt verstrekt aan een publiek, maar in hoofdzaak een studieprestatie die zich afspeelt op het terrein en op het bureau van de betrokkene.

Niets belet de partijen in een huurovereenkomst de Handelshuurwet op hun rechtsverhouding van toepassing te verklaren, zelfs zo hun huurovereenkomst in feite niet voldoet aan de toepassingsvereisten van deze wet.

D. t/ V.

De vordering heeft tot voorwerp voor recht te horen zeggen dat tussen partijen een rechtsgeldige handelshuurovereenkomst werd gesloten, een aanvang nemende op 1 juli

1992. Tevens vraagt eiser de veroordeling van verweerder tot betaling van 51.024,- fr. achterstallige huurgelden, meer de gerechtelijke intrest en de kosten van het geding.

I. De feiten

Bij schriftelijke en geregistreerde huurovereenkomst van 29 juni 1992 verhuurde eiser op hoofdeis aan verweerder op hoofdeis een gelijkvloers van een gebouw gelegen aan de... te Diest.

Deze huurovereenkomst werd aangegaan voor de duur van negen jaar met aanvang op 1 juli 1992.

De maandelijkse huurprijs werd vastgesteld op 22.500,- fr. geïndexeerd. Er werd tevens een huurwaarborg van 67.500,- fr. gesteld.

Volgens art. 3 van deze overeenkomst werden de verhuurde lokalen bestemd om er een landmetersbureau te huisvesten.

Bij een voorafgaande bepaling bij de huurovereenkomst werd tussen verhuurder en huurder bedongen dat de wettelijke beschikkingen in zake handelshuur van toepassing zouden zijn op deze overeenkomst, maar enkel op die eventuele gevallen waarover de overeenkomst zelf geen uitsluitel zou geven.

Ten slotte werd er bepaald dat zowel de huurder als de verhuurder de huurovereenkomst kunnen beëindigen na verloop van het derde en zesde jaar, met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden;

Bij aangetekende brief van 27 maart 1995 deelt verweerder op hoofdeis aan eiser op hoofdeis mede dat hij de huurovereenkomst opzegt tegen 30 juni 1995. Die brief vermeldt echter eveneens dat in onderling akkoord tussen de partijen de overeenkomst zou doorlopen tot 31 december 1995.

Bij brief van 31 maart 1995 laat eiser op hoofdeis weten dat hij zich principieel akkoord verklaart met deze verlenging, maar wel verzoekt dat er afspraken zouden gemaakt worden m.b.t. bezoeken voor eventuele kandidaat-huurders.

Blijkbaar ontstaan er dan tussen partijen onderhandelingen met het oog op enerzijds het verbouwen van het pand en anderzijds het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst vanaf 1 januari 1996. Deze onderhandelingen blijken niet alleen uit de briefwisseling tussen partijen, maar eveneens uit de ontwerpen van overeenkomst die werden opgesteld en de nieuwe huurwaarborg die werd gevestigd maar nadien werd teruggestort.

Deze onderhandelingen draaien echter niet uit op een akkoord, zodat verweerder op hoofdeis bij aangetekende brief van 23 februari 1996 aan eiser op hoofdeis laat weten dat hij niet meer akkoord kan gaan met de gang van zaken en zo snel mogelijk het pand zal verlaten. Dit gebeurt uiteindelijk op 27 maart 1996, datum waarop verweerder op hoofdeis ook de sleutels van het pand aan eiser op hoofdeis wil overmaken. Eiser op hoofdeis weigert echter deze sleutels te aanvaarden.

Intussen, op 18 maart 1996, was eiser op hoofdeis echter reeds tot dagvaarding overgegaan. Eiser vordert thans betaling van achterstallige huurgelden terwijl verweerder bij tegeneis vordert voor recht te zeggen dat de huurovereenkomst tussen partijen een einde heeft genomen en eiser gehouden is de gestelde huurwaarborg terug te betalen.

II. In rechte

Overwegende dat eiser op hoofdeis ten onrechte beweert dat de huurovereenkomst tussen partijen dient beschouwd te worden als een handelshuurovereenkomst, waarop de bepalingen van de Handelshuurwet in haar geheel van toepassing is;

Dat de bescherming die door de Handelshuurwet wordt geboden, enkel en alleen van toepassing is op de huur van onroerende goederen die door de huurder in hoofdzaak worden gebruikt voor het uitoefenen van een kleinhandel of voor een bedrijf van een ambachtsman die rechtstreeks in contact staat met het publiek;

Dat de beroepsactiviteit van verweerder echter niet kan worden beschouwd als de uitoefening van een kleinhandel noch als de uitoefening van een ambacht dat rechtstreeks in contact met het publiek staat;

Overwegende immers dat de Handelshuurwet geen omschrijving geeft van wat onder «kleinhandel» dient te worden verstaan;

Dat zowel uit de parlementaire voorbereidingsstukken van deze wet als uit de rechtsleer blijkt dat het dient te gaan om de verkoop van kleine hoeveelheden in het gehuurde goed die aangekocht worden door de verbruiker (zie Pauwels en Raes, *Bestendig Handboek huishuur en handelshuur*, p. 226);

Dat de activiteit van verweerder er niet in bestaat goederen in kleine hoeveelheden te verkopen, maar het leveren van een prestatie (opmetingen van terreinen – grensbepalingen – schattingen, enz...) tegen een bepaalde vergoeding;

Dat het leveren van prestaties eveneens in het toepassingsgebied van de Handelshuurwet kan vallen, maar dan vereist is dat de bedoelde activiteit in hoofdzaak overeenstemt met die van een kleinhandel, dit wil zeggen dat de betrokkene in hoofdzaak zijn prestaties in het klein verstrekt aan een publiek;

Dat de activiteit van een landmeter, zoals die van een architect, een aannemer of gelijk welk vrij beroep, echter niet in prestatie is die in het klein wordt verstrekt aan een publiek, maar in hoofdzaak een studieprestatie is die zich afspeelt op het terrein en op het bureau van de landmeter;

Dat bij deze activiteit het directe contact met het publiek niet als essentieel kan worden beschouwd, daar de voornaamste taak van de landmeter studie- en opzoekingswerk is;

Dat deze bedrijvigheid evenmin gebonden is aan de ligging van het bureau en de clientèle van de landmeter niet hoofdzakelijk totstandkomt door zijn rechtstreeks contact met het publiek (zie Cass., 22 januari 1980, *R.W.*, 1980-1981, 381);

Dat dan ook niet kan beschouwd worden dat op een landmeterskantoor de Handelshuurwet van toepassing is;

Overwegende dat de huurovereenkomst tussen partijen niet de bijzondere bescherming kan genieten die wordt geboden door de Handelshuurwet;

Dat hun onderlinge rechtsverhouding dan ook wordt geregeld door de bepalingen van hun overeenkomst en aanvullend de wettelijke bepalingen inzake huur van onroerende goederen;

Dat echter niets aan de partijen kan beletten om de Handelshuurwet op hun rechtsverhouding van toepassing te verklaren, zelfs zo hun huurovereenkomst in feite niet voldoet

aan de toepassingsvereisten van deze wet (zie Pauwels en Raes, *o.c.*, p. 224);

Dat *in casu* partijen geldig hebben verwezen naar de Handelshuurlwet voor die gevallen waarover de tekst van hun overeenkomst geen uitsluitel zou geven;

...

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinator: Johan Meeusen

Hof van Justitie, 17 november 1998

E.E.X. – Arbitraal beding (art. 1, § 2 (4)) – Begrip «voorlopige maatregelen» (art. 24)

Een van de meest bediscussieerde bepalingen uit het EEX is art. 24, dat elke EEX-rechter toestaat aan partijen de in zijn *forumrecht* gekende voorlopige of bewarende maatregelen toe te kennen, zelfs indien de rechter uit een andere verdragsstaat bevoegd is om over het bodemgeschil te oordelen. Door het toenemend gebruik van de kortgedingprocedure, zowel in België als in de ons omringende landen, rijzen immers belangrijke vragen over de precieze draagwijdte van deze aanvullende bevoegdheidsgrond. Een aantal van deze twistpunten is in dit arrest door het Hof van Justitie beslecht.

Concreet betrof het geschil de niet-betaling van een reeks facturen door het Duitse Deco-Line aan de Nederlandse vennootschap Van Uden. Conform een arbitragebeding, opgenomen in het contract, maakte Van Uden een arbitrageprocedure aanhangig voor de Nederlandse rechter. Met het argument dat de Deco-Line dit arbitraal geding tegenwerkte en de niet-betaling van de facturen haar liquiditeitspositie aantastte, vorderde Van Uden tevens voor de president van de Rotterdamse rechtbank de betaling van een provisie in kort geding. De Nederlandse kortgedingrechter verklaart zich bevoegd op basis van art. 24 EEX (in combinatie met art. 126, 3°, Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en veroordeelt Deco-Line tot betaling van een aanzienlijke geldsom. Het Hof van beroep oordeelt daarentegen dat een Nederlandse kortgedingrechter zich niet over de gevorderde voorlopige maatregel kan uitspreken indien, zoals *in casu*, de beslissing in Nederland niet uitvoerbaar is. Hierop vraagt de Hoge Raad het Hof van Justitie de bevoegdheid van de kortgedingrechter in het raam van het EEX te verduidelijken.

In de eerste plaats bevestigt het Hof het – door de doctrine reeds lang erkende – principe dat de rechter die bevoegd is om over het bodemgeschil te oordelen, eveneens voorlopige maatregelen kan uitspreken, zonder dat hiervoor bijkomende voorwaarden dienen vervuld te zijn. Het bijzondere regime, opgenomen in art. 24 EEX, geldt m.a.w. enkel indien voorlopige maatregelen worden gevraagd aan een rechter die niet bevoegd is om kennis te nemen van de grond van de zaak.

In casu kan de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid evenwel enkel steunen op art. 24 EEX, omdat partijen hun bodemgeschil aan arbitrage hebben onderworpen. Het feit dat

arbitrage als zodanig uit het toepassingsgebied van het EEX wordt gesloten (art. 1, § 2 (4)), doet geen afbreuk aan deze vaststelling. Immers, volgens het Hof is niet het voorwerp van het bodemgeschil, maar dat van de voorlopige maatregelen zelf, bepalend voor het beroep op art. 24 EEX. Bijgevolg kunnen voorlopige maatregelen, op grond van art. 24 EEX, worden gevorderd zolang ze zelf betrekking hebben op onderwerpen die *ratione materiae* tot het EEX-toepassingsgebied behoren.

In de tweede plaats preciseert het Hof onder welke voorwaarden de kortgedingrechter bevoegd is om maatregelen op grond van art. 24 EEX uit te vaardigen. Zo dient er een reële band te bestaan tussen het voorwerp van de gevorderde maatregelen en de – krachtens het nationale procesrecht toegekende – territoriale bevoegdheid van de geadieerde rechter. Dit is met name het geval indien de maatregel in het *forumland* uitvoerbaar is of zal zijn. Tevens moet de rechter, bij het toekennen van maatregelen in het raam van art. 24 EEX, voorwaarden of modaliteiten vaststellen die het voorlopig of bewarend karakter van deze maatregelen waarborgen. *In casu* kan de toekenning van een provisie in kort geding (met name de betaling van een voorschot op een contractuele tegenprestatie) bijgevolg niet als een voorlopige maatregel worden aangemerkt, tenzij gegarandeerd is dat het toegekende bedrag aan verweerder wordt terugbetaald bij andersluidende uitspraak ten gronde én indien de gevorderde maatregel enkel betrekking heeft op vermogensbestandelen van de verweerder die zich in het land van de *forum*-rechter bevinden of zullen bevinden.

Door de bevoegdheid van de kortgedingrechter in het raam van art. 24 EEX aan deze restrictieve voorwaarden te onderwerpen, komt het Europese Hof tegemoet aan de terecht vrees dat, via een beroep op de kortgedingprocedure (waar in een geschil vaak *de facto* wordt beslecht), de algemene bevoegdheidsregels op een vrij eenvoudige manier buiten spel worden gezet ten voordele van een *forum actoris*. Toch zijn hiermee niet alle controverses rond art. 24 EEX beslecht. Nog steeds betwist is bijvoorbeeld het antwoord op de vraag in welke mate de toekenning van voorlopige of bewarende maatregelen afhankelijk kan worden gemaakt van een vereiste van urgentie. Het blijft dan ook uitkijken naar verdere verduidelijkingen door het Hof.

(Voltallig Hof – Zaak C-391/95, Van Uden/Deco-Line)

Ilse Couwenberg

Hof van Justitie, 12 maart 1998

Sociale politiek – Overgang van ondernemingen – Behoud van rechten van werknemers – Richtlijn 77/187/EEG – Overgang van onderneming die in vrijwillige of gerechtelijke vereffening verkeert – Bevoegdheid van de vervreemder en verkrijger om werknemers op economische of technische gronden te ontslaan – Ontslagen kort vóór overgang en door de verkrijger niet overgenomen werknemers – Onwettigheid van het ontslag – Arbeidsovereenkomst te beschouwen als nog bestaand ten opzichte van de verkrijger

In de procedure voor de Belgische arbeidsgerechten vorderde J. Dassy de hoofdelijke veroordeling van overdrager

Sovam, in vereffening, en verkrijger Jules Dethier Equipement (verder: Dethier) tot betaling van de bedragen die hem terzake van ontslagvergoeding, betaalde vakantie en jaar-eindepremie verschuldigd waren, aanvoerende dat er een overgang van onderneming krachtens overeenkomst had plaatsgehad en dat Dethier hoofdelijk aansprakelijk was.

Dassy was sinds 1974 in dienst van Sovam. Op 15 mei 1991 werd door de Rechtbank van Koophandel te Hoei de gerechtelijke vereffening van de vennootschap uitgesproken en een vereffenaar benoemd. Op 5 juni 1991 werd Dassy door deze laatste ontslagen. Op 27 juni 1991 droeg de vereffenaar de activa over aan Dethier ingevolge een door de rechtbank van koophandel op 10 juli 1991 gehomologeerde overeenkomst.

Met de eerste vraag wenst het verwijzende Arbeidshof te Luik te vernemen of richtlijn 77/187 van toepassing is in geval van overgang van een onderneming die in gerechtelijke vereffening verkeert. Het Hof van Justitie overwoog dat de situatie van een vennootschap in gerechtelijke vereffening aanzienlijke verschillen vertoont met die van een vennootschap in staat van faillissement en dat de redenen op grond waarvan het Hof de toepassing van de richtlijn in laatstbedoeld geval heeft uitgesloten (cfr. arrest van 7 februari 1985, zaak 135/83, *Jur.*, 1985, 469; arrest van 11 juli 1985, zaak 105/84, *Jur.*, 1985, 2639), in het geval van een onderneming die in gerechtelijke vereffening verkeert, niet hoeven te gelden. Art. 1 van richtlijn 77/187 is van toepassing in geval van overgang van een onderneming die in gerechtelijke vereffening verkeert, wanneer de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet.

Met de tweede vraag wenste de verwijzende rechter te vernemen of art. 4 van de richtlijn in die zin moet worden uitgelegd dat de bevoegdheid om werknemers op economische of technische gronden te ontslaan, is voorbehouden aan de vervreemder of dat ook de verkrijger deze bevoegdheid heeft. Art. 4 van de richtlijn verzekert de bescherming van de rechten van de werknemers tegen ontslag, ten opzichte van zowel de vervreemder als de verkrijger.

Terzake herinnert het Hof aan het arrest Bork International van 15 juni 1988 (Zaak 101/87, *Jur.*, 1988, 3057), in die zin dat werknemers wier arbeidsovereenkomst in strijd met art. 4 van de richtlijn is beëindigd, worden geacht op de datum van de overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn, wat met name tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan.

Een en ander betekent ook dat art. 4 van de richtlijn, voor zover dit in de weg staat aan ontslag dat enkel wegens de overgang wordt verleend, de bevoegdheid van de vervreemder om over te gaan tot ontslagen die op grond van deze bepaling wél zijn toegestaan, niet verder beperkt dan die van de verkrijger. In antwoord op het tweede onderdeel van de tweede vraag overweegt het Hof dat art. 4 van de richtlijn een dwingende bepaling is ten gunste van de werknemers en dat op grond van het arrest Bork International moet worden aangenomen dat de arbeidsovereenkomst van degene die kort vóór de overgang van de onderneming op onwetige wijze is ontslagen, als nog bestaand moet worden beschouwd ten opzichte van de verkrijger, ook indien de ontslagen werknemer na de overgang van de onderneming niet door de verkrijger is overgenomen (rechtsoverweging 41).

(Zesde kamer – Zaak C-319/94 – Jules Dethier Equipement S.A.)

Wilfried Rauws

Hof van Justitie, 30 april 1998

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Ouderdoms- en rustpensioen – Berekeningswijze – Pensioenleeftijd

Het arrest Devriendt e.a. vormt het voorlopige eindpunt van een lang pensioenverhaal dat begon met het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Van Cant van 1 juli 1993 inzake het discriminerend karakter van de Belgische pensioenwetgeving na de wet van 20 juli 1990 (zaak C-154/92, *Jur.*, 1993, I-3811, *R.W.*, 1993-1994, 95 (verkort) – voor een uitmuntende commentaar lees o.m. J. Wouters, «Recente ontwikkelingen van het Europese Gemeenschapsrecht inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van pensioenen», in *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1995, 178-181).

Tegen het voor de Rijksdienst voor Pensioenen ongunstige arrest heeft de Belgische wetgever gereageerd met de interpretatieve wet van 19 juni 1996 (*B.S.*, 20 juli 1996) (waarover A. Eylenbosch, J. Put, e.a. «De pensioenleeftijd: een kwestie van interpretatie», *T.S.R.*, 1996, 303-379). Het Hof van Cassatie wenste deze voor de mannelijke gepensioneerden kwalijke wet via een aantal prejudiciële vragen te toetsen aan de richtlijn 79/7 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (Cass., 4 november 1996, waarover B. Lietaert, «Age égal de la pension: l'emballage du chocolat. Considération à propos de la loi interprétative sur les pensions», *Soc. Kron.*, 1997, 157, e.v.; zie ook B. Lietaert, «De twijfel over de pensioenleeftijd», noot onder Arbh. Antwerpen, 10 september 1996, *R.W.*, 1996-1997, 1086).

Het Hof van Justitie interpreteert art. 7, eerste lid, sub a, van richtlijn 79/7 aldus dat wanneer een nationale regeling een verschil in pensioenleeftijd tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers heeft gehandhaafd, de betrokken lidstaat het bedrag van het pensioen verschillend mag berekenen naar gelang van het geslacht van de werknemers. De procederende mannelijke gepensioneerden zullen hun hogere pensioenaanspraken dus wellicht niet kunnen afdwingen, aangezien het Hof van Justitie in de richtlijn geen wezenlijke hinderpaal ziet voor de toepassing van de uitleggingswet van 19 juni 1996. Uiteraard moet nog worden afgewacht hoe het Hof van Cassatie zal oordelen nu het een antwoord heeft verkregen op de gestelde prejudiciële vragen.

(Zesde kamer – Gevoegde zaken C-377/96 tot C-384/96 – Devriendt e.a.)

Wilfried Rauws

Hof van Justitie, 19 mei 1998

E.E.X. – Litispending (art. 21) – Begrip «dezelfde partijen»

Indien voor de rechtbanken van verschillende EEX-landen twee procedures aanhangig zijn, verplicht art. 21 EEX de rechter bij wie de zaak het laatst is aangebracht, de partijen – zelfs ambtshalve – te verwijzen naar de eerste rechter. Voorwaarde is dat «de vorderingen hetzelfde onderwerp betreffen, op dezelfde oorzaak berusten en tussen dezelfde partijen zijn ingesteld». In dit arrest wordt het Hof van Justitie gevraagd de draagwijdte van het begrip «dezelfde partijen» te verduidelijken: kan met name voor de toepassing van deze vereiste een verzekeraar worden gelijkgesteld met zijn verzekerde?

Deze vraag kadert in een complexe gerechtelijke procedure, ontstaan n.a.v. het vergaan van een schip, de *Sequana*, in de Nederlandse binnenwateren. Voor de Franse rechtbank vorderde de verzekeraar van het schip, de Franse verzekeringsmaatschappij Drouot, van zowel de eigenaar (C.M.I.) als de verzekeraar (Protea) van de lading van terugbetaling van de gemaakte bergingskosten. Voor de Nederlandse rechtbank hadden deze laatsten echter reeds een procedure ingesteld tegen de eigenaar van het schip en de bevrachter, die erop gericht was hen vrij te pleiten van elke aansprakelijkheid. Omdat een verzekeraar krachtens het Nederlandse procesrecht niet kan deelnemen aan hetzelfde geschil als zijn verzekerde, werd Drouot in de Nederlandse procedure niet gedagvaard. De opgeworpen exceptie van aanhangigheid werd door een Franse rechtbank van koophandel verworpen, omdat beide procedures niet tussen dezelfde partijen werden gevoerd. Het Hof van Beroep oordeelde daarentegen dat er wel degelijk identiteit tussen de gedingvoerende partijen bestond, daar de verzekeraar van het schip «via haar verzekerde» aan het Nederlandse geschil deelnam. Hierop legde het Franse Hof van Cassatie het Hof van Justitie de vraag voor of art. 21 EEX eveneens dient te worden toegepast indien de respectieve partijen in de twee procedures niet volledig identiek zijn.

Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Aanvaard wordt immers dat een verzekeraar en zijn verzekerde voor de toepassing van art. 21 EEX als «dezelfde partij» worden beschouwd, op voorwaarde dat hun belangen «identiek en onlosmakelijk verbonden zijn». Dit is bijvoorbeeld het geval indien een verzekeraar, na subrogatie, een beroep instelt of een verweer voert in naam van zijn verzekerde. Of *in casu* de belangen van de verzekeraar van een schip inderdaad identiek zijn aan die van de eigenaar van het schip, kan evenwel enkel door de nationale rechter worden beoordeeld. Het Hof bevestigt aldus zijn vaste rechtspraak dat de begrippen uit art. 21 EEX een eigen, ruime interpretatie krijgen (H.v.J., 8 december 1987, Gubisch, 144/86, *Jur.*, 1987, 4861; H.v.J., 6 december 1994, Tetry, C-406/92, *Jur.*, 1994, I-5439). Doel van de Europese aanhangigheidsregeling is immers alle gevallen te vermijden waarin twee bevoegde rechters tegenstrijdige uitspraken over dezelfde zaak kunnen doen. Gelet op deze doelstelling kan m.i. worden aangenomen dat deze rechtspraak ook buiten de verzekeringssector zal kunnen toegepast worden. Het Hof spreekt zich hier evenwel (nog) niet duidelijk over uit.

In het San Sebastián-verdrag, sinds 1 oktober 1997 ook in België van kracht, is de formulering van art. 21 EEX lichtjes gewijzigd (zie hierover Pertegas Sender, M., «Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen», in Van Houtte, H. en Pertegas Sender, M. (ed.), *Europese IPR-verdragen*, Acco, Leuven, 1997, 116-124). De Belgische rechter kan

deze nieuwe EEX-versie uiteraard enkel toepassen op vorderingen, ingesteld na haar inwerkingtreding in België. De aanhangigheidsvoorwaarden zijn evenwel onveranderd gebleven. Bijgevolg behoudt deze uitspraak ook onder de nieuwe EEX-regeling haar belang.

(Vijfde kamer – Zaak C-351/96, Drouot Assurances)

Ilse Couwenberg

Hof van Justitie, 27 oktober 1998

E.E.X. – Internationaal vervoer onder cognossement – Begrip «verbintenis uit overeenkomst» (art. 5, § 1) – Begrip «plaats van het schadeverwekkende feit» (art. 5, § 3) – Pluraliteit van verweerders (art. 6, § 1)

Welke rechter is bevoegd om een schadevergoedingsvordering te beoordelen ingesteld door de ontvanger van de goederen (of zijn gesubrogeerdeverzekeraars) tegen de werkelijke zeevervoerders, op grond van een cognossement? Deze vraag werd aan het Hof van Justitie voorgelegd in een geschil tussen een Franse verzekeraar enerzijds en de Nederlandse bevrachter en scheepskapitein anderzijds n.a.v. schade aan de lading, vastgesteld bij de aflevering in Frankrijk.

Voor de Franse rechtbank vordert de verzekeraar (gesubrogeerd in de rechten van de ontvanger van de goederen) schadevergoeding van zowel de Australische uitgever van het cognossement als van de Nederlandse bevrachter en kapitein, die het vervoer *de facto* verrichtten. De Franse rechter verklaart zich evenwel onbevoegd t.a.v. de «werkelijke» zeevervoerders, omdat de contractuele verbintenissen van deze partijen in Nederland dienen te worden uitgevoerd. De goederen werden immers slechts tot Rotterdam over zee vervoerd; tussen Rotterdam en Frankrijk verliep het transport over de weg onder geleide van een internationale vrachtbrief. Voor het Franse Hof van Cassatie betwist de verzekeraar evenwel het contractuele karakter van de vordering ingesteld tegen de Nederlandse zeevervoerders. Geconfronteerd met dit verweer, vraagt het Franse Hof van Cassatie het Hof van Justitie dan ook de betrokken schadevergoedingsvordering te kwalificeren.

Het Hof bevestigt zijn vaste rechtspraak dat het begrip «verbintenis uit overeenkomst» een eigen verdragsautonome inhoud heeft en met name enkel situaties omvat waarin er sprake is van een verbintenis die een partij *vrijwillig* tegenover een andere partij heeft aangegaan (H.v.J., 22 maart 1983, zaak 34/82, Peters, *Jur.*, 1983, 987; H.v.J., 8 maart 1988, zaak 9/87, Arcado, *Jur.*, 1988, 1539; H.v.J., 17 juni 1992, zaak C-26/91, Handte, *Jur.*, 1992, I-3967). Ook de verhoudingen voortvloeiend uit een cognossement kunnen bijgevolg niet door de toepasselijke *lex contractus* worden gekwalificeerd (*in casu* de Hague-Visby Rules), maar dienen aan deze communautaire definitie te worden getoetst. Concreet oordeelt het Hof dat, aangezien uit het betrokken cognossement geen vrijwillige rechtsband tussen de ontvanger van de goederen en de Nederlandse bevrachter-kapitein blijkt, de vordering tegen deze laatsten niet op art. 5, § 1, EEX kan worden gesteund.

Een dergelijke vordering die, los van enige contractuele band, de aansprakelijkheid van de verweerder in het gedrang brengt, valt daarentegen wel onder het – eveneens autonoom

me – begrip «verbintenis uit onrechtmatige daad» (H.v.J., 27 september 1988, zaak 189/87, Kalfelis, *Jur.*, 1988, 556). Krachtens art. 5, § 3, EEX kan de gesubrogeerde verzekeraar de werkelijke zeevervoerder dan ook oproepen voor hetzij het gerecht van de plaats van het onrechtmatig handelen, hetzij het gerecht van de plaats waar de schade is ingetreden (H.v.J., 30 november 1976, zaak 21/76, Bier, *Jur.*, 1976, 1735, H.v.J., 7 maart 1995, zaak C68/93, *Jur.*, 1995, I-415). Aangezien de schadeverwekkende gebeurtenis bij internationaal vervoer vaak moeilijk te lokaliseren is, zal de zeevervoerder in de praktijk meestal voor de rechtbank van de plaats van de schade dienen te worden gedaagd. Hierbij preciseert het Hof wel dat noch de plaats waar de lading uiteindelijk is afgeleverd noch de plaats waar de schade door de ontvanger van de goederen wordt vastgesteld, als *loci damni* in aanmerking komen. Deze plaatsen zijn immers niet enkel onvoorspelbaar, maar leiden bovendien vaak tot een onaanvaardbaar *forum actoris*. Wel bevoegdheidsbepalend is de plaats waar de werkelijke zeevervoerder de goederen diende af te leveren, *in casu* Rotterdam.

Dit arrest is ook in een tweede opzicht belangrijk. De verzekeraar steunde de internationale bevoegdheid van de Franse rechtbank t.a.v. de bevrachter en de kapitein eveneens op art. 6, § 1, EEX: omdat de rechter zich bevoegd had verklaard t.a.v. de Australische uitgever van het cognossement, konden ook de Nederlandse verweerders voor deze rechtbank worden opgeroepen. Deze stelling wordt terecht verworpen door het Hof, dat daarbij de toepassingsvoorwaarden van art. 6, § 1, EEX in herinnering brengt. In de eerste plaats kan deze regel inzake pluraliteit van verweerders enkel worden ingeroepen wanneer het geschil voor de rechtbank van de woonplaats van een van de verweerders is aangebracht, wat *in casu* niet het geval was. Bovendien vereist art. 6, § 1, EEX dat de verschillende vorderingen, door de eiser tegen verschillende verweerders ingesteld, samenhangend zijn (H.v.J., 27 september 1988, zaak 189/87, Kalfelis, *Jur.*, 1988, 556). Tussen een contractuele en een quasi-delictuele vordering bestaat, volgens het Hof, evenwel geen samenhang.

(Derde kamer – Zaak C-51/97, Réunion européenne / Spliethoff's Bevrachtingskantoor)

Ilse Couwenberg

KANTTEKENING

DE NIETIGVERKLARING VAN HET KERKELIJK HUWELIJK OP BASIS VAN EEN PSYCHIATRISCH VERSLAG: OVER DEONTOLOGIE EN ONRECHTMATIGE DAAD

I. De kerkelijke procedure

Soms, en steeds vaker, willen mensen scheiden. Na een burgerlijke echtscheiding wensen sommige mensen ook met de Kerk in orde te zijn. Daarom dienen ze bij de bevoegde kerkelijke rechtbank een verzoekschrift tot nietigverklaring

van hun kerkelijk huwelijk in. ¹ In 1994 werden in België 210 gewone nietigheidsprocedures ingeleid. ² Dit aantal steeg in 1995 tot 287. ³ In 1996 was dan weer een daling merkbaar: slechts 202 zaken werden ingeleid. ⁴

De kerkelijke procedure gaat veelal onopgemerkt voorbij. Veel aandacht van de buitenwereld wordt er niet aan besteed. Tot het ergens misloopt en een van beide partijen naar een profane rechtbank stapt.

A. De kerkelijke rechtbank

In principe heeft elk bisdom een eigen rechtbank, ook wel officiaal genoemd. De mogelijkheid bestaat wel om één rechtbank voor verscheidene bisdommen op te richten, maar tot op heden is dat niet gebeurd in Nederland en België. Aan het hoofd van de kerkelijke rechtbank staat een gerechtsvicaris of officiaal, bijgestaan door één of meer vice-officiëls. Zij worden door de bisschop benoemd en moeten priester zijn, van onbesproken naam, doctor of ten minste licentiaat in het canoniek recht en niet jonger dan dertig jaar. Daarnaast worden diocesane rechters benoemd, clerici of leken. Dus ook vrouwen. Het aantal is niet bepaald. Ze moeten van onbesproken naam en doctor of ten minste licentiaat in het kerkelijk recht zijn.

Huwelijkszaken worden behandeld door een college van drie rechters (canon 1425, § 1). Vonnissen worden geveld met meerderheid van stemmen. Twee andere instanties kunnen ook optreden: de promotor van het recht (*promotor iustitiae*) en de verdediger van de huwelijksband (*defensor vinculi*). De eerste heeft als taak zorg te dragen voor het publiek belang. Hij treedt op wanneer dit is voorgeschreven en in alle zaken waarin het publiek belang in het gedrang kan komen (canones 1430-1431). Maar meestal treedt hij *niet* op. De verdediger van de band moet in huwelijkszaken alle elementen die redelijkerwijze tegen de nietigheid kunnen worden aangevoerd, naar voren brengen en verdedigen (canon 1432). Ze worden door de bisschop benoemd en moeten van onbesproken naam zijn, doctor of licentiaat in het kerkelijk recht en bekend om hun wijs oordeel en inzet voor rechtvaardigheid. Het is niet vereist dat zij clericus zijn (canon 1435). Ten slotte dient in elk proces een notarius aanwezig te zijn die op straffe van nietigheid de akten ondertekent (canon 1437).

Voor zaken die in eerste instantie behandeld zijn door een diocesane rechtbank is de metropolitaanse rechtbank ⁵ de

¹ Voor een algemeen overzicht van en praktische informatie over de kerkelijke nietigheidsprocedure, alsook een beknopte duiding van de nietigheidsgronden, zie H. WARNINK, «Kerkrechtelijke benadering van het huwelijk», *Rondom Gezin*, 1993, 21-30.

² SECRETARIA STATUS. RATIONARIUM GENERALE ECCLESIAE, *Annuaire Statisticum Ecclesiae* 1994, Rome, Libreria Editrice Vaticana, 1994, 385.

³ SECRETARIA STATUS. RATIONARIUM GENERALE ECCLESIAE, *Annuaire Statisticum Ecclesiae* 1995, Rome, Libreria Editrice Vaticana, 1995, 393.

⁴ SECRETARIA STATUS. RATIONARIUM GENERALE ECCLESIAE, *Annuaire Statisticum Ecclesiae* 1996, Rome, Libreria Editrice Vaticana, 1996, 418.

⁵ Aan het hoofd van een kerkprovincie staat een metropoliet. Hij is aartsbisschop van het bisdom waarover hij is aangesteld. Zijn rechtbank is de metropolitane rechtbank.

rechtbank van tweede instantie. Beroep tegen zaken die in eerste instantie door de metropolitaanse rechtbank zijn behandeld, wordt aangetekend bij de rechtbank die door de metropolitaanse rechtbank, met goedkeuring van de Apostolische Stoel, is aangewezen. De bisschoppenconferentie kan met goedkeuring van de Apostolische Stoel één of meer rechtbanken van tweede instantie oprichten (canon 1439, § 2). In Nederland is de rechtbank van tweede instantie voor alle bisdommen de metropolitaanse rechtbank van Utrecht. Zaken van Utrecht worden in tweede instantie behandeld door Haarlem. In België is de situatie iets gecompliceerder. Alle zaken van de Vlaamse bisdommen en de Nederlandstalige zaken van het aartsbisdom worden behandeld in een interdiocesane rechtbank van tweede instantie te Antwerpen. Voor de Waalse bisdommen en de Franstalige zaken van het aartsbisdom geldt de algemene regel: de metropolitaanse rechtbank van Mechelen-Brussel behandelt in tweede instantie alle zaken die van de Waalse bisdommen komen. De zaken van de metropolitaanse rechtbank zelf worden in tweede instantie behandeld door de rechtbank van Doornik. In kerkelijk België bestaat er dus, net zoals op staatkundig vlak, een asymmetrische situatie tussen het Nederlandse en Franse taalgebied.

B. Het verloop van de procedure

De procedure tot nietigverklaring van een kerkelijk huwelijk begint met een inleidend verzoekschrift, waarin onder meer de mogelijke grond tot nietigverklaring wordt aangegeven. Indien het verzoekschrift wordt aanvaard, worden beide partijen – zowel de eisende partij, de *actor (actrix)*, als de gedaagde partij, de *conventus (conventa)* – opgeroepen om ofwel schriftelijk te antwoorden ofwel in persoon voor de rechtbank te verschijnen, zodat de rechtsgrond op basis waarvan het kerkelijk huwelijk zou kunnen worden nietigverklaard, definitief kan worden vastgesteld. Vervolgens worden bewijzen verzameld. Dit gebeurt hoofdzakelijk met behulp van verklaringen van partijen en getuigen, maar ook experts, zoals psychiaters en artsen, kunnen behulpzaam zijn, evenals beschikbare documenten. Zodra voldoende bewijzen zijn verzameld, sluit de rechter de zaak. Beide partijen en, in voorkomend geval, hun advocaat, alsmede de *defensor vinculi*, kunnen de akten inzien en hun bemerkingen formuleren. Vervolgens bestuderen de rechters de zaak en velen een oordeel.

Twee beslissingen zijn mogelijk: ofwel komt het college tot het besluit dat het huwelijk nietig is (*constat de nullitate*), ofwel stelt het college vast dat het huwelijk wel degelijk geldig is en dat er dus van nietigheid geen sprake is (*non constat de nullitate*). Indien de rechtbank beslist dat een huwelijk nietig is, moeten de akten binnen een termijn van twintig dagen *ex officio* worden opgestuurd naar de rechtbank van tweede instantie voor een tweede vonnis. In het andere geval staat het de partijen vrij om binnen vijftien dagen na de bekendmaking van het vonnis hiertegen beroep aan te tekenen. Pas wanneer twee gelijkluidende vonnissen de nietigheid van het huwelijk bevestigen, zijn de partijen vrij om een nieuw kerkelijk huwelijk aan te gaan, tenzij de rechtbank dienaangaande een verbod (*vetitum*) voor een van de partijen heeft uitgesproken. Indien geen twee gelijkluidende vonnissen zijn verkregen, gaat de zaak naar de Romeinse Rota te Rome, tenzij een derde instantie in eigen land wordt toegestaan. Zo-

iets is niet uitzonderlijk, al was het maar om (ver)taalproblemen te vermijden.

C. Het gebruik van deskundigen

Hoofdstuk IV, titel IV, afdeling I, deel II van boek VII van het kerkelijk wetboek van 1983 telt acht canones, gewijd aan deskundigen. Telkens wanneer op voorschrift van het recht of van de rechter het onderzoek en oordeel van deskundigen, steunend op de regels van hun kunde of wetenschap, vereist zijn om een of ander feit te bewijzen of om de ware aard van de zaak te onderkennen, moet hun hulp worden ingeroepen (canon 1574). De rechter benoemt de deskundigen op voorstel van de partijen of na hen te hebben gehoord; hij kan ook gebruik maken van verslagen die door andere deskundigen reeds zijn opgesteld (canon 1575). Net zoals getuigen en om dezelfde redenen kunnen deskundigen worden uitgesloten of geweerd (canon 1576). De rechter moet bij decreet bepalen waarover het werk van de deskundige moet handelen (canon 1577, § 1). De akten van de zaak en de andere documenten en hulpmiddelen moeten aan de deskundige worden bezorgd zo hij deze nodig heeft om zijn opdracht op de voorgeschreven wijze en getrouw te vervullen (canon 1577, § 2). Het kerkelijk wetboek bevat voorts nog een aantal procedurele regels over de termijn waarbinnen het verslag klaar moet zijn,⁶ wat er moet gebeuren indien verscheidene deskundigen optreden,⁷ hoe het deskundigenverslag wordt geëvalueerd,⁸ hoe het honorarium wordt bepaald⁹ en welke de rol van de partijen is.¹⁰ Over de wijze waarop de deskundige moet te werk gaan, is niets bepaald.

Voor huwelijkszaken bevat het kerkelijk wetboek nog een canon die de taak van deskundigen nader omschrijft. In zaken betreffende impotentie of gebrek in de consensus wegens een geestesziekte dient de rechter van de hulp van een of meer deskundigen gebruik te maken, tenzij deze uit de

⁶ De rechter bepaalt de tijd waarbinnen het onderzoek moet gebeuren en het verslag moet worden ingediend, weliswaar nadat hij de deskundige heeft gehoord (canon 1577, § 3).

⁷ Elke deskundige stelt afzonderlijk zijn verslag op en ondertekent dit, behalve wanneer de rechter beveelt om slechts één verslag te maken; in dat geval moeten de verschillen in mening duidelijk worden aangegeven en ondertekent elke deskundige afzonderlijk het verslag (canon 1578, § 1). In elk verslag moet de deskundige aangeven door welke documenten of op welke andere wijze hij op de hoogte is gekomen van de identiteit van personen, zaken of plaatsen, langs welke weg en op welke wijze hij is te werk gegaan in het vervullen van zijn opdracht en op welke argumenten zijn besluit in hoofdzaak is gebaseerd (canon 1578, § 2). De rechter kan hem nog oproepen om verdere toelichtingen te geven indien dit noodzakelijk is (canon 1578, § 2).

⁸ De rechter moet alle aspecten van de zaak overwegen, dus niet alleen de besluiten van deskundigen, en in de motivering van zijn beslissing moet hij uiteenzetten op grond van welke argumenten hij de besluiten van de deskundige(n) al dan niet aanvaard heeft (canon 1579).

⁹ De rechter bepaalt de kosten en het honorarium van de deskundige (canon 1580).

¹⁰ Het staat partijen vrij om zelf deskundigen aan te duiden, voor zover deze worden goedgekeurd door de rechter, die ook toelating moet geven indien zij de akten van de zaak willen inzien en de uitvoering van het deskundigenonderzoek willen bijwonen, maar zij kunnen wel steeds hun verslag voorleggen (canon 1581).

omstandigheden duidelijk van geen nut lijkt; in de overige zaken dient het voorschrift van canon 1574 in acht genomen te worden (canon 1680). De rechter is verplicht om in zaken betreffende impotentie of gebrek in de consensus wegens een geestesziekte één of meer deskundigen bij de zaak te roepen. Onder «zaken betreffende gebrek in de consensus» worden alle mogelijkheden van canon 1095 gerekend, voor zover zij zijn veroorzaakt door een geestesziekte. Canon 1095 kent drie categorieën van mensen die onbekwaam zijn tot het sluiten van een huwelijk: 1) zij die niet beschikken over voldoende gebruik van het verstand; 2) zij die lijden aan een ernstig gebrek aan oordeelsvermogen met betrekking tot de wederzijds over te dragen en te aanvaarden wezenlijke rechten en plichten van het huwelijk; 3) zij die wegens redenen van psychische aard de wezenlijke verplichtingen van het huwelijk niet op zich kunnen nemen. De verplichting om een deskundige aan te stellen vervalt indien uit de omstandigheden blijkt dat een deskundigenonderzoek nutteloos is.

D. De concrete casus behandeld door het Hof te 's Hertogenbosch

Binnen het zoëven summier geschetste kader moet een kerkelijke rechtbank werken. Mevrouw S. en de heer V. huwen in 1987 zowel naar Nederlands burgerlijk recht als naar het recht van de rooms-katholieke Kerk. Het huwelijksleven loopt echter niet zoals ze hadden verhoopt en het paar besluit uit elkaar te gaan. Het burgerlijk huwelijk wordt in 1989 door echtscheiding ontbonden. Maar V. wil meer: ook het kerkelijk huwelijk zou ongedaan moeten worden gemaakt. Het recht van de rooms-katholieke Kerk kent echter alleen in zeldzame gevallen een echtscheiding; de nietigverklaring van het huwelijk is er de gewone procedure. De kerkelijke rechtbank gaat na of de huwelijks toestemming geldig is gegeven. Zo dit niet het geval is, zal deze rechtbank het huwelijk nietig verklaren. V. dient dan ook een verzoek tot nietigverklaring van zijn kerkelijk huwelijk in bij de kerkelijke rechtbank van het bisdom Roermond. Dit gebeurt in oktober 1989. Het geschilpunt wordt als volgt vastgesteld: «Staat het vast, dat het huwelijk ongeldig is op grond van een ernstig gebrek van oordeelsvermogen met betrekking tot de wederzijds over te dragen en te aanvaarden rechten en plichten van het huwelijk, aan de kant van de vrouw; of, indien dit niet bewezen wordt geacht, op grond van het onvermogen, eveneens aan de kant van de vrouw, om wegens redenen van psychische aard de wezenlijke verplichtingen van het huwelijk op zich te nemen, in de zin van canon 1085, 2e subs, 3e van het Wetboek van Canoniek Recht?» Op het eerste gezicht een doodgewone zaak, zoals elk bisdom er jaarlijks een aantal heeft.

Op grond van de reeds vermelde canon 1680 wordt mevrouw B. als psychiater door de officiaal van Roermond ingeschakeld om uitsluitend op basis van de afgelegde getuigenverklaringen de psychische toestand van mevrouw B. te beoordelen. De psychiater wordt dus gevraagd om een patiënt te beoordelen op basis van de stukken uit het dossier van de kerkelijke rechtbank, zonder de patiënt ooit te hebben gezien. B. brengt hierover een rapport uit aan de kerkelijke rechtbank. De conclusie van dit rapport is dat mevrouw S. «niet in staat was, dus het onvermogen bezat om de wezenlijke verplichtingen van het huwelijk op zich te nemen.»

Het verzoek tot nietigverklaring, ingediend door de heer V., wordt uiteindelijk door de kerkelijke rechtbank van Roermond afgewezen.

V. gaat in beroep bij het officialaat van het aartsbisdom Utrecht, dat op 25 november 1992 op basis van het psychiatrisch rapport van B. oordeelt dat het kerkelijk huwelijk wel ongeldig is. Het *Bischöfliches Offizialat* van Münster wordt hierna aangeduid om als derde instantie deze zaak te beoordelen, aangezien de twee vorige uitspraken niet gelijklopend waren. Op 10 augustus 1994 besluit deze rechtbank tot de ongeldigheid van het huwelijk wegens onbekwaamheid van de vrouw. Het college komt tot dit besluit mede op basis van een tweede deskundigenonderzoek, waarbij ook de door het *Bischöfliches Offizialat* van Münster aangewezen psychiater een verslag zou hebben opgesteld louter op basis van het dossier, dus zonder de betrokken persoon zelf te onderzoeken.

II. Beoordeling door de Nederlandse rechter

Het arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch is slechts een voorlopig eindpunt in deze zaak. Twee procedures worden ongeveer gelijktijdig gevoerd: enerzijds een tuchtprocedure tegen psychiater B. voor het *College voor Medisch Tuchtrecht*, en anderzijds een vordering wegens onrechtmatige daad voor de *gewone rechtbank*.

De klacht tegen B. bij het *College voor Medisch Tuchtrecht* te Eindhoven is drievoudig: 1) B. weigert een afschrift van haar verslag over S. aan S. te verstrekken; 2) B. heeft zonder kennis, toestemming of medeweten van S. een rapport over haar uitgebracht; 3) B. heeft dit rapport over S. uitgebracht zonder dat zij S. gezien of gesproken heeft. Het College voor Medisch Tuchtrecht legt mevrouw B. als tuchtsanctie een geldboete van 2.000 NLG op. Zij gaat tegen deze beschikking van het College van 23 juni 1997 in beroep bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, dat bij beschikking van 24 februari 1998¹¹ de bestreden beschikking wel vernietigt, maar B. een zwaardere tuchtsanctie oplegt, namelijk een schorsing van vier maanden in de uitoefening van de geneeskunst. B. heeft zich volgens het Hof schuldig gemaakt aan handelingen die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen.

De *burgerlijke vordering* van haar kant wordt in kort geding behandeld voor de president van de arrondissementsrechtbank te Roermond met uitspraak op 23 oktober 1997. Deze stelt dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen door (zonder toestemming of medeweten van S.) het verlenen van de opdracht tot het uitbrengen van het rapport, het uitbrengen van het rapport, het verstrekken aan derden, het gebruiken van dat rapport om een kerkelijk huwelijk ongeldig te verklaren, de inhoudelijke kwalificaties in het rapport en het citeren van die kwalificaties in (officiële) stukken. S. gaat in beroep tegen deze uitspraak bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, dat op 2 december 1998 het volgende arrest velt.

Het Hof meent dat H.V.d.M., de officiaal, zelf niet onrechtmatig heeft gehandeld, en als onrechtmatig is gehandeld, dan is dit gedaan door de kerkelijke rechtbank en dus door het bisdom Roermond. Omdat de kerkelijke procedu-

¹¹ Hof 's-Hertogenbosch, 24 februari 1998, *N.J.*, 1998, 5275.

re erop gericht was om na te gaan of er bij S. sprake was van psychologische gebreken die de huwelijksconsensus konden aantasten, is het Hof van mening dat daarvoor een deskundigenonderzoek nodig is. Maar door dit onderzoek door B. te beperken tot de beoordeling van de afgelegde getuigenverklaringen, met uitsluiting van een zelfstandig onderzoek van S. door B., heeft de kerkelijke rechtbank volgens het Hof in feite het deskundig karakter aan het te verrichten onderzoek reeds bij voorbaat ontnomen. Het Hof voegt er wel aan toe dat enkel de kerkelijke rechtbank kan beoordelen of zij met dergelijk onderzoek deskundig is voorgelicht. Het Hof oordeelt wel dat het door B. uitgebrachte rapport «als volstrekt ongefundeerd moet worden aangemerkt, zoals het Hof in de medische tuchtzaak reeds tot uitdrukking heeft gebracht. (...) De bewoordingen en de conclusie van het rapport (...) tasten, gezien het ongefundeerde karakter van het rapport, de eer en goede naam van S. aan, waarvoor B. in eerste instantie, de verantwoordelijkheid draagt.» De conclusie van het Hof luidt dan ook als volgt: «Aldus hebben zowel het Bisdom als B., naar het voorlopig oordeel van het Hof, onrechtmatig tegenover S. gehandeld, waarbij de aantasting van de eer en goede naam van S. en de schending van haar privacy het gevolg zijn van de onzuivere wijze, waarop meerbedoeld onderzoek is gestart en voltooid waarbij het er naar uitziet, dat de persoonlijkheid van S. slechts is beschouwd als een voorwerp van onderzoek.» Het bisdom en B. worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van S. van een bedrag van 2.500 NLG en van de proceskosten.

III. Slotbeschouwingen

Bij een eerste lezing van het arrest van Den Bosch zou men zich kunnen afvragen of de rechter hier niet een stap te ver is gegaan en de godsdienstvrijheid, in het bijzonder het beginsel van een vrije interne organisatie, niet heeft geschonken. Dat mag maar een eerste bedenking zijn. Want eigenlijk gaat het niet daarover.

De vrijheid van interne organisatie voor religieuze groeperingen is een basisbeginsel, maar dit betekent niet dat willekeur is toegelaten. Het is niet meer dan normaal dat een Kerk haar eigen rechtsregels naleeft. Recente rechtspraak lijkt deze tendens te bevestigen.¹² Wanneer men een Kerk onderwerpt aan het beginsel *Patere legem quam ipse fecisti* betekent dit precies een hoogste erkenning van de autonomie van die Kerk. De onderwerping aan het genoemde beginsel sluit immers enkel willekeur uit. Dit verbod van willekeur is in een rechtsstaat echter niet onaanvaardbaar en kan bezwaarlijk worden gezien als een aantasting van de interne organisatievrijheid.¹³ De bestaande kerkjuridische regelen bepalen niet hoe het deskundigenonderzoek precies moet worden uitgevoerd. Nergens wordt gestipuleerd dat in geval van een psychiatrische expertise de betrokkene niet persoonlijk mag worden onderzocht. Het lijkt dan ook niet meer dan normaal dat de profaanrechtelijke deontologische regelen te dezen worden toegepast, zelfs indien het ker-

kelijk recht iets anders zou voorschrijven. Het Hof lijkt hier ook impliciet van uit te gaan.

Bovendien mag men het onderscheid tussen de interne organisatievrijheid enerzijds en de toepassing van profaanrechtelijke regels inzake beroepsuitoefening anderzijds niet uit het oog verliezen. *In casu* heeft het Hof een uitspraak gedaan over de manier waarop een deskundigenonderzoek is uitgevoerd, namelijk in strijd met de deontologische regelen. Over het bestaan van een kerkelijke rechtbank en de daar gehanteerde procedure heeft het Hof zich niet uitgesproken. Meer zelfs, de kerkelijke rechtbank is volgens het Hof vrij om het deskundigenonderzoek waarvan hier sprake is, al dan niet deskundig te noemen. Maar de beoefenaar van de geneeskunde moet hierbij wel zijn eigen deontologie respecteren. Dat is niet meer dan normaal.

Het Hof van Den Bosch heeft enkel een uitspraak gedaan over de wijze waarop het deskundigenonderzoek is uitgevoerd. Dit beantwoordde niet aan de deontologische regelen en aan de algemeen gangbare praktijk van het medische beroep. De interne organisatievrijheid van religies stond nooit ter discussie.

Kurt MARTENS
Wetenschappelijk medewerker
Faculteit Kerkelijk Recht
K.U.- Leuven

BOEKEN

G. KELLENS en A. LEMAITRE, *Criminologie et société. Le criminologue dans la Cité hier, aujourd'hui, demain*, Brussel, Bruylant, 1998, 162 p.

Naar aanleiding van de vijftigste verjaardag van de Luikse school voor criminologie werd op 25 en 26 oktober 1996 te Luik een colloquium gehouden met de titel: «*Le criminologue dans la Cité, hier, aujourd'hui, demain*», waarvan bovengenoemd boek de schriftelijke neerslag vormt. Het bundelt een viertal bijdragen, afkomstig van respectievelijk Franse, Amerikaanse en Canadese criminologen en enkele begeleidende teksten van criminologen van de Luikse school zelf. Hierdoor wordt ongetwijfeld de internationale dimensie van de criminologie als (sociale) wetenschap beklemtoond.

De centrale vraag die in het colloquium werd gesteld, is die naar de rol van de criminoloog in een samenleving op de drempel van de éenentwintigste eeuw. Op zoek naar een antwoord op deze vraag, wordt onder meer nagegaan wat onder «criminologie» en «criminoloog» moet worden begrepen, wordt verder een overzicht gegeven van de functies van de criminoloog in het verleden, om ten slotte te beschrijven welke rol de criminoloog heden ten dage speelt in de samenleving en in welke beroeps categorieën hij wordt tewerkgesteld.

Algemeen wordt vastgesteld dat de rol van de criminoloog in de samenleving fundamenteel afhankelijk is van de criminele politiek die in die samenleving wordt voorgestaan. Deze criminele politiek wordt zelf onmiddellijk geïnspireerd door de geldende criminologische theorie. Zo beschouwde de positivistische criminologie de criminaliteit als een ziekte waaraan de delinquent leed. De criminele politiek was er dan een van sociaal verweer, fundamenteel gericht op de resocialisatie of minstens neutralisering van de sociale gevaarlijkheid van de delinquent. De taak van de criminoloog is in een dergelijke context vooral een taak van behandeling en rehabilitatie. In een structurele, kritische, radicale of feministische criminologie daarentegen, waarin de criminaliteit wordt verklaard vanuit de sociale structuur en meer bepaald vanuit de ongelijkheid (van klassen, seksen, rassen,...), is de criminoloog in de eerste plaats een sociaal criticus die ageert voor sociale hervormingen.

De auteurs voorspellen als tendensen voor de éenentwintigste eeuw allereerst een grotere tolerantie tegenover deviant gedrag; vervolgens een toenemende burgerlijke i.p.v. strafrechtelijke afhande-

¹² Cf. Cass., 20 oktober 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 861.

¹³ P. LEMMENS, «De kerkelijke overheid in de greep van de wereldlijke rechter?», in H. WARNINK (ed.), *Rechtsbescherming in de Kerk*, Leuven, Peeters, 1991, 80.

ling van delicten, vooral van misdrijven t.o.v. private eigendom; ten slotte wordt een evolutie voorspeld naar een steeds groter belang van genoegdoening van het slachtoffer bij de afhandeling van misdrijven en conflicten. Meer algemeen kan een evolutie worden vastgesteld naar een hersteljustitie. Dat dit diepgaande gevolgen zal hebben voor de rol van de criminoloog in de volgende eeuw, spreekt voor zichzelf.

Het boek verschaft de criminoloog een schat aan informatie over zijn roots en vormt een directe aanleiding tot een moment van (kritische) zelfreflectie. Vooral de artikelen van Ezzat A. Fattah, verbonden aan de Simon Fraser University te Vancouver en van André Normandeau en Maurice Cusson van de Universiteit te Montreal, bieden interessante lectuur. De sterk theoretische inslag van het boek vormt misschien wel een hinderpaal om een breder publiek met de criminoloog en de criminologie bekend te maken.

Nathalie Siron

F. GOTZEN (ed.), **Merken en mededinging**, in **Centrum voor Intellectuele Rechten**, nr. 14, Brussel, Bruylant, 1998, 267 p.

In het hier besproken boek, dat ondertussen reeds het veertiende deel is in de door het Centrum voor Intellectuele Rechten (C.I.R.) uitgegeven reeks, zijn de teksten samengebracht van de lezingen die in 1997 werden gehouden tijdens een lessencyclus over merken en mededinging. Deze lessencyclus werd georganiseerd door het C.I.R., in samenwerking met het Studiecentrum voor Consumentenrecht van de K.U.L. Vóór enige toelichting te geven bij de verschillende bijdragen in het boek, kan zonder meer gesteld worden dat het merendeel van de opgenomen teksten uitermate waardevol en zeer lezenswaardig is, en dat zij het verslagboek tot een onmisbaar document maken voor degenen die zich met de betreffende materie bezighouden.

Het boek opent met een bijdrage van J. Stuyck. Deze auteur onderzoekt de vraag, nadat hij vastgesteld heeft dat buiten het domein van de intellectuele eigendom nabootsing in principe vrij is, en dat de vordering tot staken uit de W.H.P.C. ten aanzien van inbreuken op de specifieke wetgeving inzake intellectuele eigendomsrechten (I.E.R.) grotendeels is uitgesloten, of en in welke mate het recht inzake onrechtmatige mededinging een aanvullende werking kan vervullen ten opzichte van de per definitie begrensde bescherming door de specifieke wetten inzake intellectuele eigendomsrechten. In concreto onderzoekt J. Stuyck aan de hand van de rechtspraak van de laatste vijf jaar in de eerste plaats de mogelijkheid om handelingen die de eigenlijke namaking begeleiden als onrechtmatige mededinging te beteugelen, en in de tweede plaats de mogelijkheid om daden van namaking van elementen die geheel buiten de werkingssfeer van de wetgeving inzake eigendomsrechten vallen, als onrechtmatige mededinging te kwalificeren.

Een tweede, zeer boeiende bijdrage, is van de hand van Th. Van Innis. In zijn bijdrage, die handelt over de omzetting in de Benelux van de eerste harmonisatierichtlijn «merkenrecht» van 21 december 1988, toont deze merkenspecialist op overtuigende wijze aan dat de genoemde richtlijn op dit ogenblik, mede door het gebrek aan definities, niet de harmonisatie bereikt die ze nastreeft. Zeer terecht schrijft Th. Van Innis dat het nog tot de volgende eeuw zal duren eer een echte harmonisatie van het merkenrecht, op basis van de rechtspraak, gerealiseerd zal zijn. Zeer interessant in zijn tekst is de confrontatie van de definitie van een merk uit art. 1 Benelux Merkenwet met art. 2 van de genoemde harmonisatierichtlijn. Th. Van Innis schrijft in dit verband zeer interessante zaken, die wij persoonlijk kunnen onderschrijven, over de vraag of geluiden, geuren en smaken een merk kunnen vormen.

Terwijl de bijdrage van E. Nooteboom over het Gemeenschapsrecht eerder beschrijvend van aard is, en in grote lijnen een toelichting bij de verordening inzake het Gemeenschapsmerk geeft, gaat G. Bogaert in zijn uiteenzetting uitgebreid in op de bescherming van de handelsnaam en de vennootschapsnaam, en besteedt hij tevens aandacht aan het dienstmerk. In de bijdrage van laatstgenoemde auteur zijn enkele interessante stellingen te lezen, bijv. dat bij op elkaar gelijkende vennootschapsnamen het verwarringsrisico niet in abstracto moet beoordeeld worden, maar kan voortvloeien zowel uit een loutere vergelijking van de vennootschapsnamen als uit andere concrete omstandigheden van het geval in kwestie.

Een zeer lezenswaardige bijdrage is van de hand van J.J. Evrard en I. Taymans. Genoemde auteurs gaan op een kritische wijze in op de communautaire wetgeving (Verordening nr. 3295/94 van de Raad en Verordening nr. 1367/95 van de Commissie) en het K.B. van 26 november 1996, die de strijd tegen de namaak tot voorwerp hebben. In deze bijdrage vindt men veel (praktische) informatie over de tussenkomst, ambtshalve of op initiatief van de merkhouders, van de douaneautoriteiten in deze strijd. Zeer interessant is dat een aantal zwakke punten in de onderzochte wetgeving aangestipt worden. Een andere, zeer uitgebreide, maar uitermate interessante uiteenzetting is van E. De Gryse, en handelt over de bescherming van geografische aanduidingen. E. De Gryse gaat niet alleen op een zeer overzichtelijke en duidelijke wijze in op de bescherming van geografische aanduidingen, o.a. in het raam van de Europese Unie en België, maar hij besteedt ook aandacht aan de problematiek van de bescherming van geografische aanduidingen als individueel en collectief merk.

In een zeer omvangrijke bijdrage onderzoekt P. Eeckman de problematiek van art. 36, 85 en 86 E.G.-Verdrag en de intellectuele eigendomsrechten. In zijn tekst wordt de rechtspraak van het Hof van Justitie m.b.t. deze materie zeer grondig geanalyseerd. Zeer interessant is dat P. Eeckman ook stilstaat bij de wijze waarop de bedingen in licentieovereenkomsten, die betrekking hebben op territoriale exclusiviteit, in Verordening nr. 240/96 van de Commissie van de E.G. inzake de toepassing van art. 85, derde lid, E.G.-Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht worden behandeld.

Na een tekst van A. Pappalardo die een toelichting geeft bij de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, en waarin ingegaan wordt op de toepassing van deze wet en op de talrijke problemen die in dit verband rijzen, sluit een bijdrage van A. Puttemans het verslagboek af. In haar tekst gaat deze auteur in op art. 96 W.H.P.C. Aan de hand van rechtspraak beantwoordt zij o.a. de vraag wat moet worden begrepen onder het begrip «daad van namaking» in art. 96, eerste lid, W.H.P.C. Zij gaat ook in op de vraag in welke mate de stakingsrechter uit de W.H.P.C. kan optreden bij namaak van begeleidende handelingen. M.b.t. de eerste aangestipte vraag is haar onderzoek i.v.m. het merkenrecht zeer boeiend.

Hendrik Vanhees

P. VRANCKEN, **De deontologie van de griffier van de rechterlijke orde**, 1998, 135 p., uitgave in eigen beheer.

Er zijn dienaren van de justitie die, zelfs nadat zij afscheid hebben genomen van het gerechtsgebouw, gefascineerd blijven door het ambt dat zij jarenlang hebben uitgeoefend. Zo ook Paul Vrancken, ere-hoofdgriffier bij de politierechtbank.

Het voorliggende werk komt op zijn tijd, nu de aanpassing van de deontologische norm aan de eisen en verwachtingen van de huidige samenleving ook voor de griffier noodzakelijk is geworden. De wet van 17 februari 1997 tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het personeel van de griffies en parketten leidde immers tot een reflectie over een vernieuwde deontologie.

De auteur beoogt met deze studie de aanzet te geven en de basis te leggen om in de toekomst te komen tot een volwaardige eigen-tijdse plichtenleer.

In een eerste deel wordt de deontologie in het algemeen behandeld. In een tweede deel beperkt Paul Vrancken de beroepsaansprakelijkheid van de griffier die de deontologische regels overtreedt. Vervolgens komt de deontologie aan bod van de griffier ter griffie, in zijn bijstand aan de rechter en in het privé-leven. Ten slotte krijgt de lezer een overzicht van de onverenigbaarheden en de mogelijke tuchtsancties.

Het boek bevat een uitvoerige bibliografie met lijst van afkortingen en is verkrijgbaar bij de auteur Peerboomstraat, 34 te 3600 Genk.

J. Luyckx

I. VEROUGSTRAETE en E. FORRIER, (red.), **De Laricier Wetboeken**, zeven delen plus cumulatieve registers, Brussel, De Boeck & Laricier, 1998.

Onder de hoofdredactie van I. Verougstraete en E. Forrier, afdelingsvoorzitters in het Hof van Cassatie, en mede dank zij de pre-

cisiearheid van een uitgelezen equipe coredacteurs, brengt de uitgeverij De Boeck & Larrier de editie 1998 van *De Larrier Wetboek* op de markt.

Niet minder dan 4.000 akten (11.500 pagina's) worden gepubliceerd, bijgewerkt tot 3 maart 1998. Dat betekent dat o.m. de recente Franchimontwet en de Programmawet van 10 februari 1998 zijn opgenomen.

Al bij een vluchtige verificatie blijkt dat de redacteurs met grote zorg, en waar nodig correcties, aanvullingen en nieuwe kruisverwijzingen hebben aangebracht. De titanenprestatie leverde een kwaliteitsproduct op waarvan de betrouwbaarheid, de systematische opbouw en de handzaam te raadplegen cumulatieve registers, het tot een aanbevelenswaardig werkinstrument voor elke dag en voor elke juridische materie maken.

Speciaal mag worden vermeld dat, terwijl de vorige uitgaven zes delen omvatten, aan de nieuwe editie een zevende deel, *Milieu-recht*, is toegevoegd, met als onderdelen de algemene, Vlaamse en Brussels Hoofdstedelijke regelgevingen inzake bos, leefmilieu, monumenten, landschappen, stads- en dorpsgezichten en ruimtelijke ordening.

Met een abonnement, dat de zesmaandelijke aanvullingen omvat, kost de nieuwe collectie 32.735 fr (advocaten-stagiairs betalen 24.225 fr). Zonder abonnement betaalt men 38.500 fr (advocaten-stagiairs: 28.500 fr). De delen zijn ook afzonderlijk verkrijgbaar.

J.R.R.

B.J. VAN ETTEKOVEN en A.R.E. SCHRAM, **Jurisprudentie Schadevergoeding in het bestuursrecht**, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 134 p.

In Nederland kan niet alleen de burgerlijke rechter, maar ook de bestuursrechter zich uitspreken over een schadevergoeding door het bestuur dat een onrechtmatige rechtshandeling heeft uitgevaardigd of een rechtshandeling juist niet of niet tijdig heeft gesteld, en hierdoor schade heeft veroorzaakt. Hij kan zowel een schadevergoeding opleggen als opdracht geven aan het bestuur om zelf een schadebesluit te nemen. Dit boekje biedt een overzicht van rechtspraak van de bestuursrechter over deze schadevergoeding. Het is, na een voorwoord en inleiding, ingedeeld in tien hoofdstukken over onder meer de schadevergoeding in de Awb, het zelfstandig schadebesluit, de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter, het materiële schadevergoedingsrecht, de wettelijke rente en de verjaring. Elk hoofdstuk wordt ingeleid door een toelichting, gevolgd door van titels voorzien paragrafen met rechtspraak. Zo leren we dat hoewel de mogelijkheid toegekend aan de bestuursrechter proceseconomisch kan zijn, ook hier problemen van competentieverdeling en verschillen in rechtspraak opduiken. De rechtspraak wordt niet integraal weergegeven; het zijn eerder kopjes, vaak met niet volledig uitgeschreven zinnen. Dat heeft als voordeel dat het boek snel raadpleegbaar is, maar als nadeel dat de inhoud niet steeds volkomen duidelijk is. Bij sommige uitspraken, bv. over de schade door een wetwijziging (p. 81), was meer informatie over de casus welkom geweest.

Patricia Popelier

L.F.M. BESSELINK en H.R.B.M. KUMMELING (ed.), **Grenzen aan grenzenloosheid. Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie**, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 287 + xii p.

Dit boek poogt de eigen grondrechtendogmatiek van de Europese Unie (EU) bloot te leggen en te evalueren door vergelijking met de grondrechtenbescherming die binnen het Europese Verdrag over de Rechten van de Mens (E.V.R.M.) en de Nederlandse nationale rechtsorde wordt geboden. Dit onderzoek past in een ruimer onderzoeksprogramma van het Utrechts Instituut voor Staats- en Bestuursrecht over de verhouding tussen mensenrechtenbepalingen, het recht van de Europese Unie en de nationale grondrechten.

Het boek beoogt een antwoord te bieden op twee vragen. In de eerste plaats wordt nagegaan of er wel een eigen grondrechtendogmatiek binnen de Europese Unie bestaat, en wat die desgevallend inhoudt. Besselink argumenteert dat in de EU-grondrechtendog-

matiek de economische grondrechten van het Gemeenschapsrecht (de vier vrijheden) prevaleren op de klassieke grondrechten. Duijkersloot onderzoekt op welke handelingen van de instellingen en de lidstaten de grondrechtenbescherming van de EU betrekking heeft. Viering bekijkt hoe een aantal mensenrechten van het E.V.R.M. en de Straatsburgse rechtspraak in de rechtspraak van het Luxemburgse Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg tot uiting komen.

Een tweede centrale vraag in dit boek betreft de mate waarin de EU-grondrechtenbescherming vergelijkbaar is qua dogmatiek en niveau met die van het E.V.R.M. en de Nederlandse rechtsorde. Van Schagen onderzoekt dit rechtsvergelijkend vanuit het legaliteitsbeginsel. Leenders buigt zich over de thematiek van de horizontale werking. Duijkersloot behandelt de specifieke vraag van de vrijheid van meningsuiting van Nederlandse en EG-ambtenaren.

De volgende twee bijdragen behandelen respectievelijk het probleem van uiteenlopende grondrechtenmaatstaven binnen de EU, het E.V.R.M. en de nationale rechtsordes (Besselink), en de invloed van de grondrechtentoetsing door het Hof van Justitie op de nationale rechtsorde (Zwart). Ze vormen de onderbouw voor de algemene conclusies van Besselink en Kummeling, waarin gepleit wordt voor meer aandacht voor de wenselijkheid van heteronomie op het vlak van de grondrechtenmaatstaf binnen de EU.

Dit werk biedt een diepgaande discussie over de plaats en de betekenis van grondrechten in de Europese Unie, en is dan ook een aanrader voor al wie met het thema van mensenrechtenbescherming binnen de Europese Unie begaan is.

Wouter Vandenhole

MEDEDELINGEN

De verticale integratie van het openbaar ministerie en het federale parket

Op 11 mei 1999 organiseert de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht, met de medewerking van CBR (Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten) te Antwerpen (U.I.A.-Promotiezaal) een studienamiddag over de verticale integratie en het federale parket.

Spreekers zijn mevr. C. Dekkers, mr. J. Van Den Heuvel en prof. R. Verstraeten.

Inschrijvingen en inlichtingen: CBR-UIA - mevr. P. Buyck, tel. 03/820.29.38 en 03/820.29.08 en e-mail: pmabuyck.@uia.ua.ac.be.

Engelstalige zomercursussen Universiteit Amsterdam

In juli en augustus 1999 organiseert de Amsterdam Law School (Universiteit van Amsterdam) de volgende Engelstalige zomercursussen:

- International Trade Law, 9 tot 13 augustus
- Introduction to EC Law, 16 tot 27 augustus, 40 opleidingspunten
- Recent developments in EC Competition Law, 23 tot 25 augustus, 10 opleidingspunten
- EC Telecommunications and Broadcasting Law, 25 tot 27 augustus, 10 opleidingspunten
- Introduction to European Environmental Law, 18 tot 20 augustus, 10 opleidingspunten
- American Law (4 weeks cursus) i.s.m. Universiteit Leiden en Columbia University, 5 tot 31 juli.

Docenten zijn afkomstig uit de advocatuur, wetenschap en overige rechtspraktijk. De cursussen vinden plaats in de rechtsfaculteit. Nadere informatie en brochure zijn te verkrijgen bij Amsterdam Law School, Postbus 1030, 1000 BA Amsterdam, tel. (020)5253359 - fax (020)5253360 - e-mail: als@jur.uva.nl

Studiedag: Het wetgevingsbeleid in België

Ufsia en UIA organiseren een studiedag met als thema: «Wie maakt over de kwaliteit van de wet? Het wetgevingsbeleid in België». Het Belgische wetgevingsbeleid wordt onder de loep genomen, met rechtsvergelijkende aandacht voor de situatie in Nederland.

Deze studiedag heeft plaats op vrijdag 22 oktober 1999 in Hof ter Liere, Ufsia, Prinsstraat 13, 2000 Antwerpen.

Voor bijkomende inlichtingen en inschrijvingen: M. Adams, 03/220.45.86, maurice.adams@ufsia.ac.be of P. Popelier, 03/820.29.10, popelier@uia.ua.ac.be



INNOGENETICS
BIOTECHNOLOGY FOR HEALTHCARE

Een innovatieve omgeving heeft nood aan talent met visie

In het kader van de continue groei van onze activiteiten, zijn we op zoek naar goede kandidaten (M/V) voor de functie van:

Jurist(e)

Functie: Als assistent van de bedrijfsjurist werkt u mee aan de behandeling van een brede waaier van juridische dossiers, vaak met een internationale tint. De klemtoon ligt uiteraard op bedrijfsgebonden materies. U zal zowel opzoekingswerk kunnen verrichten als aan concrete dossierbehandeling doen.

Profiel: Ervaring is geen absolute vereiste voor deze functie, doch affiniteit met het bedrijfsleven is dat des te meer. Vandaar dat we een licentiaat in de rechten zoeken met specifieke interesse voor economisch en vennootschapsrecht. Een zeer goede kennis van het Engels en een flexibele ingesteldheid zijn een must.

Aanbod: Innogenetics biedt u een afwisselende functie in een stimulerende internationale omgeving waar persoonlijke inbreng en creativiteit hoog gewaardeerd worden.

Interesse? Stuur uw sollicitatie naar:

INNOGENETICS n.v., T.a.v. Katrien Toebat
Industriepark Zwijnaarde 7 box 4, 9052 Gent
E-mail: katrien_toebat@innogenetics.be
www.innogenetics.com

BIOTECHNOLOGY FOR HEALTHCARE

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

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

Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht

Een analyse vanuit de invalshoek van de nationaliteitsgemengde partnerverhouding

V. VAN DEN EECKHOUT

ISBN 90-5095-060-4; 352 blz.; 1.950 BEF

Het aloude beginsel van het Belgische conflictenrecht luidt dat iemands familiale staat beoordeeld dient te worden overeenkomstig de rechtsregels van het land waarvan de betrokkene de nationaliteit bezit. Dit is het zogenaamde nationaliteitsbeginsel. Belgische overheidsorganen zouden bijgevolg op vreemdelingen met woon- of verblijfplaats in België vreemd recht moeten toepassen. In de huidige Belgische socio-juridische context worden bij de hantering van dit basisbeginsel evenwel grote vraagtekens geplaatst. In dit boek analyseert de auteur de mate waarin de Belgische wetgever, rechtspraak en rechtsleer vandaag alsnog vasthouden aan het nationaliteitsbeginsel in de materies van huwelijk en echtscheiding. De invalshoek is die van de nationaliteitsgemengde partnerrelatie: de auteur inventariseert de impulsen die het internationaal privaatrecht ondervond vanuit de confrontatie met 'gemengde' partnerverhoudingen en maakt vandaaruit gevolgtrekkingen voor de ontwikkeling van het conflictenrecht.



T.M.C. ASSER INSTITUUT

Het T.M.C. Asser Instituut is in dertig jaar uitgegroeid tot een vooraanstaand wetenschappelijk onderzoeksinstituut op het gebied van het Internationale Recht. Het bestrijkt het Internationaal Privaatrecht, het Internationaal Publiekrecht, het Recht van de Europese Unie en het Recht van de Internationale Handelsarbitrage en in toenemende mate ook het Internationaal Economisch Recht en het Recht van de Internationale Handel. Van de diverse activiteiten op voornoemde vakgebieden neemt het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, zowel fundamenteel als toegepast, de voor-naamste plaats in. Daarnaast organiseert het instituut congressen, verzorgt het post-academisch onderwijs, verricht het contractonderzoek en heeft het zijn eigen uitgeverij.

Vanuit een interuniversitaire achtergrond wordt er veelvuldig samengewerkt met de Nederlandse juridische faculteiten alsmede met verschillende binnen- en buitenlandse instellingen. Op basis van het samenwerkingsverband 'Asser College Europe' richten veel activiteiten zich op Midden- en Oost-Europa. Het T.M.C. Asser Instituut is gevestigd in Den Haag dat als 'Stad van het Internationale Recht' gastheer is van vele internationale organisaties. Het instituut heeft ruim 60 medewerkers.

Wij zoeken:

Wetenschappelijk medewerker m/v

op het gebied van het Recht van de Europese Unie; dit omvat zowel het institutionele als het materiële recht

Wetenschappelijk medewerker m/v

op het gebied van het Recht van de Europese Unie en/of het Internationaal Economisch Recht (in het bijzonder het Recht van de World Trade Organization)

Wetenschappelijk medewerker m/v

op het gebied van de Internationale Handelsarbitrage

Voor alle functies geldt: de taken zijn: het verrichten van fundamenteel en contractonderzoek, in voorkomend geval het voorbereiden en uitvoeren van post-doctorale onderwijsprogramma's, het begeleiden van promovendi en het meewerken aan congressen en wetenschappelijke publicaties.

Wij vragen juristen die gepromoveerd zijn (of binnen een jaar zullen promoveren) en gepubliceerd hebben op de desbetreffende vakgebieden. Onderwijservaring en een gedegen beheersing van de moderne talen zijn essentieel en zullen, voor zover niet aanwezig, op korte termijn verworven moeten worden. Voorts verwachten wij dat kandidaten beschikken over contactuele vaardigheden, stressbestendigheid en het vermogen om initiatieven te nemen.

Wij bieden een minimumsalaris van f 5.373,- en een maximumsalaris van f 10.069,- (schaal 11 t/m 14) per maand. De aanstelling geschiedt vooralsnog in tijdelijke dienst voor de duur van een jaar met uitzicht op een vast dienstverband.

Inlichtingen over deze functies kunnen worden ingewonnen bij dr. R.C.R. Sickmann, Hoofd van de Taakgroep Onderzoek, tel. 070-34.20.342 of dr. G.J. Tanja, Algemeen Directeur, tel. 070-34.20.312. Uw schriftelijke sollicitatie met curriculum vitae kunt u tot 15 mei 1999 richten aan mevrouw V. Oyevaar-de Bruyn, Hoofd P&O van het T.M.C. Asser Instituut, R.J. Schimmelpennincklaan 20-22, Postbus 30461, 2500 GL Den Haag.

Internet: www.asser.nl

Het T.M.C. Asser Instituut is een gelieerde instelling van de Universiteit van Amsterdam. De arbeidsvoorwaarden van deze universiteit zijn dienovereenkomstig van toepassing.