

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR
E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

CONCUBINAAT EN RECHTMATIG BELANG

1. In de huidige stand van de rechtspraak in Frankrijk¹, die over het algemeen door de rechtsleer wordt goedgekeurd en na de afschaffing van het strafrechtelijk overspel, wordt het overspelig karakter van het concubinaat niet meer aangemerkt als een oorzaak van onrechtmatigheid van het gekrenkte belang van de overlevende concubinaatspartner.

2. Het gevolg is natuurlijk — men kon het verwachten — dat de huwelijkspartner en de concubinaatspartner van het slachtoffer elkaar aan de balie zullen ontmoeten om, van dezelfde aansprakelijke, elk hun schadevergoeding te vorderen²; of dat door een overspelige schadevergoeding zal worden gevorderd, een eerste maal tegen de aansprakelijke voor het overlijden van de huwelijkspartner en eventueel ook nog eens tegen een andere aansprakelijke voor het overlijden van de concubinaatspartner³. Het is ook gebeurd dat de twee concubines en de echtgenote van het slachtoffer elk hun schadevergoeding — en de echtgenote het minst — toegewezen kregen⁴. Dit kon er voor het Hof van Cassatie niet meer door⁵. «Nous sommes ici en pleine opérette», schreef Savatier⁶. Deze mogelijkheid schijnt de Franse rechtsleer vandaag niet meer af te schrikken: «Rien, dans les principes, n'interdirait de voir, parfois, allouer des dommages-inté-

rêts et à un conjoint et à un concubin», schrijft prof. Durry⁷, die eraan toevoegt: «il faut (...) s'en tenir à un seul principe: la justification d'un préjudice véritable».

Zal de evolutie verder gaan en zal in Frankrijk het rechtmatigheidsvereiste ook uitdrukkelijk losgelaten worden nadat het volledig zal zijn uitgehold en zal enkel nog de zekerheid van de schade, «un préjudice véritable», als criterium voor de vergoedbaarheid ervan gelden⁸? Het is niet uitgesloten. Hier zal gepoogd worden aan te tonen dat deze impasse⁹ in België kan worden vermeden en dat het niet nodig is het rechtmatigheidsvereiste te verzaken om gewettigde aanspraken in te willigen. Voldoende is te aanvaarden dat het concubinaat niet de grondslag is van de eis tot schadevergoeding en dat derhalve de onrechtmatigheid van het concubinaat niet determinerend is voor het oordeel over de ontvankelijkheid van de vordering van de concubine of van haar gezelschap.

3. In België bleek tot voor kort de oplossing gegeven in de principiële arresten van 16 januari 1939 en van 2 mei 1955 voldoende om de bijzit op afstand te houden.

¹ Noot in *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, 326; in dezelfde zin R.C., noot in *Gaz. Pal.*, 21 augustus 1975, blz. 10.

² In die zin: A. TUNC, D., 1975, 680-682; Bl. HENO, noot bij Rennes, 27 nov. 1974, *Gaz. Pal.*, 12 febr. 1976, blz. 11-12; M. MAHIEU bepleit dit voor de Belgische rechtspraak («La concubine, le juge et les moeurs», R.G.A.R., 1976, 9551). Het overstappen naar een systeem van forfaitaire vergoeding houdt de verdringing in van de onrechtmatigheid.

³ Indien het concubinaat, volgens de leer van de strafkamer van het Franse Hof, niet onrechtmatig is, zelfs niet het overspelige concubinaat, dan moest daaruit logisch voortvloeien dat alle vrijgevheden tussen concubinerenden voortaan als geldig aangemerkt moesten worden, wat ook de determinerende oorzaak ervan is. Deze logische gevolgtrekking maakt de burgerlijke kamer van het Franse Hof van Cassatie nochtans niet (Cass. civ., 25 januari 1972, D., 1972, 413, met noot van Ph. LE TOURNEAU; M. POULNAIS, J.C.P., 1973, doct. 2574).

¹ Bedoeld wordt de chambre criminelle van dit Hof: de chambre civile kreeg nog geen gelegenheid om een standpunt in te nemen.

² Men denke aan de verlaten echtgenote die door het overlijden van haar man de onderhoudsuitkering moet derven waartoe hij veroordeeld was.

³ Parijs, 10 november 1976, *Gaz. Pal.*, 3 maart 1977, D., 1978, 458, met noot van J. BOSQUET-DENIS.

⁴ Parijs, 18 november 1932, *Gaz. Pal.*, 1933, I, 52.

⁵ Cass. crim., 27 april 1934, D.H., 1934, 302: de cassatiegrond werd gevonden in het ontbreken van motivering van de zekerheid van de schade, niet in het onrechtmatige van de belangen.

⁶ R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, 2e uitg. 1963, blz. 150.

Toch kon een auteur zich in 1939 reeds de vraag stellen of de nieuwe opvatting van het schadebegrip niet zou leiden tot de aanvaarding van de aanspraak van de concubine¹⁰. Sedertdien is gebleken dat dit inderdaad wel gebeurd is en dat zelfs de overspelige concubine hierbij eens succes heeft behaald. Dit succes is blijkens het hierna gepubliceerd cassatiearrest slechts van korte duur geweest : en terecht.

4. Een eerste¹¹ schuchtere poging om het belang van de bijzit voor rechtmatig te doen doorgaan, werd reeds in 1943 ondernomen. Het geval was ook bijzonder sympathiek, daar de concubine de zuster was van de vooroverleden echtgenote van het slachtoffer en zij liefdevol gezorgd had voor de kinderen van haar zuster. De aanvankelijk overspelige verhouding was het niet meer ten tijde van het ongeval. Haar vordering werd toegelaten¹² maar het vonnis werd in hoger beroep vernietigd op grond van de onrechtmatigheid van het gekrenkte belang, hoewel het hof uitdrukkelijk erkende dat de concubine zware schade had opgelopen na dertig jaar samenleven doordat zij, met twee kinderen, «brutaal van haar bestaansmiddelen werd beroofd, die ze zeker verder zou hebben ontvangen, en ook affectief zwaar verdriet werd veroorzaakt¹³». Het bleef bij die poging, en gedurende twintig jaar, terwijl in Frankrijk de rechtspraak en de rechtsleer door het vraagstuk van de vergoedbaarheid van de schade van de bijzit hevig beroerd werden, vindt men in de repertoria van de Belgische rechtspraak geen andere dan twee arresten¹⁴ die de bijzit afwijzen op grond van haar onrechtmatig belang, maar geen enkele andersluidende beslissing.

5. Op 21 april 1958¹⁵ bevestigde het Hof van Cassatie met klem, dat ter bescherming van het huwelijk aan de vrije liefde niet dezelfde gevolgen mogen worden toegekend en dat de voordelen ervan, hoe dan ook, onrechtmatig blijven, zelfs indien in de sociale wetgeving het concubinaat soms in aanmerking wordt genomen. De voorziening tegen het arrest dat de concubine had afgewezen, werd verworpen.

6. Amper tien jaar later, op 26 juni 1967, werd de strakheid van het principe schijnbaar afgezwakt door te stellen dat uit de omstandigheid dat een in België

voltrokken religieus huwelijk er geen wettelijke waarde heeft, niet noodzakelijk voortvloeit dat het voordeel dat de vrouw, die het heeft aangegaan, uit het gemeenschappelijk leven haalt, onwettig is¹⁶. De aanspraak van de niet-overspelige concubine werd van toen af, op het algemeen principiële vlak, door de rechtsleer voor mogelijk gehouden¹⁷. Het kan nochtans niet de bedoeling geweest zijn van ons hoogste gerechtshof om op een impliciete wijze terug te komen op zijn expliciete afwijzing van de rechtmatigheid van het concubinaat. Dit arrest mag dan ook niet ingeroepen worden ter bevestiging dat het concubinaat in onze rechtsorde nu niet meer onrechtmatig is. Terecht had het hof van beroep in het religieus huwelijk alleen maar een bewijs gevonden van de wil een stabiele verhouding aan te gaan en derhalve een bewijs van de zekerheid van de schade. Het Hof van Cassatie geeft de indruk uit dit zekerheidscriterium dat het bewijs opleverde «dat de belanghebbenden (...) aan hun betrekkingen hadden willen geven een bestendig en blijvend karakter», een geoorloofdheidscriterium te halen, door te overwegen dat het bestreden arrest «aldus impliciet in feite» heeft vastgesteld «dat de band tussen verweerster en de getroffen, ofschoon niet erkend bij de wet, niet in strijd was met de openbare orde of met de goede zeden». Nu kan de stabiliteit van een toestand of van een band, of zelfs het streven naar stabiliteit, geen criterium zijn om de rechtmatigheid van die toestand te affirmeren ; hoogstens kan het de grondslag zijn voor een natuurlijke verbintenis van wederzijdse bijstand, die niet noodzakelijk onrechtmatig is. Anderzijds vermag niet het enkele feit van het religieus huwelijk, dat trouwens stoelt op een misdrijf van de bedienaar die het inzegende, een stabiel concubinaat te ontdoen van zijn onrechtmatigheid, want dan zou dit een discriminatie inhouden ten opzichte van de niet-kerkelijken en voor de kerkelijken een aanzetting zijn tot het enkele religieus huwelijk, wanneer zij menen redenen te hebben om zich niet burgerlijk te verbinden b.v. wegens de fiscale, sociale of andere voordelen die dit meebrengt.

7. Binnen de perken van de cassatiemiddelen, die aan het bestreden arrest alleen maar tegenstrijdigheid en dubbelzinnigheid verweten, heeft het Hof van Cassatie op 26 juni 1967 niets anders gezegd dan dat aan de motiveringsplicht voldaan was : *primo*, omdat de ontvankelijkheidsvraag door het bestreden arrest op impliciete wijze was beantwoord, — er blijkt immers niet dat er voor de feitenrechter expliciet wegens onrechtmatigheid van het belang tot niet-ontvankelijk-

¹⁰ J. FONTEYNE, noot bij Cass., 16 januari 1939, R.G.A.R., 1939, 3002.

¹¹ Een arrest van Hof Gent van 10 juni 1936 hervormt een vonnis van de rechtbank te Kortrijk ; maar dit laatste kende schadevergoeding toe aan een concubine omdat de rechters in de mening verkeerden dat zij de wettige echtgenote was van het slachtoffer. De ware toedracht kwam pas voor het hof aan het licht.

¹² Corr. Charleroi, 6 mei 1943, *Pas.*, 1943, III, 85.

¹³ Hof Brussel, 12 april 1944, *Pas.*, 1944, II, 39, R.G.A.R., 1946, 3930, met noot.

¹⁴ Hof Luik, 24 oktober 1950, R.G.A.R., 1952, 5052 ; Hof Luik, 25 mei 1957, R.G.A.R., 6246.

¹⁵ Cass., 21 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 921.

¹⁶ Cass., 26 juni 1967, R.W., 1967-68, 786.

¹⁷ H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, 1971, blz. 176-195 ; VIEUJEAN, «Chron. dr. belge», *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, 232, nr. 14 ; N. JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel 1975, blz. 283, nr. 58.

heid van de vordering was geconcludeerd — en *secundo*, omdat er, in tegenstrijd met wat in de cassatiemiddelen was voorgesteld, geen beginsel bestaat — dat door de feitenrechter geschonden zou geweest zijn —, volgens hetwelk het verbreken van de genegenheidsbanden geen aanspraak kan geven op vergoeding, wanneer de personen niet door een regelmatig voltrokken huwelijk zijn verbonden; integendeel, de rechter mag soeverein oordelen, zoals hij het deed, of de oorzaak van het ontnomen voordeel al dan niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden.

8. Ver van innoverend te zijn, ligt het ontkennen van het bestaan van een beginsel dat genegenheidsbanden tussen man en vrouw slechts in huwelijksverband tot uiting mag komen om rechtmatige oorzaak van rechtshandelingen te zijn, volledig in de lijn van de doctrine van het Hof van Cassatie met betrekking tot de gevolgen van het concubinaat. Zo besliste het Hof reeds vroeger dat de concubinaatstoestand niet leidt tot onbekwaamheid om te beschikken en te verkrijgen¹⁸, maar dat telkens de geoorloofdheid van de doorslaggevende beweegredenen, waarover de rechter soeverein oordeelt¹⁹, voor de rechtmatigheid van de handeling bepalend is; later werd door het Hof beslist dat loutere genegenheidsbetrekkingen welke kunnen bestaan tussen een man en een vrouw die ieder gehuwd zijn of van wie een van beiden door huwelijksbanden verbonden is, op zichzelf geen onzedelijk karakter hebben, zodat die betrekkingen alléén de rechter niet kunnen verplichten een legaat van die man aan deze vrouw nietig te verklaren²⁰, en ten slotte, sedert lang²¹, laat het Hof van Cassatie aan de feitenrechter de ruime beoordelingsvrijheid over hetgeen hij al dan niet in strijd met de goede zeden²² acht te zijn.

Het arrest van 26 juni 1967 bevat dus enkel de oplossing van een «cas d'espèce»; het bevat geen nieuwe algemene regel die afwijkt van de principiële stelling die het Hof op 21 april 1958 over de onrechtmatigheid van het concubinaat innam²³. De noot in de *Pasicrisie* verwijst trouwens naar dit laatste arrest, naast een verwijzing naar de principiële arresten over het volstaan van een rechtmatige belangenkrenking om schade uit te maken.

¹⁸ Cass., 13 november 1953, R.W., 1953-54, 1711.

¹⁹ Cass., 23 juni 1977, R.W., 1977-78, 1996.

²⁰ Cass., 5 februari 1970, R.W., 1969-70, 1735.

²¹ Cass., 28 januari 1859, *Pas.*, 1860, I, 359; Cass., 3 februari 1898, *Pas.*, 1898, I, 79.

²² Noot van W.G. bij Cass., 1 februari 1951, *Pas.*, 1951, I, 361-262.

²³ Bij het eerste Franse cassatiearrest dat de vordering van de overspelige bijzit toelaatbaar achtte en dat duidelijk een «cas d'espèce» was, werd door Fr. CHABAS, («Le coeur de la cour de Cassation», D., 1973, chron. XXX) voorspeld dat «par la force du précédent un arrêt dit d'espèce sera invoqué au profit d'une autre concubine adultère et moins intéressante que celle du 20 avril 1972». Hetzelfde gebeurt in België, in de rechtsleer, met betrekking tot het cassatiearrest van 26 juni 1967.

9. Noch de stabiliteit, noch een religieus huwelijk dat maar een bewijsmiddel van de stabiliteit is, vermogen de onrechtmatigheid van het concubinaat weg te nemen. Principieel blijft dit onrechtmatig. Maar toch aanvaardt het Hof van Cassatie dat uit dit gemeenschappelijk leven een band kan ontstaan die niet noodzakelijk onrechtmatig is, en derhalve ook voordelen die niet noodzakelijk onwettig zijn. Welke andere rechtmatige voordelen kunnen dit zijn dan de wederzijdse genegenheid en een natuurlijke verbintenis van bijstand? Met andere woorden, het kenmerkende van het arrest van 1967 is niet, dat het de rechtmatigheid van het gekrenkte belang van de concubinerende, in een schadevergoedingsproces tegen een derde, op dezelfde wijze als in een geschil over een rechtshandeling om niet tussen concubinerenden, concreet beoordeelt, los van de principiële onrechtmatigheid van het concubinaat²⁴. Het arrest is te verstaan als een uitnodiging om een sortering te maken tussen de gekrenkte belangen van de concubinerenden waarvan de determinerende oorzaak het concubinaat als zodanig is en waarbij de rechter zich ervan moet onthouden «enig gevolg te erkennen aan de band tussen de eiser en het slachtoffer van het ongeval»²⁵, en de belangen die een eigen oorzaak kunnen hebben die niet noodzakelijk onrechtmatig is, waarbij de rechter om ze te beoordelen er zich van kan onthouden «de juridische of wettelijke waarde te beoordelen»²⁶ van het concubinaat dat er slechts een toevallig kader voor is geweest.

Als dit zo is, wordt het mogelijk schade van een bijzit of haar gezet te vergoeden zonder dat aan het buitenechtelijke gemeenschappelijk leven «gelijke gevolgen verbonden worden als die welke de wet voorbehouden heeft aan het huwelijk»²⁷. De huwelijksinstelling wordt inderdaad «bedreigd»²⁸ indien men het recht op schadevergoeding van de concubinerenden slechts kan — of wil — erkennen na een prealabele affirmatie van de gelijke rechtmatigheid van het huwelijk en van het concubinaat en noodzakelijkerwijze ook van het huwelijk en van het overspelig concubinaat.

10. Wanneer men de rechtspraak van de hoven en rechtbanken in de laatste tien jaar doorneemt, moet men vaststellen dat in het zeer klein aantal gepubliceerde uitspraken²⁹, het concubinaat overwegend nog voor ongeoorloofd gehouden wordt en dat de concubine met haar eis tot schadevergoeding wegens

²⁴ «...on devra reconnaître qu'il n'existe aucun lien nécessaire entre l'indemnisation de la concubine et la licéité du concubinage» (J. VIDAL, chron. in J.C.P., 1971, I, 2390).

²⁵ Cass., 26 juni 1967, gec. De eis was op die grondslag gesteld in Hof Brussel, 26 februari 1975, J.T., 1975, 379.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cass., 21 april 1958, gec.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Alle gepubliceerde uitspraken zijn afkomstig uit het rechtsgebied Brussel.

schade door terugkaatsing niet toegelaten wordt tot de rechtbanken.

Maar ook valt op, sedert het cassatiearrest van 26 juni 1967, een zekere malaise die tot uitdrukking komt in de wijze van motiveren. Vóór dit arrest gaf de afwijzing van de concubine, gesteund door de krachtige uitspraak van 22 april 1958, geen aanleiding tot motiveringsproblemen. Nu schijnen de rechters te aarzelen. Ook de rechtsleer draagt bij tot deze aarzelingen. Zij loopt storm tegen «le pouvoir judiciaire (qui) demeure pénétré d'une morale traditionnelle qui n'est plus partagée par la majorité de la population»³⁰ en verdedigt de stelling dat het concubinaat een rechtmatige toestand is³¹. Het cassatiearrest van 1967 wordt door de enen toegejuicht, ten onrechte, als een «revirement»³², of als een «doorbraak»³³ ten gunste van de rechtmatigheid van het concubinaat, terwijl anderen hopen dat de innoverende betekenis ervan zal worden ingezien³⁴.

Deze bijval werd onmiddellijk aanleiding om ook het overspelig concubinaat voor rechtmatig te doen doorgaan en derhalve, consequent, de afschaffing van het rechtmatigheidsvereiste te bepleiten³⁵.

11. De hoofdtrekken van de jongste rechtspraak met betrekking tot de quasi-delictuele vordering van een persoon die in concubinaat leefde, kunnen als volgt samengevat worden. De rechtbanken weten niet goed of ze de vordering niet ontvankelijk dan wel ongegrond moeten verklaren³⁶. Nu eens gebeurt het ene, dan weer het andere of beide samen met de formule «verklaart de vordering niet ontvankelijk, althans niet gegrond». Soms wordt de vordering afgewezen wegens het ontbreken van een «intérêt juridiquement protégé»³⁷, of wegens het ontbreken van een «wettig» of «rechtmatig» belang³⁸, dan weer wegens het ontbreken van de zekerheid nopens de vastheid van de verhouding³⁹; deze zekerheid wordt ontkend zelfs indien de toestand reeds zeven jaren bestendig was⁴⁰, maar aanvaard wanneer het samenleven 25 en 36

jaar duurde⁴¹. Zeven maanden is te weinig⁴². Ook de vrees het concubinaat gelijk te stellen met het huwelijk is te ontwaren in sommige motieven⁴³. Ten slotte, als dan toch één enkele keer de vordering van de concubine toegelaten wordt, dan is het met nauwelijks verholten tegenzin⁴⁴, schoorvoetend, alleen voor de patrimoniale schade, opgevat als een vrijwillige hulp⁴⁵, of alleen voor de genegenheidschade⁴⁶.

Een alleenstaand gebleven beslissing van 27 juni 1973⁴⁷, waarin men het bewijs heeft gezocht⁴⁸ van de definitieve ommekeer van de rechtspraak, affirmeerde zonder restrictie de rechtmatigheid van het niet-overspelig concubinaat. De overspelige concubine daarentegen, vond op 30 maart 1973 nog steeds geen genade in de ogen van hetzelfde hof van beroep⁴⁹: zij ontving geen vergoeding voor de gevorderde genegenheidschade.

12. Ook in Gent druppelt het, wanneer het in Parijs regent. De vordering van een overspelige bijzit, die tien jaar met haar wettig kind een huisgezin vormde met het ongehuwd slachtoffer, werd op 6 oktober 1976 met succes voor het Hof van Beroep te Gent gebracht, nadat de eis in eerste aanleg was afgewezen bij gebrek aan rechtmatig genegenheidsbelang. Men vindt er de relativiteitsleer van de onrechtmatigheid in terug, die ook in de Franse cassatierechtspraak kan worden aangewezen.

13. De motieven van het Gentse arrest kunnen niet goedgekeurd worden.

a) Een daad, een toestand die strafrechtelijk bezeugeld wordt, is uiteraard onrechtmatig⁵⁰. Vruchteloos zal de dief, die ten gevolge van een onrechtmatige daad van zijn bezit werd beroofd en hiervoor schadevergoeding poogt te verkrijgen, beweren dat het verloren voordeel slechts onrechtmatig was t.o.v. de ware eigenaar, doch niet t.o.v. de verweerder. Zijn bezit was onrechtmatig erga omnes. Als men zonder recht is, dan geldt dit altijd erga omnes⁵¹. Dat overspel een klachtmisdrijf is, verandert daar niets aan, aangezien de klacht geen bestanddeel is van het onrechtmatige, doch slechts een procedurevereiste voor de vervolging van het misdrijf⁵². Als misdrijf is het overspel noodza-

³⁰ Fr. RIGAUX, *Les relations familiales*, 1971, nr. 230.

³¹ H. VANDENBERGHE, «Het concubinaat», in *Gezinsrecht*, 1975, blz. 27; N. JEANMART, *a.w.*, blz. 280-281 en 298, nrs. 44-46.

³² N. JEANMART, *a.w.*, blz. 180, nr. 58.

³³ Noot van J.F. in R.G.A.R., 1974, 9184.

³⁴ H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, nr. 107-4.

³⁵ M. MAHIEU, *a.w.*, R.G.A.R., 1976, 9551; N. JEANMART, *t.a.p.*

³⁶ Hof Brussel, 26 februari 1975, J.T., 1975, 379; Corr. Brussel, 6 oktober 1972, *De verzekering*, 1973, 625.

³⁷ Hof Brussel, 5 oktober 1968, *De verzekering*, nr. 47; Hof Brussel, 24 oktober 1974, R.G.A.R., 1976, 9561 (beperkt tot de extrapatrimoniale schade).

³⁸ Hof Brussel, 8 november 1969, R.W., 1969-70, 626; Hof Brussel, 30 maart 1973, R.G.A.R., 1973, 9056 (overspelig concubinaat).

³⁹ Hof Brussel, 26 februari 1975, J.T., 1975, 379 (materiële schade).

⁴⁰ Rb. Brussel, 27 juni 1972, J.T., 1973, 183.

⁴¹ Hof Brussel, 24 oktober 1974, R.G.A.R., 1976, 9561; Hof Brussel, 27 juni 1973, R.G.A.R., 1974, 9184.

⁴² Hof Brussel, 26 februari 1975, gec.

⁴³ Hof Brussel, 24 oktober 1974, gec.

⁴⁴ Hof Brussel, 26 februari 1975, gec.

⁴⁵ Hof Brussel, 24 oktober 1974, gec.

⁴⁶ Hof Brussel, 26 februari 1975, gec.

⁴⁷ Hof Brussel, 27 juni 1973, R.G.A.R., 1974, 9186.

⁴⁸ N. JEANMART, *a.w.*, blz. 181, nrs. 64-65.

⁴⁹ R.W., 1973-74, 663.

⁵⁰ H. DE PAGE, 2e uitg. I, nr. 93, 16°, Cass., 17 oktober 1946, *Pas.*, 1946, I, 366.

⁵¹ J. DABIN, noot in R.C.J.B., 1957, 13, nr. 5.

⁵² Niets zou eenvoudiger zijn voor de schadeverwekker om aan zijn schadevergoedingsplicht te ontsnappen, dan de echtgenoot van

kelijk erga omnes onrechtmatig. De eventuele depenalisering van het overspel⁵³ verandert hier niets aan, zolang ook niet art. 229 B.W. wordt afgeschaft, tegelijk met de getrouwheidsplicht. Het argument, dat men ook in een Frans cassatiearrest kan lezen⁵⁴ en geput wordt uit de onschendbaarheid van de privacy van de overspelige, snijdt ook geen hout nu enkel de onrechtmatigheid opgeworpen wordt van een toestand die de eiser zelf ter kennis brengt om voor het verlies ervan schadevergoeding te verkrijgen. Trouwens, art. 8, lid 2, in fine, van het verdrag van Rome, vermeldt onder de aanvaarde wettige beperkingen van het recht op privacy, de bescherming van andermans rechten en vrijheden. Als voorbeeld wordt door de auteurs gegeven: «Lorsque l'individu peut être obligé dans le cours d'une procédure civile d'exhiber des documents concernant la privauté d'une des parties engagées»⁵⁵. We hebben reeds opgemerkt dat de rechter soeverein oordeelt of een voordeel onrechtmatig is, maar dit laat hem niet toe een misdrijf en de toestand die op misdrijven stoelt, rechtmatig te verklaren.

b) De verwijzing naar de sociale wetgeving houdt geen argument in voor de rechtmatigheid van het concubinaat, nu deze wetgeving nergens het onecht gezin, qualitate qua, bedoelt rechten te verlenen⁵⁶ en enkel de bestaanszekerheid en de sociale voorzorg op het oog heeft, die niet afhankelijk kunnen worden gesteld van de burgerlijke staat van de rechthebbende⁵⁷.

c) En, ten slotte, het is alles behalve zeker dat het vrij huwelijk niet meer als onrechtmatig wordt beschouwd. Ten onrechte gebruikt het Gentse arrest het woord immoreel: naast de onrechtmatigheid wegens immoraliteit, wat het concubinaat niet noodzakelijk is, bestaat toch ook nog de onrechtmatigheid wegens strijdigheid met de openbare orde⁵⁸, een begrip dat

veel minder afhankelijk is van de communis opinio dan de goede zeden. Men mag de door beleefdheid, eerbied voor privacy of naastenliefde geïnspireerde omgang van de bevolking met concubinerende paren niet verwarren met haar principiële opvatting over het al dan niet geoorloofd zijn van wat in de volksmond toch betiteld blijft met de uitdrukking «een onecht gezin». Dit wordt niet als normaal gezien en nog minder als «navolgingswaardig»; hoogstens als een noodoplossing. Eigenaardig genoeg, de partners van een vrij huwelijk trachten doorgaans voor wettig gehuwd door te gaan. Het feit dat in bepaalde centra, of bij een bepaald publiek, het bewustzijn van het ongeoorloofde is afgestompt, bewijst niet dat de algemene afkeuring tegenover een bepaalde ongeoorloofdheid opgeheven werd⁵⁹.

14. Een besluit kan, meen ik, uit de rechtspraak, zowel de Franse als de Belgische, getrokken worden: de rechtbanken zijn gevoelig voor humanitaire overwegingen en laten zich vermurwen wanneer de afwijzing van de bijzit voor haar een overdreven geachte materiële en affectieve noodsituatie zou betekenen.

Om aan deze dreigende noodsituatie tegemoet te komen, is evenwel niet vereist dat de onrechtmatigheid van het concubinaat principieel ontkend wordt.

15. Ogenschijnlijk vertoont de rechtspraak, zoals men blijkens het voorgaande zou kunnen denken, een gebrek aan innerlijke logica en onderlinge samenhang. Dit komt, meen ik, doordat de rechters nog verstrikt blijven in een vals dilemma, volgens hetwelk men moet kiezen tussen de rechtmatigheid van het concubinaat of de niet-vergoedbaarheid van de schade van de concubine of van haar gezin. De hierboven geciteerde beslissingen zouden echter volstrekt logisch verantwoord kunnen worden, wanneer ingezien wordt dat de principiële onrechtmatigheid van het concubinaat, zoals in een proces over de geldigheid van een rechtshandeling om niet, ook in het proces om schadevergoeding zonder noodzakelijke invloed is op de rechtmatigheid van het gekrenkte belang van de eiser.

Als aan het cassatiearrest van 26 juni 1967 een innoverende betekenis kan gehecht worden, dan is het, meen ik, dat het ook in die richting zou wijzen. De gerechtvaardigde eisen van de concubinerenden moeten onderscheiden worden van die waarvan de inwilliging een de facto gelijkstelling van concubinaat en huwelijk zou impliceren, een gelijkstelling die fundamenteel in strijd zou zijn met de openbare orde.

Inderdaad, door niet de concubinaatstoestand als zodanig of in zijn geheel te poneren als het gekrenkte belang waarvoor schadevergoeding gevraagd wordt,

met inachtneming van ieders rechten en zoveel mogelijk van ieders belang.

⁵⁹ Vergelijk wat de kansspelen betreft met W. R. Ber. Brugge, 29 maart 1957, R.W., 1957-58, 778.

de overspelige eiser ertoe «over te halen» klacht neer te leggen om dan de onrechtmatigheid van het overspelig concubinaat op te werpen (DURRY, *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, 710).

⁵³ Wetsvoorstel van senator BASCOUR, *Parl. St., Senaat*, 1968-69, nr. 178.

⁵⁴ Cass. fr. crim., 8 januari 1976, D., 1976, somm., 98.

⁵⁵ Angela DE MATTIA, *Le juge et le droit au respect de la vie privée*, blz. 22, nr. 22; *Rapport général au Vème congrès international de l'union internationale des magistrats*, Florence, 4-6 oktober 1974; J. VELU, «Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en het recht op eerbiediging van het privé leven», het huis en de communicaties; preadvies.

⁵⁶ *Vragen en Antwoorden*, Senaat, 17 oktober 1967, blz. 1288, vraag nr. 123, 21 november 1967, blz. 15, vraag nr. 148.

⁵⁷ Corr. Brussel, 6 oktober 1972, *De verzekering*, 1973, blz. 624; Cass., 21 april 1958, gec.

⁵⁸ Strijdig met de openbare orde onder meer omdat het een occulte, ongeorganiseerde toestand is, zelfs desorganiserend in geval van overspel; deze toestand is nadelig voor de concubinerenden zelf: ze kunnen op ieder ogenblik zonder vorm van proces in de steek gelaten worden (strijdig met het recht op veiligheid); de toestand is nadelig voor de samenleving, die uit georganiseerde cellen moet bestaan of tot een horde vervalt; nadelig ook wegens de invloed op de nataliteit; het bewustzijn van de onzekerheid en van het onregelmatige zet aan tot kinderloosheid; de toestand is nadelig voor de kinderen die recht hebben op een stabiel gezin dat enkel door het huwelijk gewaarborgd wordt, want echtscheiding, hoe ruim ook de gronden thans zijn, gebeurt dan toch op een gereglementeerde wijze

ontkomt men aan dit dilemma. Het cassatiearrest van 19 december 1978 heeft het trouwens over de «betrekkingen van verweerster met de getroffene» en over «het verlies van die betrekkingen». Het zijn deze betrekkingen — de concubinaatstoestand in zijn geheel — die strijdig met de openbare orde geacht worden.

16. Het concubinaat op zichzelf is geen voldoende reden om te besluiten tot de niet-ontvankelijkheid van een rechtsvordering met betrekking tot een rechtshandeling uit vrijgevigheid tussen concubinerenden. Telkens wordt ten gronde deze rechtshandeling door de rechtbanken getoetst op de geoorloofdheid van haar determinerende oorzaak⁶⁰, dit hoewel de concubinaatsverhouding hier toch duidelijk als de voedingsbodem voorkomt voor de vrijgevigheid. Evenmin mag de concubinaatsverhouding op zichzelf, ze mag dan nog overspelig zijn, een reden zijn om, zonder verder onderzoek de rechtsvordering zelf ex art. 1382 te onzeggen, nu haar oorzaak niet die concubinaatsverhouding is, maar de onrechtmatige daad, en deze vordering niet tot voorwerp heeft een ongeoorloofde concubinaatsverhouding «te doen ontstaan, te behouden of te belonen», noch haar voorwerp, de schadevergoeding, het herstel van de concubinaatsverhouding beoogt te vervangen. De vordering streeft ernaar door de rechtbank te doen beslissen dat er — ondanks die toestand — toch sommige rechtmatige belangen van de menselijke persoon gekrenkt werden, die grond tot schadevergoeding kunnen opleveren. Het is geen onrechtmatig processueel belang, in de zin van artikel 17 Gerechtelijk Wetboek, vergoeding te vorderen voor deze schade die men beweert te hebben geleden en die bekkend werd door het misdrijf of het oneigenlijk misdrijf van een derde. Men laat schenkingen of legaten tussen concubinerenden onderling toe omdat «uit het bestaan alleen van een buitenechtelijke samenleving geen bijzonder wettelijk vermoeden van immoraliteit volgt⁶¹. Hun beschikkingen om niet worden geldig verklaard wanneer de schenker aan een gewetensplicht of bijstandsplicht wil voldoen, de geoorloofde diensten van zijn bijzit wil belonen of een schade wil herstellen⁶². Men kan dan niet blijven volhouden dat het bestaan alleen van een buitenechtelijke samenleving elke vordering tot schadevergoeding van concubinerenden tegen derden ex art. 1382 B.W. met een vermoeden van immoraliteit besmet.

Laat dan nog het concubinaat een toestand zijn, waarvan de gevolgen op grond van de openbare orde

niet in aanmerking genomen kunnen worden, dit sluit niet in dat elk belang van de concubinerenden noodzakelijk ook objectief onrechtmatig is. Ook deze personen kunnen bezielde zijn door onbaatzuchtige liefde of andere edelmoedige gevoelens⁶³. Het verlangen hiervan te blijven genieten, is een rechtmatig verlangen. De vordering van de concubinerenden kan ontvankelijk verklaard worden na een sortering van de rechtmatige en de onrechtmatige componenten van de concrete concubinaatsverhouding, waarbij enkel de eerste in aanmerking genomen worden om de krenking ervan als schade aan te nemen. Voor gehuwden bestaat een onweerlegbaar vermoeden dat hun gekrenkte belangen rechtmatig zijn. T.a.v. de concubinerenden is dit vermoeden daarentegen weerlegbaar⁶⁴, en gemakkelijker weerlegbaar voor het ene belang dan voor een ander, gemakkelijker ook t.a.v. een overspelige concubine dan t.a.v. een gewone bijzit.

17. Vervolgens kan de zekerheid van de schade afgewogen worden. Naar gelang van de concrete omstandigheden van iedere zaak, zal in het ene geval in hoofde van de concubinerende de zekerheid van het bestaan van alleen patrimoniale, doch niet van extrapatrimoniale schade, worden erkend⁶⁵ en in het andere geval geen zekerheid van patrimoniale, doch wel van de extrapatrimoniale schade⁶⁶, dan weer beide vormen van schade⁶⁷.

Ook met betrekking tot gehuwde personen gebeurt het dat, op grond van het ontbreken van de zekerheid, enkel het bestaan van materiële schade wordt erkend maar de vordering strekkende tot vergoeding van extrapatrimoniale schade afgewezen wordt — wanneer vastgesteld wordt dat de weduwe gewikkeld was in een echtscheidingsprocedure en zij voor haar verongelukte echtgenoot geen gevoelens van genegenheid meer had⁶⁸.

18. Hier volgen enkele voorbeelden.

a) Uit het oogpunt van de openbare orde, hoewel niet noodzakelijk uit oogpunt van de moraal of van de goede zeden, is de seksuele omgang een onrechtmatig voordeel van het concubinaat, nu heel onze samenleving op het huwelijk en de wettige afstamming is gebouwd, die ook tot grondslag van het erfrecht liggen. A fortiori is deze seksuele omgang onrechtmatig in het

⁶³ H. VANDENBERGHE, «Het concubinaat», in *Gezinsrecht*, blz. 22.

⁶⁴ De bewijslast van de onrechtmatigheid rust op de verweerder, die zulks opwerpt (Hof Luik, 3 april 1968, *Pas.*, 1968, II, 190 ; Rb. Turnhout, 2 mei 1973, *R.W.*, 1973-74, 42).

⁶⁵ Hof Brussel, 24 oktober 1974, *J.T.*, 1975, 156 ; Rb. Brussel, 6 oktober 1972, *Bull. Ass.*, 1973, 623.

⁶⁶ Hof Brussel, 26 februari 1975, *J.T.*, 1975, 379.

⁶⁷ Hof Brussel, 27 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1974, 9174 ; Rb. Brussel, 27 juni 1972, *J.T.*, 1973, 183.

⁶⁸ Corr. Luik, 1 maart 1976, *R.G.A.R.*, 9878 ; C. DE BUSSCHERE, «Problemen van schadeloosstelling in geval van feitelijke scheiding der echtgenoten», *De verzekering*, 1977, 473-476.

⁶⁰ Cass., 23 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1996 ; Cass., 19 januari 1968, *R.W.*, 1967-68, 1991, *Pas.*, 1968, I, 640, met noot van W.G. ; Hof Bergen, 9 september 1975, *Rec. gén. enr. not.*, 1978, 183 (verkoop die een vrijgevigheid verbergt) ; Hof Luik, 24 april 1977, *J.L.*, 1977-78, 89 (legaat).

⁶¹ Hof Brussel, 6 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1260.

⁶² H. VANDENBERGHE, «Het concubinaat», in *Gezinsrecht*, Gent 1975, blz. 19.

overspelig concubinaat. Het belang van een echtgenote om vergoeding te verkrijgen nadat haar man ten gevolge van een onrechtmatige daad van een derde impotent werd, is voor haar een rechtmatig belang, vatbaar voor extrapatrimoniale schadevergoeding⁶⁹. De bijzit die dezelfde eis zou stellen zou daarin niet ontvankelijk zijn.

b) De genegenheidsschade van een persoon die in concubinaat leefde en wiens partner omkwam, is niet principieel af te wijzen als zijnde het verlies van een onrechtmatig voordeel. De wederzijdse affectie wordt, ook bij concubinerenden, door verloop van tijd uitgezuiverd tot een diepere genegenheid die niet meer uitsluitend door seksuele aantrekking wordt geschraagd, maar door edelere gevoelens⁷⁰. Wanneer een dergelijke edelmoedige vriendschap tussen twee mensen met voldoende zekerheid kan worden vermoed te zijn ontstaan, is het belang dat de overlevende had op het voortbestaan ervan, niet onrechtmatig, zelfs indien men principieel hun wijze van samenleven als een kader waarin deze gevoelens ontloken zijn, uit oogpunt van openbare orde, als onrechtmatig moet blijven omschrijven. Er is geen reden om de concubinerenden op het vlak van het eerbaar verdriet anders te behandelen dan de eigenaar van een hondje of van een auto⁷¹.

c) Ook onder de patrimoniale belangen van de langstlevende bijzit of gezelschap, kan een sortering gebeuren. De rechtspraak en de doctrine aanvaarden dat de vrijwillige hulp die een bijzit van haar gezelschap ontvangt niet onrechtmatig is, zodat zij daadwerkelijk het genot kan hebben van wat dan toch, in de huidige opvattingen onder invloed o.m. van de sociale zekerheid, een fundamenteel recht is geworden, het recht op bestaanszekerheid⁷². Evenmin is onrechtmatig het belang van de gezelschap op de voortzetting van een duurzame huishoudelijke hulp verstrekt door de overleden bijzit⁷³.

Prof. J. Vidal⁷⁴ drukt dit als volgt uit : « Le dommage (matériel) dont la concubine est susceptible d'obtenir réparation est celui qui résulte de la cessation brusquée de l'assistance et de la perte de la chance qu'elle pouvait avoir de continuer à être assistée, ou plus justement encore de ne pas être abandonnée sans ressource. »

De laatste versie van art. 6, 1, 9, 12 van het ontwerp nieuw B.W. in Nederland, waar, zoals men weet, de aanspraakgerechtigden uit onrechtmatige daad limitatief in art. 1406 zijn opgesomd, sluit niet meer uit dat ook de concubine een aanspraak toekomt voor het verlies van rechtmatig geachte patrimoniale belangen. De schuldige dader, zo luidt het, « is verplicht tot vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud :

d) aan degenen die reeds vóór de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, met de overledene in gezinsverband samenwoonden en in wier levensonderhoud hij *geheel* of voor een *groot deel* voorzorg, voor zover aannemelijk is dat een en ander zonder het overlijden zou zijn voortgezet en zij redelijkerwijze niet voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien ;

e) aan degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van de gemeenschappelijke huishouding, voor zover hij schade lijdt doordat na het overlijden op andere wijze in de gang van deze huishouding moet worden voorzien⁷⁵.

19. Men zal opwerpen dat er geen onderhoudsplicht tussen concubinerenden bestaat, zoals tussen gehuwden⁷⁶. Dit is juist in zover hiermee bedoeld wordt dat art. 213 B.W. niet van toepassing is op concubinerenden. Anders is het, wanneer de hulp van de concubinaatspartner steunt op een natuurlijke verbintenis die door het slachtoffer ook werkelijk nagekomen werd. Er ontstaat dan, door eenzijdige wilsuiking, een verbintenis die ook maatschappelijk voldoende verantwoord is⁷⁷, en ingegeven is door lovenswaardige gevoelens ; zodus stoelt ze niet op een onrechtmatige oorzaak⁷⁸, die op haar beurt het belang op de verdere uitvoering ervan zou besmetten.

20. Maar precies omdat het belang van de concubine niet kan worden verbonden met art. 213 B.W., en slechts kan steunen op die natuurlijke verbintenis van het slachtoffer om te zorgen voor de bestaanszekerheid van zijn partner, zal het belang van de concubine op het behoud van die bestaanszekerheid slechts rechtmatig kunnen zijn in de mate waarin ze zonder die hulp van het slachtoffer deze bestaanszekerheid zou ontberen⁷⁹. De openbare orde verhindert

⁶⁹ Parijs, 23 mei 1973, *Gaz. Pal.*, 29 september 1973, blz. 7 ; Grande Instance Valence, 6 juli 1972, *Gaz. Pal.*, 16 december 1972, blz. 5.

⁷⁰ Hof Brussel, 10 januari 1962, *J.T.*, 1963, 208 ; Cass., 5 februari 1970, *R.W.*, 1969-70, 1735, *Pas.*, 1970, I, 484 ; Rb. Antwerpen, 2 maart 1964, *R.W.*, 1963-64, 1522.

⁷¹ M. POULNAIS, « Réflexions sur l'état de droit positif en matière de concubinage », *J.C.P.*, 1973, doctr. 2574.

⁷² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, nr. 199 ; S. DAVID-CONSTANT, « L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile », in *Mélanges SAVATIER*, Parijs, 1965, blz. 235, speciaal blz. 246 ; vergelijk, wat de gehuwde vrouw betreft, de vordering tot onderhoud van haar overspelig kind : Cass., 6 juni 1975, *Pas.*, 1975, I, 964 ; wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum.

⁷³ « Une aide ménagère constante » (Hof Brussel, 24 oktober 1974, *gac.*).

⁷⁴ « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *J.C.P.*, 1971, chron., 2390, nr. 29.

⁷⁵ DRION, *Onrechtmatige daad*, II ; nr. 290. Litt. d) bedoelt duidelijk de aanspraak van de overlevende concubine ; litt. e) de aanspraak van de gezelschap.

⁷⁶ Cass., 11 april 1975, *Pas.*, 1975, I, 794.

⁷⁷ J. FLOUR, préface, in M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Parijs, 1957.

⁷⁸ G. RIPERT, *a.w.*, nr. 199 ; Rb. Brussel, 28 oktober 1971, *Rev. not.*, 1973, 553 ; *Pas.*, 1972, III, 32.

⁷⁹ J. VIDAL, noot in *J.C.P.*, 1972, II, 17.278 ; *id.*, « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, ... », *J.C.P.*, 1971, I, nr. 2390. Er moet op gewezen worden dat in al de gevallen waarin de Franse rechtspraak over het overspelig karakter van het concubinaat heen is gestapt, het om sociaal interessante gevallen ging.

immers dat art. 213 B.W. en het huwelijksgoederen-regime, bij analogie of impliciet, als gevolgen van het concubinaat in aanmerking genomen worden om ook de schadevergoeding van de niet in patrimoniale nood verkerende concubine te begroten, alsof zij een recht had in een soort gemeenschap van goederen, gevolgd door een soort erfrecht. Het afhankelijk zijn van willekeurige verbreking is een kenmerkende eigenschap van het concubinaat, die men niet bij het huwelijk vindt. Dit «ingebouwd» risico moet mee in aanmerking genomen worden in de vergelijking van de toestand ante culpam met de toestand post culpam. De begroting van de schadevergoeding moet hiermee rekening houden. Indien, zoals voor een echtgenote, de kapitalisatiemethode wordt toegepast, dan wordt gehandeld alsof de toestand ante culpam niet met dat risico bezwaard was. De vergelijking wordt dan vervalst. Dit risico van opzegging ad nutum heeft tot gevolg dat het onmogelijk is aan de hand van de vermoedelijke levensduur van de overleden partner met voldoende graad van zekerheid een voor de kapitalisatie vereiste voorspelling van duur te maken⁸⁰, terwijl het huwelijk per definitie, en ook nog steeds quod plerumque fit, met redelijke zekerheid pas door het overlijden van een echtgenoot een einde neemt. De levensduurtabellen kunnen dus aangewend worden.

De patrimoniale schade van de bijzit wegens het verlies van bestaanszekerheid, indien zij geen eigen inkomen en vermogen heeft, kan derhalve niet anders begroot worden dan ex aequo et bono, een methode waarvan de aanwending voldoende gemotiveerd kan worden, zoals vereist is⁸¹, door wat zo pas is gezegd

over het ontbreken van zekerheid over de nodige gegevens om te kapitaliseren.

21. De niet in nood verkerende concubine kan tegenover derden geen rechtmatig patrimoniaal belang op het behoud van een door het samenleven verbeterde financiële situatie doen gelden, die zijn oorzaak had in een nabootsing van het huwelijk. De determinerende oorzaak — om terug te grijpen naar de terminologie eigen aan de rechtshandelingen uit vrijgevigheid — waarom de concubine, die zelf een vermogen of een inkomen heeft, daarenboven nog mocht delen in het inkomen van haar gezelschap, is hier niet meer zijn verlangen om haar een bestaanszekerheid te verzekeren, doch een soort ongeschreven huwelijksgoederenregime met gemeenschap van aanwinsten, dat tot doel had het concubinaat in stand te houden. Van een dergelijke overeenkomst kan, krachtens art. 1131 B.W., geen gevolg erkend worden.

Noch in de materiële schade, noch in de genegenheidsschade, wordt hiermee de concubinerende met een gehuwde gelijkgesteld omdat de in aanmerking genomen gekrenkte belangen, in de plaats van een totale levensgemeenschap te omvatten zoals voor een gehuwde, beperkt blijven tot enkele aspecten ervan die, ook buiten enige concubinaatsverhouding, tussen twee personen denkbaar zijn. De vergoedbare schade van de concubinerende is derhalve kleiner dan de vergoedbare schade van echtgenoten.

Lode DE WILDE

⁸⁰ Hof Brussel, 26 februari 1975, *J.T.*, 1975, 379.

⁸¹ Cass., 10 september 1974, *Pas.*, 1975, I, 21; Cass., 12 april 1976, *Pas.*, 1976, I, 893.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 28 APRIL 1978

Voorzitter : de h. de Vreese

Raadsheer-rapporteur : de h. Sury

Eerste advocaat-generaal : de h. Dumon

Advocaten : mrs. Van Ryn en De Gryse

Onrechtmatige daad—Oorzakelijk verband—Vervulling van een door de wet opgelegde verplichting—Geen schade.

Wanneer de overheid, ten deze de Stad Antwerpen, kosten doet alleen om zich te kwijten van haar verplichtingen in verband met waterwegen of havens, vervult zij een door de wet of door een verordening opgelegde verplichting.

Door de loutere vervulling van die verplichting lijdt zij geen schade die in oorzakelijk verband staat, in de zin van art. 1382 B.W., met een eventuele door een derde begane fout, zoals ten deze een fout die oorzaak is geweest van het zinken van een schip dat naderhand door de Stad ingevolgt haar «wettelijke» verplichting werd gelicht.

N.V. A (verzekeraar) en T. (schipper-eigenaar) t/ Stad Antwerpen
en mr. Dauwe q.q.

**Conclusie van de eerste
advocaat-generaal Dumon**

Het bestreden arrest stelt de volgende feiten vast :
Op 26 december 1969 greep een aanvaring plaats in het Albertdok

te Antwerpen, tussen het schip «Walter Kay» en het aan Theenaert Jozef (tweede eiser) toebehorende schip «Adro», dat zonk.

Luidens wettelijke en reglementaire bepalingen, i.h.b. artikel 29 van de verordening op de politie der haven van Antwerpen, was de eigenaar van het schip «Adro» verplicht het wrak te bergen, en ingeval deze eigenaar naliet dit te doen, diende de stad Antwerpen daartoe over te gaan op risico en kosten van de eigenaar. Daar de eigenaar van het schip «Adro» in gebreke bleef het wrak te bergen, heeft de stad Antwerpen dit laten doen, wat een uitgave van 325.000 frank + 9.226 frank medebracht.

De eigenaar van het schip «Adro» betwistte niet dat hij die kosten aan de stad Antwerpen moest terugbetalen, maar beriep zich op zijn recht zijn aansprakelijkheid te beperken en betaalde de afstands-waarde van zijn schip, te weten 106.250 frank.

De stad Antwerpen deed voor het saldo van haar vordering een eis gelden tegen de eigenaars van het schip «Walter Kay», die enerzijds, hun aansprakelijkheid in verband met de aanvaring erkenden en, anderzijds, afstand deden van het scheepsvermogen.

De vereffenaar voor de waarde van dit laatste schip betwistte dat de stad Antwerpen, overeenkomstig artikel 23, § 1, 4°, van de zeewet, over een *voorrecht* beschikte.

De rechtbank van koophandel te Antwerpen en op hoger beroep het hof van beroep van Antwerpen, hebben de eis van de stad Antwerpen gegrond verklaard en derhalve de opname van de schuld-vordering van de stad Antwerpen in het bevoorrecht passief, op grond van artikel 23, § 1, 4°, van de zeewet, bevolen.

Het bestreden arrest baseert zijn beslissing op de volgende overwegingen :

1° dat de bergingskosten als dusdanig niet als bevoorrecht kunnen worden beschouwd... maar dat het geprivilegieerd karakter van de bergingskosten wel moet worden aanvaard indien zij onder het begrip van «vergoedingen verschuldigd ter zake van aanvaring zijn onder te brengen, wat ter zake het geval is» ;

2° dat vaststaat en niet wordt betwist dat, indien de eigenaar van het foutloos gezonken schip zelf tot lichting was overgegaan, de bergingskosten hem in hun geheel door de schadeveroorzaker te vergoeden zouden zijn als verschuldigd ter zake van aanvaring en bevoorrecht zouden zijn ;

3° dat de beslissing van de eigenaar van het gezonken schip om, in weerwil van zijn verplichting, zijn schip niet te lichten niet van die aard kan zijn het karakter van de betreffende schadepost te wijzigen ;

4° dat de omstandigheid dat de Stad ingevolge «wetsbepalingen» verplicht was over te gaan tot de lichting dienaangaande zonder belang is ; deze «tussenschakel» doet het oorzakelijk verband niet vervallen ;

5° dat de Stad Antwerpen is opgetreden «in de plaats van de in gebreke blijvende eigenaar». De Stad was wettelijk verplicht om de door de schadeveroorzaker (tweede verweerder q.q.) in het leven geroepen wantoestand te verhelpen.

De eigenaar van het schadeveroorzakende schip is verplicht de schade te vergoeden.

6° dat de door de Stad ondergane «schade» werd berokkend door het schadeveroorzakende schip.

Indien ik de redenering van het hof van beroep goed begrijp, is ze de volgende : de Stad had weliswaar een schuldvordering tegen de eigenaar van het gezonken schip maar geen bevoorrechte vordering ... doch, aangezien deze eigenaar tegen de eigenaar van het schip «Walter Kay» (tweede verweerder q.q.) wel een bevoorrechte vordering bezat, indien hij zelf tot de lichting zou zijn overgegaan, om de kosten ervan tegen hem terug te vorderen, bezit de Stad Antwerpen ook een dergelijke vordering tegen hem aangezien ook ten gevolge van de door haar geleden schade zij over een vordering tegen de eigenaar van het schadeveroorzakend schip beschikt. Het kan, mij dunkt, niet volstaan te gewagen, in ons arrest, van een optreden van de Stad in de plaats van de eigenaar van het gezonken schip.

Eisers leggen één enig middel voor aan het Hof. Het middel bevat twee onderdelen.

In het eerste onderdeel wordt betoogd dat «het voorrecht voorzien door artikel 23, § 1, 4°, van de zeewet wordt ingesteld om reden van de hoedanigheid van de schuldvordering en derhalve niet toegekend wordt aan de schuldvorderingen van het Openbaar

Bestuur, dat geen schade heeft geleden uit de aanvaring, doch vergoeding vordert van de bergingskosten waartoe het is overgegaan op grond van zijn politionele verplichtingen».

In het tweede onderdeel wordt betoogd : «De vergoeding door de stad Antwerpen gevorderd is niet het gevolg van de schade veroorzaakt door de aanvaring maar van de beslissing van het Openbaar Bestuur zijn politionele machten, ter zake van het verwijderen van het gezonken schip, uit te voeren...».

De twee onderdelen hangen nauw met elkaar samen en dienen derhalve te zamen onderzocht te worden.

Ik ben de mening toegedaan dat beide onderdelen gegrond zijn en dat, derhalve, er grond tot vernietiging van het bestreden arrest is.

Het bestreden arrest beslist, en het wordt in dit opzicht niet gekritiseerd, dat «de bergingskosten als dusdanig niet als bevoorrecht kunnen beschouwd worden en niet onder te brengen zijn onder het begrip van 'schade aan kunstwerken van havens, dokken en bevaarbare wateren', als bedoeld door artikel 23, § 1, 4°, van de zeewet». Het staat buiten kijf dat indien de eigenaar van het gezonken schip «Adro» persoonlijk zijn schip had doen lichten, hij tegenover de eigenaars van het schip «Walter Kay», schuldige veroorzaker van de aanvaring, een schuldvordering op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek zou hebben bezeten en, anderzijds, dat zijn schuldvordering met toepassing van bedoeld artikel 23, § 1, 4°, een bevoorrecht karakter zou hebben gehad. Immers, dit artikel bepaalt dat bevoorrecht zijn «op het schip ... 4° de vergoedingen verschuldigd ter zake van aanvaring of andere scheepvaartongevallen...». Er zou bezwaarlijk kunnen worden betwist dat de aldus gevorderde vergoeding niet een vergoeding, «verschuldigd ter zake van aanvaring», geweest zou zijn.

Maar het probleem dat ten deze rijst is, of de stad Antwerpen een bevoorrechte schuldvordering op het schip «Walter Kay» — schuldige veroorzaker van de aanvaring — bezat.

Het komt me duidelijk voor dat, indien de stad Antwerpen werkelijk een schuldvordering op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek tegen de eigenaars van bedoeld schip «Walter Kay» bezat ... zij tegelijkertijd ook beschikte over een *bevoorrechte schuldvordering* op grond van bedoeld artikel 23, § 1, 4°. Immers, in dit geval, zou de Stad ontegensprekelijk aanspraak kunnen maken op een «vergoeding verschuldigd ter zake van aanvaring» in de zin van bedoeld artikel 23, § 1, 4°, ... en derhalve moest haar schuldvordering noodzakelijkerwijze als bevoorrecht zijnde op het schip worden beschouwd.

Het probleem echter dat zich hier voordoet is juist te weten of de stad Antwerpen een schuldvordering, gebaseerd op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, tegen de eigenaar van het schip «Walter Kay» bezat.

Ik ben ervan overtuigd dat een dergelijke schuldvordering niet bestaat tenzij men de doctrine van het arrest van het Hof van 1 februari 1973¹ zou moeten uitbreiden. Ik meen dat dit juridisch niet verantwoord zou kunnen worden maar niettemin kom ik daar verder op terug. Zoals eisers in het tweede onderdeel van het middel doen gelden, (is) «de vergoeding door de Stad gevorderd niet het gevolg van de schade veroorzaakt door de aanvaring maar van de beslissing van het Openbaar Bestuur zijn politionele machten, ter zake van het verwijderen van het gezonken schip, uit te voeren». Ik zou nochtans deze stelling enigszins verbeteren door te zeggen dat de schade die door de stad Antwerpen werd geleden niet veroorzaakt werd — in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek — door de fout of de tekortkoming van een eigenaar of de kapitein van het schip «Walter Kay» maar haar oorzaak uitsluitend vindt in de verplichting die aan de stad Antwerpen door de wet en de reglementen wordt opgelegd, het gezonken schip «Adro» te lichten.

Er is derhalve *geen oorzakelijk verband*, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, tussen de fout toegeschreven aan de eigenaars van het schip «Walter Kay» en de door de stad Antwerpen aangevoerde schade.

De stad Antwerpen, eerste verweerder, doet gelden, in haar memorie van antwoord, dat «op grond van een feitelijke en derhalve

¹ Pas., 1973, I, 525, Arr. Cass., 1973, 551, R.W., 1972-73, 1856.

soevereine appreciatie het bestreden arrest op wettige wijze kon oordelen dat er in concreto een causaal verband bestond tussen de schade van verweerster en de fout van het aanvarende schip». Een alinea verder verbeterd nochtans de memorie van antwoord deze verkeerde stelling door te overwegen: «terecht heeft het hof van beroep te Antwerpen geoordeeld dat de omstandigheid dat verweerster is opgetreden op grond van haar eigen wettelijke verplichtingen, niet tot gevolg heeft dat het causaal verband tussen de fout en de schade wordt verbroken, wanneer zonder de fout van het aanvarende schip, verweerster geen schade zou hebben geleden — schade die kan bestaan ten gevolge van de uitvoering van haar wettelijke verplichtingen.»

Gewis wordt zeer dikwijls gezegd, en zelfs gedoceerd door vooraanstaande juristen, dat de feitenrechter steeds op soevereine of onaanastbare wijze oordeelt of er tussen een fout en een schade een causaal verband aanwezig is.

Een dergelijke juridische stelling is verkeerd ... en in elk geval wordt ze door de jurisprudentie van het Hof verworpen. Het volstaat de talrijke arresten van het Hof te raadplegen om ervan overtuigd te worden dat het zeer dikwijls een bestreden beslissing verworpt of vernietigt onder overweging dat de feitenrechter, al naar gelang van het geval, het juridisch begrip van causaal verband, bepaald door artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, wettelijk of onwettelijk heeft beoordeeld.

Gewis oordeelt de feitenrechter op onaanastbare wijze, of een bepaalde gedraging of tekortkoming in feite de oorzaak van een bepaalde schade is geweest of kon zijn ... maar aangezien het causaal verband een juridisch begrip is dient het Hof i.h.b. te controleren of, uitgaande van de vastgestelde feiten, de feitenrechter al dan niet heeft kunnen beslissen dat een causaal verband al dan niet aanwezig is.

Het is, meen ik, iedereen duidelijk dat het Hof aan zijn plicht te waken voor de uniforme toepassing van juridische begrippen zoals o.m. dat van het causaal verband te kort zou komen, indien het — voorgevende dat het zou gaan over een zuiver feitelijk probleem — de feitenrechter op onaanastbare wijze zou laten beslissen of ieder feit, iedere omstandigheid, die in de schakel van de menselijke en sociale gebeurtenissen een verband kan hebben — hoe verwijderd ook — de oorzaak is geweest, in de zin van artikel 1382 B.W., van een aangevoerde schade. Het Hof zou ook, gewis, aan zijn verplichtingen te kort komen indien het de feitenrechter soeverein zou laten beslissen of een schade «geleden langs een ander om» (d.w.z. *dommage par ricochet*), steeds in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek al dan niet in een causaal verband staat met een fout.

De arresten welke ik hierna zal vermelden of ontlede bevestigen, samen met vele andere, dat het causaal verband geenszins louter een feitelijk probleem is.

Zoals professor De Page heel terecht in een noot gepubliceerd in 1955, schreef²: «Il est inévitable, il est indispensable ... de couper, à un certain moment, la chaîne des causes qui unissent les événements les uns aux autres ... sous peine d'aboutir à l'absurde.» Ik rijd van Parijs naar Brussel aan het stuur van een voertuig en enkele kilometers na Parijs word ik gedurende een half uur belet mijn weg voort te zetten door de foutieve gedragingen van een andere weggebruiker. Enkele kilometers na Antwerpen is er een aanrijding tussen mijn voertuig en dat van een andere autobestuurder die volledig schuld had: het is duidelijk dat indien ik aldus op de weg van Parijs naar België niet was opgehouden, deze aanrijding niet gebeurd zou zijn ... maar desniettemin zal niemand durven beweren dat de fout, niet ver van Parijs begaan door een weggebruiker, oorzaak van de later in België gebeurde aanrijding is geweest.

Ingevolge een levensverzekering dient de verzekeraar na de dood van de verzekerde een bepaalde som aan de weduwe uit te betalen. De dood van de verzekerde werd door de fout van een derde veroorzaakt. De betaling van bedoelde som vindt haar oorzaak niet in deze fout maar wel in het verzekeringscontract.

Het staat aan het Hof van Cassatie het «begrip» causaal verband te preciseren en te omschrijven. Daartoe zal het en heeft het zich laten leiden door de geest en de bedoelingen van de bepalingen van de

artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, door de ideeën die ten grondslag liggen aan deze wetsbepalingen, die ingegeven werden door beschouwingen ontleend aan de moraal en aan de sociale noodwendigheden, door het gehele rechtsstelsel waarin deze wetsbepalingen zijn ingeschakeld en tenslotte, last but not least, door het gezond verstand.

In de evenvermelde nota schreef professor De Page: «La théorie allemande et suisse de la causalité adéquate n'est qu'une forme de cette limitation nécessaire: et la notion du dommage indirect en est, dans notre droit, une autre. Quand faut-il couper cette chaîne des causes? C'est, a-t-on dit, une question de sentiment. Il ne faut pas comprendre cette formule en ce sens qu'il s'agirait d'une appréciation arbitraire et purement subjective, de la part du juge, mais d'une appréciation de bon sens qui met en jeu l'esprit de finesse, aurait dit Pascal, plutôt que l'esprit de géométrie, car elle échappe aux catégories logiques. Quelqu'un a-t-il pu jamais définir le dommage indirect? Nous ne le croyons pas. Ce qu'il est seulement possible d'affirmer, c'est que la relation causale ne peut être définie. Quant au point précis de limitation, quant aux critères de rupture de la relation causale, ils sont *logiquement* insaisissables: ils ne peuvent être qu'empiriques. Mais ils ne doivent pas être négligés pour autant. L'interposition d'un contrat est, en principe, l'un de ces critères croyons-nous. La clarté, la précision du droit auraient intérêt à ce qu'on le généralise.»

In zijn werk — *Traité de droit civil* — preciseert professor De Page: «Le lien de nécessité est rompu lorsqu'il s'interpose, entre la faute et le préjudice, une cause juridique propre, distincte, qui à elle seule suffit à rendre compte de l'exécution de l'obligation»³.

In de opvattingen van professor De Page verdwijnt het causaal verband in de zin van bedoeld artikel 1382 dus wanneer tussen de schade en een fout een contract ingeschoven wordt of werd, contract waarvan de verbintenissen volstaan om de aangevoerde «schade» te verklaren of te rechtvaardigen.

Deze stelling werd ook door het Hof van Cassatie gedeeld.

Talrijke arresten van het Hof hebben ook een tweede regel gevolgd: er is evenmin een causaal verband, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, wanneer tussen een schade en een fout een wettelijke of reglementaire verplichting de oorzaak van de aangevoerde schade is geweest en derhalve de band tussen de fout en deze schade werd verbroken⁴.

Ten deze is tussen de fout begaan door de kapitein van het schip «Walter Kay» die de aanvaring veroorzaakt heeft en de schade die de stad Antwerpen beweert geleden te hebben ten gevolge van de lichte van het gezonken schip een wettelijke of reglementaire verplichting ingetreden: de verplichting van de stad Antwerpen een gezonken schip te lichten wanneer de eigenaar van dit schip het niet zelf heeft gedaan, welke verplichting bestaat, afgezien van het bestaan van een fout begaan ofwel door de eigenaar of de kapitein van het gezonken schip, of o.m. door de eigenaar of de kapitein van een ander schip.

Om in de lijn van de jurisprudentie van het Hof te blijven zal, m.i., moeten worden beslist dat het Hof van Beroep te Antwerpen onwettig beslist heeft dat de stad Antwerpen een schuldvordering kon doen gelden ten laste van de eigenaars van het schip «Walter Kay», op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek; onwettig omdat dit hof uit de vastgestelde feiten niet wettig vermocht af te leiden, dat er in de zin van deze wetsbepaling een causaal verband lag tussen de fout waarvoor de eigenaars van bedoeld schip moesten instaan en de zogeheten «schade» — d.w.z. de bergingskosten — door de stad Antwerpen geleden.

³ DE PAGE, II, nr. 962. Raadpl. RENARD, in *Mélanges Graulich*, p. 331.

⁴ Deze rechtspraak, zoals ook de doctrine die ze goedkeurt, schijnen gekritiseerd te worden in het «Examen de jurisprudence» van DABIN en LAGASSE, gepubliceerd in de R.C.J.B. Raadpl. i.h.b. a) «Examen de jurisprudence 1939 à 1948», p. 84, nr. 73, b) «Examen de jurisprudence 1951 à 1955», p. 249, nr. 70, en c) «Examen de jurisprudence 1939 à 1948», p. 85, nr. 75.

² R.C.J.B., 1955, 200.

Zoals uit het summier onderzoek van de jurisprudentie van het Hof zal blijken, verdwijnt het causaal verband wanneer, hoewel de fouten misschien aanleiding geven tot de ingeroepen schade, zich nochtans tussen deze schade en de fout een contract of een wettelijke (of reglementaire) verplichting bevindt die de «schade» — betaling of prestatie — veroorzaakt heeft.

1° De contracten

Het oorzakelijk verband is verbroken wanneer zich tussen de fout en de schade een juridische eigen en onderscheiden oorzaak bevindt die voortvloeit uit de uitvoering van een verbintenis, o.m. de betaling van een geldsom — de betaling beschouwd zijnde als de beweerde «schade» — te verklaren of te rechtvaardigen⁵.

Op 19 april 1937 beslist het Hof: de betaling van een pensioen, dat aan de weduwe en de erfgenamen van het slachtoffer van een vrijwillige doding, *krachtens het «dienstcontract», door de werkgever van dit slachtoffer verschuldigd is kan niet beschouwd worden als een door de doding veroorzaakte schade waarvan het herstel tegen de dader van de doding zou kunnen worden geëist op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek*⁶.

Arrest van 18 april 1939: de vordering verleend door de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek kan niet strekken tot vergoeding van de schade die eiser, zonder zelf benadeeld te zijn, in zijn persoon of in zijn goederen beweert geleden te hebben, omdat verweerder, door zijn daad, aanleiding gaf tot de uitvoering van een *contractuele of wettelijke verbintenis* waartoe eiser jegens het slachtoffer gehouden was⁷.

Men begrijpt minder goed het arrest van 5 maart 1953⁸ dat beslist dat de *vervoerder*, die met toepassing van artikel 4 van de wet van 25 augustus 1891, jegens het slachtoffer van een ongeval contractueel verantwoordelijk wordt verklaard en die daardoor schade lijdt, gerechtigd is om herstel van deze schade te eisen in de mate waarin zij door de schuld van een derde veroorzaakt werd. Dit arrest werd trouwens door professor De Page gekritiseerd in de *Revue critique de jurisprudence belge* van 1955, p. 185 e.v.

Volledig in de lijn van de eerste twee geciteerde arresten besliste het Hof op 25 mei 1936⁹: «Lorsque la victime d'un homicide avait conclu avec une compagnie d'assurances un contrat en vertu duquel, si elle venait à mourir accidentellement, l'hypothèse de l'homicide n'étant pas exclue, il serait versé à sa veuve tel capital invariablement fixé, le paiement de ce capital par la compagnie ne donne pas ouverture pour elle à l'action aquilienne contre l'auteur de l'homicide... Il ne constitue que l'exécution d'un *engagement contractuel* qui a trouvé sa contrepartie équivalente et sa cause dans les primes payées par le co-contractant et dont le montant est sans rapport aucun avec le dommage que l'homicide peut avoir causé à la personne entre les mains de laquelle ce montant a été stipulé payable.»

Niemand betwist ook, dat wanneer een verzekeraar een som bepaald door een levensverzekering uitbetaalt o.m. aan de weduwe van hem die de verzekeringspolis had ondertekend, deze verzekeraar geen rechtsvordering kan instellen, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, tegen de veroorzaker, zelfs met schuld, van de dood van de verzekerde.

De stelling van professor De Page, die trouwens volledig op de jurisprudentie van het Hof is gefundeerd, en volgens welke het oorzakelijk verband tussen een fout en de beweerde schade verbroken is door het «tussetreden» van een overeenkomst, wordt door Dalcq¹⁰ en Fagnart¹¹ gekritiseerd.

⁵ Professor RENARD, in de *Mélanges Graulich*, p. 331, citeert dienaangaande hetgeen professor De Page preciseerd II, nr. 962): «Le lien de nécessité est rompu lorsqu'il s'interpose entre la faute et le préjudice une cause juridique propre et distincte qui à elle seule suffit à rendre compte de l'exécution de l'obligation.»

⁶ Arr. Verbr., 1937, 31.

⁷ Arr. Verbr., 1939, 134.

⁸ Arr. Verbr., 1953, 457, R.W., 1953-54, 217.

⁹ Pas., 1936, I, 267.

¹⁰ Raadpl. *Traité de la responsabilité civile*, II, nr. 2513.

¹¹ «Chronique de Jurisprudences», J.T., 1976, nr. 17, p. 569 e.v.

Professor Dalcq is de mening toegedaan, dat deze stelling onverenigbaar is met het principe van de «gelijkwaardigheid der voorwaarden» (*l'équivalence des conditions*). Men kan, dunkt mij, deze opwerping bezwaarlijk goedkeuren. Immers, dit principe heeft nooit belet — en het gezond verstand gebiedt zulks — te beslissen dat een omstandigheid of een feit te ver afgelegen of te onrechtstreeks is om beschouwd te kunnen worden als de oorzaak van een schade in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. De «aaneenschakeling», en dus het oorzakelijk verband in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek neemt op een zeker ogenblik en in bepaalde omstandigheden noodzakelijkerwijze een einde in de zin van deze wetsbepaling.

Volgens Fagnart zou de «théorie» van De Page tegengesproken zijn door de latere arresten van het Hof van Cassatie en i.h.b. die van 6 mei 1969¹², 1 februari 1973¹³ en 17 april 1975¹⁴. Het laatstgeciteerd arrest betreft een overeenkomst. De eerste twee zijn vreemd aan het bestaan van een overeenkomst die het oorzakelijk verband tussen een fout en een schade verbroken zou hebben. Overigens, het arrest van 17 april 1975 beslist niets over ons probleem; het beperkt zich ertoe dienaangaande te overwegen en te beslissen dat het bestreden arrest de conclusie van eiseres niet heeft beantwoord¹⁵.

Het arrest—geciteerd door Fagnart—van 6 mei 1969 werd, dunkt mij, onvolledig of zelfs verkeerd ontleed. Het arrest is helemaal in overeenstemming met 's Hofs jurisprudentie betreffende het tussetreden, tussen de schade en een fout, zowel van een overeenkomst als van een wettelijke of reglementaire verplichting. Dit arrest besliste: «De toelagen welke de Staat aan de gemeente verleent tot de bezoldiging van de ambtenaren die belast zijn met het opnieuw samenstellen van de documentatie betreffende de algemene volksnijverheid en handelstelling van 1961, die vernield werd door de schuld van de dader van deze vernieling, zijn geen lasten die *normaal* voortvloeien uit de uitvoering van de wet van 24 juli 1961, waarbij de volkstelling wordt voorgeschreven, maar een bijkomende uitgave welke door deze fout noodzakelijk wordt gemaakt.» Uit dit arrest blijkt, dat indien de uitgaven hun oorzaak in de wet van 24 juli 1961 gevonden zouden hebben, een rechtsvordering gebaseerd op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek had afgewezen dienen te worden, terwijl, wanneer bepaalde uitgaven uitsluitend het gevolg van een quasi-delictuele tekortkoming zijn, een dergelijke rechtsvordering wel gegrond is.

Wat het arrest van 1 februari 1973 betreft, dat verweerders inroepen tot staving van hun zienswijze dat het bestreden arrest wettelijk gerechtvaardigd is, oordeelt de opsteller van de jurisprudentiële kroniek, verschenen in het J.T. van 23 oktober 1976, p. 569 en v. (i.h.b. nr. 17), ook ten onrechte dat deze uitspraak teruggekomen is op de jurisprudentie van het Hof, volgens welke het oorzakelijk verband tussen een fout en een schade verbroken is wanneer tussen de fout en de schade een contract of een «wettelijke» verplichting o.m. een prestatie of een betaling, zijnde bedoelde «schade», heeft teweeggebracht.

Na eraan herinnerd te hebben, dat de bestreden beslissing had vastgesteld dat de Staat nagelaten had te zorgen, zoals hij wettelijk diende te doen, voor de veiligheid van het verkeer op de openbare wegen en dat, ten einde deze schuldige nalatigheid te verhelpen, de stad Luik signalisatiewerken had moeten verrichten, beslist het arrest van 1 februari 1973, dat «die kosten (van de signalisatiewerken) slechts gemaakt waren om de schuldige nalatigheid van (de Staat) te verhelpen, zodat hij (de feitenrechter) op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, wettelijk beslist heeft dat de rechtsvordering van verweerster gegrond is».

Aldus besliste het Hof, dat de door de Staat naar voren gebrachte wettelijke verplichting van de Stad slechts subsidiair is bij die van de Staat en dat derhalve, zo de Stad zich verplicht zag kosten te dragen, dit uitsluitend te wijten was aan de «schuldige nalatigheid» van de

¹² Arr. Cass., 1969, 862.

¹³ Arr. Cass., 1973, 551, R.W., 1972-73, 1856.

¹⁴ Arr. Cass., 1975, 908, R.W., 1975-76, 938.

¹⁵ «Overwegende, enerzijds, dat in zoverre het beslist dat de door eiseres geleden schade voortvloeide uit de uitvoering van de tussen

Staat in het vervullen van *zijn* wettelijke verplichting, zodat deze nalatigheid en niet een wettelijke verplichting van de Stad voornamelijk de oorzaak van bedoelde kosten was geweest.

De doctrine van dit arrest zou op ons geval niet kunnen worden toegepast en aldus het bestreden arrest wettelijk rechtvaardigen.

Immers, zo de «wettelijke» verplichting van de stad Antwerpen om het wrak van het schip «Adro» te lichten slechts subsidiair was bij die welke op de eigenaar van het schip rustte, had gewis de Stad zowel op grond van artikel 29 van de verordening van de stad Antwerpen als eventueel van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek — wegens de schuldige nalatigheid van deze eigenaar — het recht de bergingskosten tegen deze eigenaar terug te vorderen, maar aan deze reglementaire bepaling of deze «nalatigheid» ontleende de Stad geenszins de mogelijkheid een regresvordering tegen de eigenaars van het schip «Walter Kay», veroorzaker van de aanvaring, in te stellen. De Stad had nochtans *conventioneel* in de rechten van de eigenaar van het schip «Adro» tegen de eigenaars van het schip «Walter Kay» kunnen geplaatst of gesubrogeerd worden... maar noch het bestreden arrest, noch de partijen gewaagen van een subrogatie.

Het arrest van 1 februari 1973 beslist niet — dat moet dunkt mij onderstreept worden — dat de Stad beschikte over een rechtsvordering, gebaseerd op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, tegen een derde die de signalisaties op de wegen had doen verdwijnen of had beschadigd, wegneming of beschadiging door schuld, die de wettelijke verplichting van de Staat en de subsidiaire wettelijke verplichting van de Stad had met zich gebracht ... maar louter dat de Stad het recht heeft op grond van bedoeld artikel 1382 de «schade» (de signalisatiekosten) door de Staat te doen vergoeden.

2° *Wettelijke of reglementaire verplichtingen die de oorzaak van de «schade» (d.w.z. van de prestatie of van de betaling) zijn en die een eventueel oorzakelijk verband tussen de quasi-delictuele fout en de schade verbreken*

a) Betaling door de Staat, de provincie, de gemeente, ... aan officieren, dienstplichtigen, ambtenaren, weduwen van ambtenaren of officieren, van wedden, geneeskundige of farmaceutische tegemoetkomingen wanneer deze officieren, ambtenaren ... getroffen zijn door een fout, door een derde begaan, die hen in hun fysieke integriteit heeft aangetast.

Arrest van 17 januari 1938¹⁶ : daar de Staat, krachtens het wettelijk statuut van de officieren, de verplichting heeft de geneeskundige en farmaceutische zorgen aan de officieren te verstrekken (waarvoor dezen een afhouding op hun wedde moeten laten doen), worden de aan een gewond officier gegeven zorgen verstrekt als uitvoering van die wettelijke verplichting en zijn de kosten van die verpleging niet het gevolg van de daad van de derde, die door zijn onvoorzichtigheid de officier heeft gewond.

Arrest van 31 januari 1938¹⁷ : de Staat is wettig ertoe gehouden aan de militair die ziek is of gewond werd, soldij te betalen, hem de geneeskundige zorgen die zijn toestand vereist te verschaffen en voor zijn verpleging zorg te dragen. Deze uitgaven, die door de belastingen gedekt worden, zijn de tegenwaarde van de diensten welke de militair aan de Staat verstrekt en volgen uit een verbintenis waarvan de oorzaak volkomen vreemd is aan een door een derde begane tekortkoming, zodat de Staat dienaangaande geen vordering ex delicto heeft.

haar en Butyra gesloten overeenkomst en uit het kennelijk onvermogen en daarna het faillissement van die vennootschap, en dat die omstandigheden het oorzakelijk verband onderbroken hadden tussen de fout van Ysewyn, voor wie de Staat rekenschap moet geven, en de door de Banca Commerciale Italiana geleden schade, *het arrest niet antwoordt op de conclusie* waardoor eiseres, steunende op omstandige gegevens, betoogde dat de fout van Ysewyn uit een dubbel door haar ontwikkeld oogpunt, het normale verloop verstoord had van de tussen haar en de vennootschap Butyra gesloten overeenkomst inzake documentair krediet» (Arr. Cass., 1975, 912).

¹⁶ Arr. Verbr., 1938, 3.

¹⁷ Arr. Verbr., 1938, 10.

Arrest van 24 april 1939¹⁸ : dezelfde beslissing als in de twee evenvermelde arresten¹⁹.

Arrest van 17 april 1972²⁰ : de rechter die vaststelt dat de verplichting van een gemeente de gemeentesecretaris te bezoldigen, zelfs tijdens zijn periode van arbeidsongeschiktheid, voortvloeit uit diens wettelijk statuut, zonder dat dit statuut bepaalt dat de gemeente in de rechten van haar beambte treedt en dat dientengevolge de verplichting van de gemeente door haar oorzaak en voorwerp verschilt van de schadevergoedingsplicht waartoe de veroorzaker van het ongeval gehouden is, verworpt wettelijk de rechtsvordering van de verzekeraar van de gemeente om, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 22 van de wet van 11 juni 1874, de veroordeling te krijgen van de veroorzaker van het ongeval tot terugbetaling aan deze verzekeraar van de door hem ter ontlasting van de gemeente betaalde bedragen.

Arrest van 24 september 1951²¹ : de gemeente die een wedde aan een gemeentebestuurder uitbetaalt, ter uitvoering van een reglement dat het wettelijk statuut van deze ambtenaar bepaalt en gedurende dezes werkonbekwaamheid, welke aan de onrechtmatige handeling van een derde te wijten is, mag van de derde het bedrag van deze betalingen niet eisen, tenzij de getroffene haar in zijn rechten geplaatst heeft. De gemeente zou van de derde ook schadevergoeding mogen eisen indien zij bewees dat, wegens de arbeidsongeschiktheid van de getroffene, de diensten van de gemeente niet meer op behoorlijke wijze verzekerd konden worden.

In deze gedachtengang dienen de arresten van 25 maart 1957²², 12 februari 1971²³ en 2 december 1977²⁴ vermeld te worden. Deze arresten onderzoeken het geval waarin de Staat of de gemeente, ingevolge wettelijke of reglementaire bepalingen, verplicht zijn gedurende de arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een ongeval waarvan een ambtenaar het slachtoffer is geweest het loon uit te betalen ... en tevens zich verplicht zien, ten einde de diensten van de Staat of van de gemeente op passende wijze te verzekeren, tijdelijk een ambtenaar of een agent aan te werven en hem ook een loon uit te betalen. Vindt deze betaling — aan de tijdelijke ambtenaar of agent — haar oorzaak in een wettelijke of reglementaire verplichting van de Staat of van een gemeente, of integendeel louter in de fout van de derde die de arbeidsongeschiktheid van de ambtenaar of de agent heeft veroorzaakt?

Het laatste arrest — van 2 december 1977 — heeft geheel terecht gepreciseerd, dat de betaling van de wedde of het loon aan de tijdelijk in dienst genomen werkracht, haar oorzaak niet in de quasi-delictuele fout van de derde vindt, maar wel in «het eventueel verschil tussen de wedde die hij (de Staat of de gemeente) gedurende de vergoedbare periode aan de leerkracht ad interim heeft betaald en de wedde die hij gedurende dezelfde periode aan het slachtoffer voor haar prestaties had moeten betalen, indien het schadegeval zich niet had voorgedaan».

b) Recht van de *Commissies van Openbare Onderstand* ten laste van de personen die verantwoordelijk zijn voor de verwonding of de ziekte welke de onderstand nodig heeft gemaakt de terugbetaling van ter oorzaak daarvan gedane kosten te vorderen.

Het Hof heeft op 9 juni 1958²⁵ beslist, dat deze rechtstreekse vordering van de Commissie van Openbare Onderstand niet de vergoeding uitmaakt van een door deze Commissies geleden en uit een quasi-delictuele fout gesproten schade, maar wel een terugvordering, ter uitvoering van hun wettelijke opdrachten, van door hen gedane uitgaven.

¹⁸ Arr. Verbr., 1939, 134, R.W., 1939-40, 909.

¹⁹ Zie noot getekend P.D.B., p. 135 tot 137.

²⁰ Arr. Cass., 1972, 768.

²¹ Arr. Cass., 1952, 10.

²² Arr. Verbr., 1957, 617.

²³ Arr. Cass., 1971, 562.

²⁴ R.W., 1978-79, 209, met noot.

²⁵ Arr. Verbr., 1958, 803.

We weten dat de wet van 23 juni 1960, waarbij artikel 30 van de wet van 27 november 1891 werd gewijzigd, deze leer tot de hare heeft gemaakt²⁶.

c) *Prestaties van de ziekte- en invaliditeitsverzekering die teweegebracht werden door een fout van een derde*

De toestand wordt uitdrukkelijk geregeld door de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Artikel 70 van deze wet voert een *wettelijke subrogatie* in van de verzekeringsinstelling in de rechten van de persoon, die rechtstreeks door een fout van een derde is getroffen, fout die een ziekte of een invaliditeit tot gevolg heeft gehad waarvoor bedoelde instelling de door de wet bepaalde prestaties moet leveren. Aangezien een wettelijke indeplaatsstelling door de wet wordt beslist, is het duidelijk dat de verzekeringsinstelling geen enkele rechtstreekse vordering bezit op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, tegen de persoon die de fout heeft begaan.

Overigens verleent in een bepaald geval hetzelfde artikel een *eigen recht van terugvordering* aan de verzekeringsinstelling ... hetgeen betekent dat, volgens het gemene recht, althans in de opvatting van de wetgever, deze verzekeringsinstelling geen rechtstreekse vordering, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, bezat.

Artikel 70 van de wet van 9 augustus 1963 bepaalt: «De verzekeringsinstelling treedt rechtens in de plaats van de rechthebbende...»

Hetzelfde artikel bepaalt verder: «Onverminderd het bepaalde in het eerste en het tweede lid van onderhavige paragraaf, heeft de verzekeringsinstelling een eigen recht van terugvordering van de verleende prestaties tegenover het gemeenschappelijk waarborgfonds, bedoeld bij artikel 15 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, wanneer de schade waarvoor de prestaties werden verleend, veroorzaakt is door een motorrijtuig dat niet geïdentificeerd is, dat gestolen werd of waarvan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid niet gedekt is door een verzekering, overeenkomstig de bepalingen van de wet van 1 juli 1956».

abis) bbis) cbis) dbis) : Wetgeving, jurisprudentie en doctrine in Frankrijk

Rechtsvorderingen staan de Staat ter beschikking wanneer, ten gevolge van de fout van een derde, medische of farmaceutische onkosten, pensioenen, invaliditeitsuitkeringen, wedden ... aan een ongeschikt geworden ambtenaar, «wettelijk» door de Staat betaald dienen te worden.

De Ordonnance nr. 59/76 van 7 januari 1959 (J.O., 8 januari 1959) heeft uitdrukkelijk en duidelijk de rechtstoestand geregeld. Artikel 1 van de ordonnance bepaalt: «Lorsque le décès, l'infirmité ou la maladie d'un agent de l'Etat est imputable à un tiers, l'Etat dispose de plein droit contre ce tiers, par subrogation aux droits de la victime ou de ses ayants droit, d'une action en remboursement de toutes les prestations versées ou maintenues à la victime ou à ses ayants droit à la suite du décès, de l'infirmité ou de la maladie. Cette action concerne notamment: le traitement ou la solde et les indemnités accessoires pendant la période d'interruption du service, les frais médicaux et pharmaceutiques, le capital décès, les arrérages des pensions et rentes viagères d'invalidité, ainsi que ...»

Derhalve is er geen rechtsvordering, op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek gebaseerd, maar wel de vordering van de getroffene zelf tegen de derde die de dood, de ongeschiktheid of de ziekte heeft veroorzaakt, de Staat wettelijk gesubrogeerd zijnde in de rechten van de getroffene²⁷.

²⁶ Prof. Renard, *op. cit.*, p. 351, schreef: «(La Commission d'assistance publique) est tenue de prêter les soins, quelle que soit l'origine des blessures, qu'il y ait faute ou non, ce qui démontre que la faute n'est que l'occasion et non la cause de l'intervention de l'assistance publique.»

²⁷ Cons. DOMINIQUE DE BARTHES DE MONTFORT, *Nature et fondement du recours contre le tiers responsable du débiteur de pres-*

Betreffende de vorderingen waarover gepersonaliseerde overheidslichamen, zoals de Nationale Maatschappij der Spoorwegen of genationaliseerde instellingen zouden beschikken, schrijft men in de doctrine, dat de oplossingen sterk omstreken zijn en dat het Hof van Cassatie in twee arresten, gewezen in voltallige kamer op 30 juni 1960²⁸, het probleem onvolledig en onnauwkeurig geregeld zou hebben.

Ik ben nochtans in alle bescheidenheid de mening toegedaan, dat uit deze arresten van het Hof van Cassatie weinig kan worden afgeleid omdat, dunkt mij, het hoogste Franse judiciale rechtscollege zich ertoe beperkt heeft te overwegen dat het zijn juridisch toezicht niet kon uitoefenen²⁹.

De doctrine leert doorgaans, in verband met de pensioenen, dat er geen rechtsvordering bestaat, in het voordeel van het lichaam dat de pensioenen dient te betalen, tegen de derde die de dood, de ziekte of de verwondingen heeft veroorzaakt, omdat de juridische oorzaak van de betaling van het pensioen ligt in de bijdragen die door het personeelslid werden gestort of in de kosteloze toekenning door de werkgever van het pensioen aan de leden van zijn personeel; «c'est dire qu'il y a un dommage indirect»³⁰.

e) *Prestaties, administratie- of veiligheidsonkosten, betalingen die door wetten of reglementen aan overheden worden opgelegd en die eventueel noodzakelijk werden gemaakt door een fout die een derde begaat.*

Ik vermeld het arrest van 17 juni 1975³¹ waarvan de doctrine bezwaarlijk kan worden goedgekeurd.

tations dues à la victime, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964.

²⁸ *Recueil Dalloz*, 1961, Jurisprudence, p. 1 e.v. arresten vooraf gegaan door de conclusies van de eerste advocaat-generaal Lindon, toen advocaat-generaal, en gevolgd door noten.

²⁹ Het eerste dier arresten overweegt (en het tweede luidt in dezelfde termen):

«Attendu qu'en cas d'accident du travail dont un de ses agents a été victime, le service national de l'Electricité de France, par application des textes susvisés de sécurité sociale, est fondé à demander au tiers responsable, dans la limite du montant du préjudice subi par la victime, et mis à la charge de ce tiers, le remboursement des prestations présentant un caractère indemnitaire qu'il a versées à l'occasion de l'accident; qu'en dehors de cette demande, le service national de l'Electricité de France ne peut éventuellement obtenir la réparation d'un dommage subi par lui-même qu'à la condition de rapporter la preuve d'une relation de cause à effet entre ce dommage et la faute retenue à la charge du tiers responsable;

«Attendu que l'arrêt attaqué a condamné la compagnie La Paix à rembourser au service national d'Electricité de France le montant des charges sociales afférentes au plein salaire payé par lui, en exécution des prescriptions du statut du personnel des industries électriques et gazières approuvées par le décret du 22 juin 1946, à son employé Rivière pendant la durée de l'incapacité temporaire de travail ayant résulté pour lui d'un accident du travail causé par Coquard, chauffeur au service de demoiselle Bernyck, assurée à ladite compagnie La Paix, au motif qu'ayant été tenue de verser, pendant la durée de l'incapacité de travail de Rivière les charges afférentes au salaire principal de cet agent, le service national de l'Electricité de France avait subi de ce fait un dommage découlant de la faute de Coquard et dont réparation lui était due.

«Attendu qu'en s'abstenant de préciser la nature et l'objet des charges sociales dont il ordonnait ainsi le remboursement, l'arrêt attaqué n'a mis la Cour de cassation en mesure de vérifier ni si ces prestations pouvaient être considérées comme correspondant à une part de l'indemnité due à la victime par le tiers responsable, ni l'existence, affirmée par les juges d'appel, du lien de causalité entre la faute de Coquard et le dommage allégué par le service national de l'Electricité de France; y d'où il suit que ledit arrêt manque de base légale. Par ces motifs: casse ...»

³⁰ Cons. *Droit civil d'après le traité de Planiol*, door GEORGES RIPERT en JEAN BOULANGER, II, p. 383, nr. 1.010, Parijs 1957, et LOUIS JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Parijs 1930, nr. 446, p. 217-218.

³¹ *Arr. Cass.*, 1975, 1105, R.W., 1975-76, 1489.

Artikel 35, lid 2, van het koninklijk besluit van 19 maart 1968 bepaalt, dat een politieagent tot de verplaatsing van een voertuig, dat het verkeer belemmert, mag overgaan op *kosten en risico's van de bestuurder*.

Een weggebruiker had zijn voertuig in strijd met de bepalingen van artikel 33, 6°, van hetzelfde koninklijk besluit (het algemeen verkeersreglement) achtergelaten en de politie, op grond van de bepalingen van het evengenoemd artikel 35, lid 2, had het voertuig doen verplaatsen. De stad Gent had zich burgerlijke partij gesteld ten einde bedoelde weggebruiker of de voor hem burgerlijk aansprakelijke persoon te doen veroordelen tot het terugbetalen van de kosten, voortvloeiende uit deze verplaatsing die door de politie was bevolen. Het arrest overweegt, «dat artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek de dader van een ongeoorloofde handeling ertoe verplicht de gehele door deze handeling veroorzaakte schade te vergoeden, welke zeker is en niet uit de beroving van een onrechtmatig voordeel voortspuit; dat de gemeente die tot opdracht heeft over het verkeer te waken op de op haar grondgebied gelegen straten, plaatsen en openbare wegen ertoe gehouden is ervoor te zorgen dat dit verkeer, ongehinderd zou verlopen; ... dat degene die door een onwettige en ongeoorloofde handeling een belemmering van het verkeer veroorzaakt en er dienvolgens de gemeente toe noopte, ingevolge de op haar rustende verplichting, aan die hinder eventueel een einde te maken, aansprakelijk kan gesteld worden op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, om de aldus door de gemeente opgelopen schade te vergoeden».

Bij deze overwegingen is, naar mijn bescheiden mening, het probleem van het causaal verband over het hoofd gezien, i.h.b. te onderzoeken of tussen het misdrijf — d.w.z. de fout van de weggebruiker — en de schade — d.w.z. de kosten van verplaatsing door de Stad gedragen — eventueel een causaal verband bestond. Deze overwegingen houden immers geen rekening met het bestaan van een wettelijk aan de Stad opgelegde verplichting, die de werkelijke oorzaak was geweest van de kosten die door haar werden gedragen. De notitie die aan de tekst van het arrest voorafgaat luidt helemaal terecht: «Deze schade kan voor een gemeente voortvloeien uit een verkeersbelemmering op een openbare plaats of weg ten gevolge van een onrechtmatige handeling.» Dit principe kan gewis niet in twijfel worden getrokken. Maar natuurlijk rijst er een probleem — een probleem van causaal verband — wanneer tussen het misdrijf of de fout van een derde en de ingeroepen «schade» — ten deze, de betaling van de kosten van verplaatsing — een wettelijke verplichting wordt ingelast die de oorzaak van de betaling is geweest.

Het arrest van 6 juni 1939³² volgt, integendeel, wel degelijk de jurisprudentie van het Hof. Dit arrest beslist dat wanneer de Staat gewone of algemene bestuurskosten maakt met het oog op het toezicht en het instandhouden van de door hem beheerde bevaarbare waterwegen, *hij een hem door de wet opgelegde verplichting vervult* en geen schade lijdt in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek. Het arrest preciseert nochtans, dat wanneer echter *bijzondere of buitengewone bestuurskosten* (d.w.z. bestuurskosten die normaal door de wet niet worden opgelegd) veroorzaakt werden door een misdrijf tegen het koninklijk besluit van 15 oktober 1935 houdende algemene verordening betreffende de politie en het bevaren van de door de Staat beheerde waterwegen, *die kosten* dan een schade kunnen uitmaken die op grond van deze bepalingen van het Burgerlijk Wetboek vergoed moet worden.

Ik citeer tenslotte het arrest van 25 oktober 1974³³, dat beslist dat wanneer een brandweerman het slachtoffer is geweest van een dodelijk ongeval bij blussingswerken, de feitenrechter wettelijk oordeelt dat, «zelfs indien de brand veroorzaakt ware geweest door een fout van een derde», er toch geen oorzakelijk verband zou bestaan tussen deze beweerde fout en de dood van de brandweerman ... de enkele oorzaak van de schade bestaande in het *verplichte wettelijke optreden* van de brandweer en de daarmee verbonden gevaren.

We mogen nu, meen ik, besluiten betreffende het geval dat thans aan het Hof is overgelegd.

Uit de vaststellingen van het bestreden arrest die door partijen niet werden gekritiseerd blijkt, dat de stad Antwerpen reglementair of wettelijk verplicht is, wanneer een schip gezonken is en de eigenaar ervan in gebreke blijft het wrak te bergen, zelf het gezonken schip te lichten en de nodige kosten daarvoor te dragen met nochtans de mogelijkheid en het recht deze kosten terug te vorderen tegen bedoelde eigenaar. Deze verplichting van de Stad bestaat, ongeacht de oorzaak van de aanvaring: aanvaring en zinken van een schip te wijten aan overmacht of aan een onbekend gebleven oorzaak, of ook aanvaring en zinking waarvan de oorzaak de fout van een derde of van de eigenaar of van de kapitein van het schip is geweest.

Weliswaar was ten deze de fout van de kapitein of van de eigenaar van het schip «Walter Kay» de oorzaak geweest van de aanvaring waardoor het schip «Adro» zonk, maar ... de uitgaven en de kosten die naderhand door de stad Antwerpen dienden te worden gedragen om het wrak te bergen vinden hun oorzaak niet meer in de fout van deze derde, maar wel in de wettelijke of reglementaire verplichtingen van de Stad om voor de veiligheid in de haven van Antwerpen te zorgen en daartoe de gezonken schepen te bergen.

Er is tussen de fout van de derde — eigenaar of kapitein van het schip «Walter Kay» — en de uitgaven of kosten door de Stad gedragen een tussenschakel getreden, bestaande in een wettelijke of reglementaire verplichting, welke tussenschakel het oorzakelijk verband tussen fout en «schade» heeft doen vervallen.

Derhalve beschikte de stad Antwerpen geenszins over een schuldvordering, op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, tegen de eigenaars van het schip «Walter Kay» en bijgevolg kon er ook geen sprake zijn van een bevoorrechte schuldvordering op bedoeld schip.

Ik concludeer derhalve tot vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 7 april 1976, door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het *middel* afgeleid uit de schending van de artikelen 23, inzonderheid § 1, 4°, van de wet van 21 augustus 1879 houdende boek II, titel I, van het Wetboek van Koophandel, zoals gewijzigd en aangevuld door de wet van 28 november 1928, 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat, om het hoger beroep ongegrond te verklaren en het beroepen vonnis te bevestigen in zoverre het de opname van de schuldvordering van de Stad Antwerpen in het bevoorrechte passief op grond van artikel 23, § 1, 4°, van de Zeewet beveelt, het arrest, na te hebben vastgesteld dat de Stad Antwerpen tot lichting van het gezonken schip is overgegaan op grond van de bij de decreten van 1789 en 1790 aan de gemeentelijke overheden gegeven politionele opdracht, niettemin beslist dat de geprivilegieerde aard van de bergingskosten dient te worden aangenomen omdat zij onder het begrip vallen van «vergoedingen verschuldigd ter zake van aanvaring»,

terwijl, eerste onderdeel, het door artikel 23, § 1, 4°, van de Zeewet bepaalde voorrecht werd ingesteld om reden van de hoedanigheid van de schuldvordering en derhalve niet wordt toegekend aan de schuldvordering van het openbaar bestuur dat geen schade heeft geleden uit de aanvaring doch vergoeding vordert van de bergingskosten waartoe het is overgegaan op grond van zijn politionele verplichtingen (schending van alle in het middel aangeduide wetsbepalingen inzonderheid artikel 23, § 1, 4°, van de wet op de Zee- en Binnenvaart),

tweede onderdeel, de door de Stad Antwerpen gevorderde vergoeding niet het gevolg is van de schade veroorzaakt door de aanvaring maar van de beslissing van het openbaar bestuur zijn politionele verplichting, ten deze het verwijderen

³² Arr. Verbr., 1939, 161.

³³ Arr. Cass., 1975, 265.

van het gezonken schip, uit te voeren (schending van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek) :

Overwegende dat de Stad Antwerpen dan alleen, met toepassing van artikel 23, § 1, 4° van de Zee- en Binnenvaartwet, wettelijk een «bevoorrechte» schuldvordering op het schip «Walter Kay» kon doen gelden zo zij een schuldvordering bezat die tot een dergelijk voorrecht aanleiding kon geven ;

Overwegende dat het arrest beslist dat, vermits de aanvaarding die het zinken van het schip «Adro» tot gevolg heeft gehad haar oorzaak vond in de fout van de kapitein of van de eigenaars van het schip «Walter Kay», de kosten en uitgaven welke de Stad Antwerpen heeft moeten dragen om het gezonken schip te lichten in oorzakelijk verband staan met bedoelde fout, daar «de schade zich, zonder de foutieve daad van de schadeveroorzakers, in concreto, voor de Stad Antwerpen, niet zou hebben voorgedaan» ;

Dat het arrest hieruit afleidt, dat de Stad Antwerpen een schuldvordering tegen de eigenaars van het schip «Walter Kay» bezat om ze te verplichten haar bedoelde kosten terug te betalen ;

Overwegende echter dat, wanneer de overheid, ten deze de Stad Antwerpen, kosten doet alleen om zich te kwijten van haar verplichtingen in verband met waterwegen of havens, zij een door de wet of door een verordening opgelegde verplichting vervult ; dat zij door de loutere vervulling van die verplichting geen schade lijdt die in oorzakelijk verband staat, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, met een eventuele fout begaan door een derde, zoals ten deze een fout die de oorzaak is geweest van het zinken van het schip dat naderhand door de Stad ingevolgt haar «wettelijke» verplichting werd gelicht ;

Dat het middel gegrond is ;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest doch alleen in zoverre het «de opname van de schuldvordering van de Stad Antwerpen in het bevoorrechte passief beveelt» en in zoverre het uitspraak doet over de kosten ;

Beveelt dat van het thans gewezen arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing ;

Houdt de kosten aan en zegt dat erover door de feitenrechter zal worden beslist ;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Gent.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 19 DECEMBER 1978

Voorzitter : ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. Houtekier en De Gryse

Onrechtmatige daad—Schade en schadeloosstelling—Verlies van een niet onrechtmatig voordeel—Overlijden—

Schade van de vrouw die met de getroffene in concubinaat samenleefde.

Bij een verkeersongeval is een getroffene om het leven gekomen. Aan de vrouw die met hem samenwoonde, heeft de strafrechter een schadevergoeding toegekend.

Hoewel in de artt. 1382 en 1383 B.W. is bepaald dat elke daad of nalatigheid van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, degene door wiens schuld de schade is ontstaan verplicht die te vergoeden, kan nochtans alleen zodanige schade grond tot vergoeding opleveren, die het gevolg is van het verlies van een niet onrechtmatig voordeel.

De vaststelling van de rechter, dat de vrouw nog steeds gehuwd was en sinds een tiental jaren met de getroffene samenleefde in concubinaat, zonder echtscheiding te hebben verkregen of gevorderd, om onbekende redenen, sluit noodzakelijk in dat haar betrekkingen met de getroffene in strijd waren met haar verplichtingen uit een bestaand huwelijk en derhalve met wetsbepalingen van openbare orde. De rechter heeft derhalve niet wettig kunnen beslissen dat het verlies van die betrekkingen het verlies van een niet onrechtmatig voordeel uitmaakte en overeenkomstig de bepalingen van de artt. 1382 en 1383 moest worden vergoed.

N.V. G. t/ D. e.a.

Gelet op de bestreden arresten, op 6 oktober 1976 en op 17 november 1977 door het Hof van Beroep te Gent gewezen, alsmede op het arrest van dit Hof van 15 februari 1977 ;

I. Op de voorziening van eiser ;

A. In zoverre zij gericht is tegen de beslissing, bij het arrest van 6 oktober 1976, op de tegen eiser door de verweerders Aimé en André S. ingestelde civielrechtelijke vordering ;

Overwegende dat, nu eiser reeds op 12 oktober 1976 tegen die beslissing cassatieberoep heeft ingesteld, de nieuwe voorziening tegen dezelfde beslissing krachtens artikel 438 van het Wetboek van Strafvordering niet ontvankelijk is ;

B. In zoverre zij gericht is tegen de beslissing, bij beide arresten, op de tegen eiser door verweerster ingestelde civielrechtelijke vordering ;

Over het *middel*, afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 229, 231, 1382 van het Burgerlijk Wetboek, 387 van het Strafwetboek, zoals gewijzigd door de wet van 28 oktober 1974 en 97 van de Grondwet,

doordat de arresten van 6 oktober 1976 en 17 november 1977 eiser veroordelen om aan de burgerlijke partij, thans verweerster, 300.000 frank materiële schadevergoeding te betalen op grond dat eiser opwerpt dat de burgerlijke partij met het slachtoffer in een overspelige concubinaatsverhouding leefde, die geen herstellvordering ten behoeve van de burgerlijke partij kan verantwoorden ; dat echter de laatste tijd het samenwonen van twee mensen zonder huwelijk niet meer als immoreel wordt aangemerkt wanneer dit samenleven met achtung verenigbaar is ; dat de wetgever in bepaalde sociale voorzieningen zelfs de bijzit die in overspel leeft niet uitgesloten heeft ; dat derhalve de vordering tot schadevergoeding in concreto dient te worden onderzocht ; dat ter zake dient te worden vastgesteld dat de burgerlijke partij met haar zoontje gedurende een tiental jaren met het slachtoffer heeft samengewoond, hetgeen wijst op een stabiliteit in de verhouding gepaard gaande met een diepe wederzijdse genegenheid ; dat de wettige echtgenoot van de burgerlijke partij geen klacht wegens overspel heeft ingediend ;

dat de wet van 1 juli 1974 haar zeker de mogelijkheid tot scheiden gegeven zou hebben ; dat de toestand zoals hij zich voordoet op zich zelf niet immoreel is,

terwijl, eerste onderdeel, de burgerlijke partij, die een gehuwde vrouw is, in overspel samenleefde met het slachtoffer ; het belang dat zij had bij het voortduren van deze samenleving met het slachtoffer geen wettig belang was, zodat zij, wegens de verbreking ervan door het overlijden van het slachtoffer, geen recht had op schadevergoeding, noch materieel noch moreel (schending van de artikelen 6, 229, 231, 1382 van het Burgerlijk Wetboek en 387 van het Strafwetboek) ;

tweede onderdeel, het feit dat er een bepaalde mogelijkheid was na echtscheiding deze feitelijke samenleving te regulariseren, geenszins tot gevolg heeft dat het voortduren ervan een wettig belang werd ; de bestreden arresten het voortduren met de regularisatie verwarren (schending van alle vermelde wetsbepalingen) :

Overwegende dat het arrest van 6 oktober 1976 de civielrechtelijke vordering van verweerster principieel gegrond verklaart en een voorschot van 125.000 frank toewijst op de gronden die in het middel zakelijk zijn weergegeven en waaraan het arrest nog toevoegt dat niet wordt tegengesproken dat gedurende een periode van ongeveer tien jaren de burgerlijke partij, thans verweerster, geen enkele betrekking of band meer had met haar echtgenoot en het onecht gezin ook als een geheel was ingeschreven in het ziekenfonds, voorts dat er, «gelet op de afwezigheid van klacht, geen sprake is van een strafbare overspelige verhouding en ten slotte nog dat de vraag waarom verweerster niet van haar man is gescheiden, open blijft» ;

Overwegende dat het arrest van 17 november 1977 aan verweerster een saldo voor morele en materiële schade toewijst onder meer op grond dat, «wanneer van het standpunt uitgegaan wordt dat de vordering van de burgerlijke partij geen steun vindt in een onrechtmatig belang, de hoegrootheid van het geleden nadeel, inzonderheid op het patrimoniaal vlak, bepaald moet worden aan de hand van de gewone principes en maatstaven die het herstel van schade uit onrechtmatige daad beheersen» ; dat het vervolgens het verlies, gelet op de broosheid van de verhouding, begroot als het verlies van een kans ;

Overwegende dat, zo in de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat elke daad of nalatigheid van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, degene door wiens schuld de schade is ontstaan verplicht die te vergoeden, nochtans alleen zodanige schade grond tot vergoeding kan opleveren die het gevolg is van het verlies van een niet onrechtmatig voordeel ;

Overwegende dat het arrest van 6 oktober 1976 vaststelt dat verweerster nog steeds gehuwd was en sinds een tiental jaren met de getroffen samenleefde in concubinaat, zonder echtscheiding te hebben verkregen of gevorderd, om onbekende redenen ; dat deze vaststelling noodzakelijk insluit dat de betrekkingen van verweerster met de getroffen in strijd waren met haar verplichtingen uit een bestaand huwelijk en derhalve met wetsbepalingen van openbare orde ;

Overwegende dat het arrest derhalve niet wettig heeft kunnen beslissen dat het verlies van die betrekkingen het verlies van een niet onrechtmatig voordeel uitmaakte, en dientengevolge overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 1382 en 1383 moest worden vergoed ;

Dat het arrest van 17 november 1977, dat op dezelfde reden is gegrond, dezelfde wetsbepalingen schendt ;

Dat het eerste onderdeel gegrond is ;

II. Op de voorziening van eiseres :

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat eiseres, vrijwillig tussengekomen partij, haar cassatieberoep heeft doen betekenen aan de verweerders, tegen wie het gericht is ;

Dat de voorziening mitsdien niet ontvankelijk is ;

Overwegende evenwel dat, ingevolge de hierna uit te spreken vernietiging op de voorziening van eiser, de door eiseres als verzekeraar onregelmatig of zelfs niet bestreden beslissing in gelijke mate geen bestaansreden meer heeft ;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest van 6 oktober 1976 voor zover het uitspraak doet op de civielrechtelijke vordering van verweerster tegen eiser en over de kosten, alsmede het arrest van 17 november 1977 voor zover het uitspraak doet ten aanzien van eiser ;

Verwerpt de voorziening van eiseres, alsook de voorziening van eiser in zoverre deze gericht is tegen de verweerders sub 1 en 2 ;

Zegt voor recht dat de genoemde arresten ten aanzien van eiseres geen reden van bestaan hebben voor zover zij ten aanzien van eiser vernietigd zijn ;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de voormelde arresten ;

Veroordeelt eiseres in de kosten van haar cassatieberoep ; veroordeelt eiser in de helft en verweerster in de helft van de overige kosten ;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Antwerpen.

NOOT—Zie in dit nummer LODE DE WILDE, «Concubinaat en rechtmatig belang».

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

3e KAMER — 21 DECEMBER 1977

Voorzitter : de h. Slachmuylder

Raadsheren : de hh. Acheroy en Kebers

Openbaar ministerie : de h. Geyskens

Advocaten : mrs. Lambrechts en Coel

Echtscheiding—Op grond van feitelijke scheiding—Bewijs tegen het vermoeden van art. 306 B.W.—Feiten vóór de feitelijke scheiding—Gerechtskosten.

In een vordering tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding mag de schuld van de verweerder (aan de feitelijke scheiding) met het oog op het buiten werking stellen van het vermoeden gevestigd door art. 306 B.W. slechts bewezen worden door het aanbrengen van feiten die de feitelijke scheiding voorafgaan.

Ook als de eiser krachtens art. 306 B.W. vermoed wordt degene te zijn tegen wie de echtscheiding is toegestaan, dient hij niet noodzakelijk tot de gerechtskosten verwezen te wor-

den. De billijkheid, die de grondslag is van art. 1286bis Ger. W., kan eisen dat deze kosten gecompenseerd worden tussen de twee partijen.

Van H. t/ De B.

I. Wat de echtscheiding betreft

Overwegende dat De B. bij verzoekschrift neergelegd op 29 april 1975, de echtscheiding heeft gevorderd op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat met reden de eerste rechter deze rechtsvordering heeft ingewilligd ; dat hij behoorlijk heeft vastgesteld dat de echtgenoten, gehuwd in 1946, afzonderlijke woonplaatsen hebben sedert 30 januari 1950 en dit op ononderbroken wijze ; dat de feitelijke scheiding van partijen aldus meer dan tien jaar had geduurd op het ogenblik van de inleiding van de rechtsvordering ;

Overwegende dat daaraan dient te worden toegevoegd dat de duurzame ontwrichting van het huwelijk — waaruit geen kinderen gesproten zijn — blijkt uit de lange duur van de scheiding, uit de absolute onmogelijkheid om verzoening en uit het feit dat reeds driemaal, in 1949, 1950 en 1954, de vrouw zich tot het gerecht heeft gewend om haar rechten tegen de man te laten beschermen en vrijwaren ;

Overwegende dat de man zich trouwens op het hof verlaat wat betreft de gegrondheid van de vordering tot echtscheiding ;

Overwegende dat de wettelijke voorwaarden ter zake derhalve vervuld zijn om de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar toe te laten ; dat de beslissing van de eerste rechter daaromtrent dient te worden bevestigd, met deze precisering dat de echtscheiding wordt toegelaten op grond van het eerste lid van artikel 232 ;

II. Wat betreft de toepasselijkheid van art. 306 B.W.

Overwegende dat op het verzoek van de eiseres De B. de eerste rechter, overeenkomstig artikel 306 in fine van het Burgerlijk Wetboek, gevonnist heeft dat de feitelijke scheiding tussen partijen te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van Van H. ; dat de rechtbank bijgevolg de kosten van de rechtspleging ten laste van de man heeft gelegd, op grond van artikel 1286bis van het Gerechtelijk Wetboek ;

Overwegende dat het hoger beroep door de man ingesteld onder meer strekt tot de hervorming van deze beschikking ; dat hij beweert dat de tegenpartij het wettelijke vermoeden niet weerlegt dat zij, als «eisende echtgenoot», geacht wordt schuld te hebben aan de feitelijke scheiding en dat zij daarvan de gevolgen dient te dragen, met name wat betreft de kosten van het geding en de gebeurlijke uitkering na echtscheiding ;

Overwegende dat de vrouw staande houdt dat de feitelijke scheiding veroorzaakt werd door het «wangedrag» van de man, meer bepaald door het feit dat hij aan zijn echtgenote «geen geld afgaf voor huishouding, brasprijen hield met andere vrouwen en zich aan de drank overgaf» ;

Overwegende dat zij betoogt dat deze aantijgingen bewezen zijn door drie beschikkingen gewezen door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven, respectievelijk op 10 augustus 1949, 16 oktober 1950 en 3 september 1954 ;

Overwegende dat de eerste beschikking gegrond is op de artikelen 66, 67 en 68 van de wet van 16 december 1851 op de voorrechten en hypotheek ; dat bij deze beslissing, aan de

vrouw machtiging werd verleend om ten belope van bepaalde sommen inschrijving te vorderen van wettelijke hypotheek op drie onroerende goederen die van de gemeenschap deel uitmaakten ; dat op te merken valt dat de echtgenoten toentertijd nog samenwoonden en dat noch het verzoekschrift van de vrouw tot de voorzitter gericht, noch de beschikking van deze magistraat aanleunt op het toen vigerend artikel 214 j. van het Burgerlijk Wetboek, waarbij in de tussenkomenst van de voorzitter was voorzien ingeval één van de echtgenoten zijn plicht grovelijk verzuimt ;

Overwegende dat uit niets blijkt dat de door de voorzitter op 10 augustus 1949 bevolen maatregelen op fouten of tekortkomingen van de man aanleunen, aangezien artikel 66 en volgende van de hypotheecaire wet toepasselijk zijn wegens alle gronden van verhaal die de vrouw tegen de man kan hebben, onder meer — zoals in casu aangehaald — «tot dekking van al haar rechten als echtgenote gemeen in goederen» ;

Overwegende dat de tweede beschikking van de voorzitter dagtekt van 16 oktober 1950 ; dat in haar verzoekschrift van 10 oktober 1950, de vrouw vermeld had dat zij een geding tot scheiding van tafel en bed tegen haar echtgenoot had aangespannen en dat partijen door beschikking van 3 oktober 1950 naar de rechtbank verwezen waren ; dat het eigenaardig voorkomt dat de vrouw maatregelen heeft gevorderd op grond van het toenmalig artikel 214 j. van het Burgerlijk Wetboek en niet op grond van artikel 268, d.w.z. binnen het raam van de voorlopige maatregelen tijdens de rechtspleging in scheiding van tafel en bed ; dat het hof in de absolute onwetendheid is gelaten nopens de uitslag van deze laatste procedure alsook nopens de grieven van de vrouw ;

Overwegende dat in de beschikking van 16 oktober 1950, de voorzitter aan de man verbod heeft opgelegd zonder de toestemming van de vrouw, gedurende een termijn van zes maanden, zich door de bank van de Société Générale te Leuven de gelden en waarden te doen afgeven die aan de bankinstelling waren toevertrouwd en die hetzij aan de man persoonlijk toebehoren, hetzij van de gemeenschap deel uitmaken ;

Overwegende dat door deze tweede beschikking aldus het bewijs niet wordt geleverd dat de feitelijke scheiding tussen de echtgenoten (die reeds, zoals hierboven onderstreept, op 30 januari 1950, d.i. meer dan negen maanden vroeger, plaats had) aan de schuld van de man te wijten is ;

Overwegende inderdaad dat, voor de toepassing van artikel 306 van het Burgerlijk Wetboek, de door de eisende echtgenoot ingeroepen fout de scheiding der partijen noodzakelijkerwijze dient vooraf te gaan (zie J.-L. Renchon, «Les vicissitudes de la législation belge sur le divorce», *Ann. dr. Louvain*, 1976, 85, noot 111) ;

Overwegende dat de derde beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven, gewezen op 3 september 1954, evenmin het bewijs inhoudt van de door de vrouw aangehaalde fouten en tekortkomingen in hoofde van de man, in verband met de ingetreden feitelijke scheiding ; dat de voorzitter inderdaad, in de motivering van zijn beslissing, uitdrukkelijk stelt dat «uit niets blijkt dat verweerder te kort komt in de vervulling van zijn plichten hetzij als echtgenoot, hetzij als beheerder der gemeenschappelijke goederen» ;

Overwegende dat de vrouw aldus in gebreke is te bewijzen dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten of tekortkomingen van de man, met andere woorden dat deze laatste alleen schuld heeft aan het ontstaan van de feitelijke

scheiding ; dat er derhalve ten deze geen aanleiding bestaat tot analogische toepassing van de rechtspraak van het Hof van Cassatie (arresten van 19 juni 1970 en van 19 september 1975) luidens welke, als eenmaal vastgesteld is dat de scheiding uitsluitend aan een echtgenoot te wijten is, de rechter vermag te beslissen dat deze echtgenoot vermoed wordt, tot het bewijs van het tegendeel, schuldig te zijn aan het voortduren van de feitelijke scheiding ;

III. Wat betreft de kosten van de procedure in eerste aanleg

Overwegende dat appellant beweert dat de eerste rechter ten onrechte de kosten te zijnen laste heeft gelegd ; dat hij de toepassing inroept van artikel 1286bis van het Gerechtelijk Wetboek waarbij gesteld wordt dat, in afwijking van artikel 1017, de rechter, in geval van echtscheiding toegestaan op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek, de eisende partij in de kosten kan verwijzen ;

Overwegende dat de rechter derhalve vermag, rekening houdend met alle gegevens eigen aan de zaak, gelijk welke van beide partijen in het geheel of een gedeelte van de kosten te verwijzen ; dat de billijkheid — die ten grondslag aan artikel 1286bis ligt (zie C. De Busschere, «Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding» nr. 228, in G. Baeteman, *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, uitg. Story-Scientia, 1977) — eist dat ter zake de kosten van de rechtspleging in eerste aanleg gecompenseerd worden tussen partijen, en dit ondanks het feit dat de vrouw geacht wordt de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken ; dat het bestreden vonnis in die mate dient te worden hervormd ;

IV. Wat betreft de tegeneis van appellant

Overwegende dat appellant voor de eerste rechter en thans aan het Hof heeft gevraagd dat hem akte wordt verleend dat hij zich het recht voorbehoudt om, na vereffening en deling van de huwgemeenschap, een eis tot uitkering na echtscheiding te vorderen ;

Dat hij de echtgenoot is die, op grond van de artikelen 306 en 301 van het Burgerlijk Wetboek, principieel gerechtigd is om een uitkering na echtscheiding te vorderen ; dat een dergelijke vordering echter noch voor de eerste rechter noch voor de rechter in hoger beroep aanhangig werd gemaakt ;

Overwegende dat slechts akte kan worden verleend van de ter oplossing van het geschil dienende feiten of verklaringen ; dat zulks ter zake niet het geval is ;

Om deze redenen,

Het Hof,

Gehoord ter openbare zitting van 28 november 1977 het eensluidend advies van de heer Geyskens, substituut-procureur-generaal ;

Ontvangt het hoger beroep ;

Bevestigt het bestreden vonnis, met uitzondering van de volgende verbeteringen :

1. Zegt dat het niet bewezen is dat de feitelijke scheiding uitsluitend te wijten is aan de fouten of tekortkomingen van de man, zodat de vrouw geacht dient te worden de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken ;

2. Compenseert de kosten van eerste aanleg ;
Staat de echtscheiding toe, op grond van artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, tussen : (...)
Bepaalt dat de feitelijke scheiding op 30 januari 1950 aanvang heeft genomen ;
Compenseert de kosten van beide aanleggen.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 9 NOVEMBER 1978

Voorzitter : de h. De Groote

Raadsheren : de hh. De Wulf en De Graeve

Advocaten : mrs. Cooreman en Lindfield loco Meunier

Handelspraktijken — Parasitaire mededinging — Overnemen van ideeën, conceptie en presentatie van reclame.

In strijd met art. 54 Handelspraktijkenwet maakt zich aan parasitaire mededinging schuldig de handelaar die, ook al draagt hij er zorg voor geen verwarring te scheppen, profijt haalt uit een door zijn concurrent sinds jaren met hoge kosten gevoerd reclamebeleid, waarvan hij zowel de ideeën als de conceptie en presentatie zonder noemenswaardige wijzigingen overneemt.

N.V. D. België t/ N.V. S.

Gezien de stukken, waaronder de beschikking zoals in kort geding, gewezen door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde op 31 januari 1977, waartegen tijdig en regelmatig hoger beroep werd ingesteld ;

Overwegende dat het geschil betrekking heeft op een door appellante gevoerde publiciteitscampagne m.b.t. tapijten en «moquettes», waarvan bepaalde aspecten stuk voor stuk expressief vertolkt worden door een beeldopname van een op zulk tapijt lopende voet of in beweging zijnde tenen ;

Dat appellante verweten wordt hierbij de sinds 1974 door geïntimeerde — via allerlei massamedia (televisieprojecties, bioscoop) en andere technieken (aanplakkingen, publiciteitsprospectussen, enz.) — identiek op tapijten en moquettes afgestemde publiciteitscampagne slaafs en met dezelfde middelen te hebben nagebootst en zich aldus schuldig te hebben gemaakt aan een daad van oneerlijke mededinging ;

Dat geïntimeerde de stopzetting vorderde van deze volgens haar ongelijks verwarringstichtende publiciteit en deze vordering door de eerste rechter ingewilligd werd ; dat daarentegen de tegenvordering strekkende tot het doen opleggen van een gelijkaardig verbod in hoofde van oorspronkelijke eiseres als ongegrond afgewezen werd ;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat geïntimeerde sinds 1974, met behulp van het agentschap werkelijk een grootscheepse en dure (voor ruim 6.585.000 fr.) publiciteitscampagne gevoerd heeft m.b.t. onder haar handelsnaam aangeprezen tapijten ;

Dat deze publiciteit in al haar facetten zich kenmerkt door een expressief spel van voeten of tenen waardoor een reeks blijkbaar aangename gewaarwordingen hetzij veruiterlijkt worden (cf. foto publiciteitsborden alsmede in de tijdschriften gekleurde publicitaire afbeeldingen) hetzij daaren-

boven in de een of andere hoedanigheid ook nog besproken worden (cf. televisieprojecties) ;

Overwegende weliswaar dat niet bewezen is dat appellante zelf een publiciteitscampagne gevoerd heeft op het T.V.-scherm in Nederland — alwaar inderdaad de N.V. D. Nederland, een van appellante verschillend rechtspersoon, schijnt te zijn opgetreden — derwijze dat deze in haren hoofde door de eerste rechter aanvaarde grief (cf. het in beroepsakte enig ontwikkeld middel), bij ontstentenis van bewijs, niet gegrond voorkomt ; dat tevens de hiermee samenhangende (subsidiar ingestelde) tegenvordering in hoofde van appellante, die zelf geen uitzendingen deed, bij gebrek aan belang en mededinging op dat vlak, niet toelaatbaar is ;

Dat anderzijds echter uit andere stukken blijkt dat zij, ter aanbeveling van de — onder de naam D. — aan het Belgisch publiek voorgestelde tapijten insgelijks haar toevlucht heeft genomen tot het sinds 1974 alleen (behoudens tegenbewijs) door geïntimeerde aangewend procédé dat erin bestaat door een louter suggestief spel van beweeglijke voeten of tenen de kijker of aspirant-koper ervan te overtuigen dat het door hen belopen tapijt aan allerlei eisen van kwaliteit en comfort voldoet ;

Dat appellante nu niet ernstig kan betwisten dat geïntimeerde geruimte tijd vóór haar in allerlei tijdschriften (cf. K. en andere) haar publiciteit m.b.t. de tapijten S. op de hierboven beschreven wijze uitgevoerd heeft ; dat in ieder geval nergens uit blijkt of hoe dan ook bewezen wordt dat de N.V. D. Nederland als de oorspronkelijke ontwerpster hiervan beschouwd dient te worden ;

Dat echter wel vaststaat, te oordelen naar de ten deze (ca. 0,37 op 1,70 meter groot) overgelegde publiciteitsaffiche, dat appellante voluit en in sterk opvallend grote letters steeds haar handelsmerk D. op die affiche heeft aangebracht en hierdoor, de beweringen van geïntimeerde ten spijt, op afdoende wijze verwarring vermeden heeft met de produkten S. ;

Dat anderzijds evenwel appellante, ook al droeg ze er zorg voor geen verwarring te scheppen, onbetwistbaar profijt gehaald heeft uit het door haar concurrente sinds jaren en met hoge kosten gevoerde, vrij origineel publiciteitsbeleid, waarvan ze zowel de ideeën als de conceptie en presentatie zonder noemenswaardige wijzigingen (cf. grotere afbeelding der tenen) overgenomen heeft ;

Dat ze als zodanig ten nadele van geïntimeerde (cf. motiveering dagvaardingsakte van 6.12.76), in strijd met de eerlijke handelsgebruiken waarvan artikel 54 WHP de naleving waarborgt, zich schuldig heeft gemaakt aan parasitaire mededinging.

Om die redenen,

Het Hof,

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar, doch grotendeels ongegrond ; bevestigt derhalve, zij het ook op andere rechtsgronden en met dien verstande dat de tegenvordering niet toelaatbaar verklaard wordt, de bestreden beschikking behoudens waar het verbod betrekking heeft op de in Nederland uitgezonden televisieprojecties ; veroordeelt appellante in de kosten van hoger beroep.

NOOT—Parasitaire mededinging en artikel 54 Wet Handelspraktijken

1. In bovenstaand arrest wordt het zonder noemenswaardige wijzigingen overnemen van de ideeën, de conceptie en de presentatie

van een publiciteitscampagne (onder meer gevoerd door middel van affiches en T.V.-reclamespots) als een daad van parasitaire mededinging aangemerkt. Het hof wijst er tevens op dat de omstandigheid dat de plagierende handelaar er zorg voor droeg geen verwarring te stichten, de inbreuk op art. 54 Wet Handelspraktijken (hierna WHP) niet wegneemt.

Op een zeldzame uitzondering na (Voorz. Kh. Kortrijk, 5 mei 1977, B.R.H., 1978, 578-582) wordt het slaafs nabootsen niet op zichzelf als een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad beschouwd. De onrechtmatigheid wordt meestal gesitueerd in bijkomende omstandigheden. Verwarringstichting is daar één van (Voorz. Kh. Antwerpen, 11 januari 1973, R.W., 1972-73, 1200 ; Hof Gent, 2 december 1977, B.R.H., 1978, 568-570, Ing.-Cons., 1978, 114-116 ; Voorz. Kh. Turnhout, 20 januari 1978, B.R.H., 1978, 573-578, Ing.-Cons., 1978, 305-310 ; Voorz. Kh. Brussel, 5 mei 1978, B.R.H., 1978, 588-596).

Ook zonder verwarringstichting kan slaafse namaak een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad zijn, die door een stakingsbevel kan worden getroffen wanneer de beroepsbelangen van een of meer handelaars erdoor geschaad worden of geschaad kunnen worden. Sommige auteurs hebben hiervoor een aparte categorie van onrechtmatige mededinging uitgedacht : de parasitaire mededinging. G. SCHRICKER en B. FRANCO hebben de parasitaire mededinging omschreven als de handeling waarbij men de faam van een concurrent uitbuit zonder verwarring te stichten en zonder diens verdiensten omlaag te halen (G. SCHRICKER en B. FRANCO, *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la C.E.E.*, t. II/1 Belgique, nr. 299. Deze omschrijving wordt overgenomen door J. STUYCK, m.m.v. L. DEMEYERE en F. POTVIEGHE, «Overzicht van rechtspraak — Wet Handelspraktijken», *Jura Falconis*, 1975-76, nr. 104, p. 567). Deze omschrijving is nog niet volledig ingeburgerd omdat meerdere voorzitters de term parasiteren blijven gebruiken voor inbreuken op de WHP, waarbij wel verwarring werd gesticht (aldus bijvoorbeeld Voorz. Kh. Turnhout, 20 januari 1978, B.R.H., 1978, 577 ; Voorz. Kh. Brussel, 5 mei 1978, B.R.H., 1978, 593).

Nu de onrechtmatigheid in gevallen van parasitaire mededinging niet in het stichten van verwarring kan liggen, moest zij in andere bijkomende gedragingen worden gesitueerd. Meestal vindt men de overweging dat de nabootser profijt haalde uit de investeringen of het succes van zijn concurrent (men vindt verwijzingen, ook naar niet gepubliceerde vonnissen, in het rechtspraakoverzicht van J. EVRARD en T. VAN INNIS, *J.T.*, 1978, 38, nr. 75 ; aan te vullen met Voorz. Kh. Turnhout, 20 januari 1978, B.R.H., 1978, 577). In het geannoteerde arrest vindt men de overweging dat de geplagiede reclamecampagne de vrucht was van grootscheepse en kostelijke investeringen. Het zonder noemenswaardige wijzigingen overnemen van deze publiciteit werd als onrechtmatig veroordeeld.

Het komt ons voor dat de stap naar het aanvaarden van namaking «an sich» als een oneerlijke concurrentiedaad vanuit deze laatste theorie niet erg groot is. Namaken alleen als onrechtmatig beschouwen wanneer datgene wat nagemaakt wordt aan de benadeelde ondernemer «veel gekost» heeft, druist in tegen het rechtsgevoel. Of beschermt het recht inzake oneerlijke mededinging alleen de voldoende kapitaalcrachtige handelaar ? De bijkomende omstandigheden blijven dan alleen liggen in de uitbuiting van het succes van de concurrent. Maar kan men zich de nabootsing inbeelden van niet goed in de markt liggende produkten of van publiciteitscampagnes die bij het publiek slecht zijn overgekomen ?

Men zou natuurlijk kunnen argumenteren dat niets zich verzet tegen het beschouwen van slaafse namaak als een daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. Men moet in de concurrentie vechten met eigen wapens. Een handelaar moet zich op basis van eigen verdiensten een gunstige concurrentiepositie opbouwen. Men mag niet oogsten waar men niet gezaaid heeft. Als enige ontsnapingsweg zou men kunnen voorzien dat de plagierende handelaar een noodzaak voor de namaking kan aangeven. Daarbij moet dan eerder gedacht worden aan minder krasse vormen van parasitaire mededinging zoals het aanleunen. *De lege lata* zou hier een toenadering mogelijk zijn tussen de interpretatie van art. 54 WHP en de tekst van art. 20, 2°, WHP over vergelijkende reclame. Ook daar vormt de «noodzaak» een ontsnapingsweg uit het verbod.

Aan de andere kant benadert men op die wijze steeds meer het beschermingsstatuut van intellectuele eigendomsrechten. Nu meestal aanvaard wordt dat intellectuele creaties die niet aan de materiële voorwaarden voldoen om onder het specifiek beschermingsstatuut te komen, wel bescherming kunnen krijgen via de WHP, kan dan ook niet genoeg nadruk gelegd worden op het in art. 54 WHP vervatte vereiste van concurrentieschade. In het geannoteerde arrest heeft het Hof te Gent zich daaromtrent alvast geen zorgen gemaakt. De over-

weging dat de firma S. door het optreden van D. in haar concurrentiepositie geschaad werd, kan men nergens aantreffen. Het lijkt ons dan ook niet overbodig in dit verband te waarschuwen voor een evolutie die uiteindelijk aan minder verdienstelijke intellectuele creaties een even gunstige bescherming zou toekennen.

2. Hoe dan ook is het voor een zindelijke wetsinterpretatie nuttig het parasiteren te onderscheiden van het verwarring stichten. In geval van slaafse namaak is verwarring geen noodzakelijk bestanddeel van parasitaire mededinging onder art. 54 WHP. Wel is de verwarring (zoals trouwens ook het afbreken) een voor de toepassing van de WHP nuttig criterium wanneer het parasiteren door middel van publiciteit gebeurt. Verwarringstichtende reclame valt onder art. 20, 3°, WHP; art. 20, 2°, WHP verbiedt afbrekende en vergelijkende reclame. Wie deze artikelen inroept moet, in tegenstelling met de voor de toepassing van art. 54 WHP gestelde vereisten, niet meer aantonen dat hij in zijn beroepsbelangen geschaad werd. Het betreft hier immers *per se* verboden (H. SWENNEN en I. VEROUGSTRATE, «Kroniek van Belgisch economisch recht 1976», S.E.W., 1977, 690). Nu in casu de gewraakte publiciteit noch verwarringstichtend, noch afbrekend was, diende de eis evenwel te steunen op art. 54 WHP.

3. Voor intellectuele eigendomsrechten bestaan specifieke beschermingsstatuten. Het namaken kan daar worden verboden zonder dat het moet gaan om parasitaire mededinging in de zin van art. 54 WHP. De voorwaarden om onder dit gunstig beschermingsstatuut te komen hebben evenwel hun weerslag op de hanteerbaarheid van de algemene norm («reflexwerking»: zie daarover mijn bijdrage in dit volgend nummer).

In de geannoteerde zaak hadden de verweerders de onbevoegdheid van de voorzitter op twee gronden kunnen argumenteren. Enerzijds op grond van de auteurswet. Het nabootsen van de reclamecampagne door D. België vormt een inbreuk op de auteursrechten van de ontwerper, of van de N.V. S., voor zover ze door de ontwerper aan de opdrachtgever werden afgestaan. Slechts voor zover de publiciteitscampagne niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, kan de vordering tot staken ingesteld worden.

Wanneer de inbreuk op de auteurswet tegelijkertijd een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad is (eigenlijke samenloop), sluit art. 56 WHP de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot staken uit. Hieraan moet meteen worden toegevoegd dat ideeën en methodes niet door het auteursrecht worden beschermd. De conceptie van de publiciteit is niet op zichzelf beschermd. Auteursrechtelijke bescherming kan alleen gegeven worden aan de concrete uitwerking, aan de affiche. Is onder art. 54 WHP het beschermen van ideeën en methodes wel mogelijk? Het Hof te Gent schijnt dit te doen en opent daarmee merkwaardige perspectieven. Zou men als voorwerp van een vordering tot staken kunnen vragen dat de N.V. D. zou ophouden de ideeën van de N.V. S. nopens reclamevoeren te gebruiken? In de praktijk zou dit tot een zelfde resultaat leiden als een stakingsbevel gericht tegen de reclamecampagne zelf. Door zijn stakingsbevel op de publiciteit zelf te richten miskende de voorzitter te Dendermonde alleszins art. 56 WHP. Dat de geplagierde publiciteit voldoende origineel was om auteursrechtelijke bescherming te krijgen kan o.i. moeilijk betwijfeld worden.

Daarnaast had men kunnen argumenteren dat de zich op een tapijt behaaglijk voelende voet als beeldmerk had kunnen worden gedeponeerd. Nu dit niet gebeurde, sluit art. 12 van de Eenvormige Beneluxwet inzake de warenmerken (hierna: BMW) elke bescherming die behoort tot het merkenrechtelijk beschermingsmodel uit. De voorzitter kan deze tweede grond van onbevoegdheid ambtshalve inroepen. Aanvaardt men de deponeerbaarheid als beeldmerk, dan is ook meteen elke mogelijkheid tot bescherming via de auteurswet uitgesloten. Het richten van het stakingsbevel op het plagieren van ideeën kan dan evenmin uitkomst bieden. Besloten moet dus worden dat de vordering al te vlug werd toegewezen.

4. Het arrest biedt daarnaast de gelegenheid nog op een ander aspect van het gunstigere merkbeschermingsmodel te wijzen. Ook de geografische reikwijdte van de verleende bescherming verschilt. In het geannoteerde arrest werd het stakingsbevel slechts bevestigd voor zover het geen betrekking had op de in Nederland uitgezonden televisieprojecties. Onder de WHP kon dat ook niet anders. De bescherming van de BMW strekt zich daarentegen uit over het hele grondgebied van de drie lid-staten. Vanuit merkenrechtelijk oogpunt is de hele Benelux één en hetzelfde territorium (vgl. de beslissing van de President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage van 3 november 1971, B.I.E., 1972, 123 e.v., waarbij aan de niet-merkhouders verbod werd opgelegd chocoladetabletten in dozen waarop

een in blauw en wit uitgevoerde Hollandse tegel was afgebeeld in de handel te brengen binnen de hele Benelux).

Roger Van den Bergh
Assistent U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 7 DECEMBER 1978

Voorzitter : de h. De Groote

Raadsheren : de hh. De Smet et Dinneweth

Advocaten : mrs. Kickx, Reynders en Vanden Broecke

Verzekering—Verzwijging—Levensverzekering—
Vroegere ziekten.

Nietig is de levensverzekeringsovereenkomst die gesloten werd door een persoon die achteraf zelfmoord heeft gepleegd, als blijkt dat hij verzuimd heeft in het voorafgaand verslag van geneeskundig onderzoek de verzekeraar ervan in kennis te stellen dat hij zich reeds een drietal jaren door een psychiater had laten verzorgen voor een toestand van depressie, en overigens niet betwist wordt dat zijn ziekte van die aard was dat de verzekeraar, had hij er kennis van gekregen, niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd.

Onderlinge levensverzekeringsvennootschap D. t/ D.

Het hoger beroep dat de Belgische onderlinge levensverzekeringsvennootschap «Nationale onderlinge Leven» ingesteld heeft tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 8 november 1976, is tijdig en regelmatig naar de vorm.

1. Raphaël H. sloot op 8 februari 1974 een levensverzekeringsovereenkomst af met appellante, op grond van door hem gedane verklaringen in het toetredingsbulletin van 15 november 1973.

Volgens art. 3/a van de algemene voorwaarden van die overeenkomst zijn uit de waarborg gesloten : «het overlijden van de verzekerde ten gevolge van bewuste zelfmoord binnen een tijdspanne van twee jaar te rekenen van de aanvangsdatum van de polis of van het terug in werking stellen van de verzekering. In dit geval betaalt de Maatschappij de theoretische afkoop berekend op de dag van het overlijden». Een bijzondere voorwaarde bepaalt dat het gewaarborgd kapitaal (400.000 fr.), bij overlijden van de verzekerde in de loop van het contract, onmiddellijk zal worden uitbetaald aan zijn echtgenote Rita D.

Raphaël H. is op 19 augustus 1974 overleden ten gevolge van zelfmoord. Zijn weduwe vorderde betaling van het gewaarborgd kapitaal. De eerste rechter heeft deze vordering ingewilligd.

2. Appellante doet gelden dat het ter zake gaat om een bewuste zelfmoord zodat de vordering, met toepassing van voormeld art. 3/a van de algemene voorwaarden, ongegrond is; bovendien stelt zij, dat de verzekeringsovereenkomst nietig is wegens het feit dat de verzekeringsnemer te kort gekomen is aan de op hem rustende mededelingsplicht. In verband met dit laatste ingeroepen middel bepaalt artikel 9 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen in het algemeen : «Elke verzwijging, elke valse verklaring door de

verzekerde gedaan zelfs zonder kwade trouw, wanneer zij de waardering van het risico verminderen of het voorwerp ervan wijzigen, derwijze dat de verzekeraar, had hij er kennis van gedragen, niet op dezelfde voorwaarden zou gecontracteerd hebben, maken de verzekering nietig.»

De term «verzwijging» omvat zowel het verzuim dat gewild is als dat wat niet gewild is; op de verzekeringsnemer rust de verplichting aan de verzekeraar een nauwkeurige kennis te geven van een omstandigheid waarvan de verzekeraar wettig onwetend is en die de waardering van het risico kan verzwaren. De tekortkoming aan die verplichting maakt een verzwijging uit, zelfs wanneer de verzekeringsnemer te goeder trouw doch ten onrechte meent dat hij niet gehouden is die omstandigheid te vermelden en zelfs wanneer de omstandigheid hem onbekend is, terwijl hij ze diende te kennen.

De verzekeraar is er niet toe gehouden, de juistheid van de bestanddelen van het risico na te gaan (Cass., 17 mei 1978, R.W., 1978-79, 617).

De onoverwinnelijke dwaling bij de verzekeringsnemer is een beletsel voor de toepassing van de nietigheidssanctie (Cass., 20 april 1978, J.T., 1978, 578).

3. Ter zake nu is gebleken :

— dat Raphaël H., geboren op 16 december 1943, hoofd-treinwachter bij de N.M.B.S., in een «verslag van geneeskundig onderzoek, zijn handtekening geplaatst heeft onder het vak «A/verklaringen van de te verzekeren persoon» en aldus bevestigd heeft dat de door hem gedane verklaringen «juist en zonder verzwijging zijn».

— dat in dat verslag op twee gestelde vragen geen antwoord werd gegeven, nl. op de vragen «Hebt U vroeger aan een of andere ziekte geleden?» en «Beschouwt U zich als zijnde in goede gezondheid?»;

— dat Raphaël H. reeds sinds een drietal jaren vóór zijn overlijden ziekelijk was «in het hoofd» en zich o.m. liet verzorgen door een neuropsychiater (dr. M. en dr. V.). Dr. V. vermeldt in zijn attest van 7.9.1974 dat betrokkene bij hem in behandeling was wegens depressietoestand, en in zijn attest van 9.11.1974 verduidelijkt hij «dat genaamde Rafaël H. lijdend was aan melancholie». Van die behandeling heeft Raphaël H. geen kennis gegeven aan appellante. Waar het niet bewezen is dat Raphaël H. zich schuldig gemaakt heeft aan het afleggen van een valse verklaring, staat het daarentegen door de hierboven vermelde gegevens vast dat hij, al dan niet gewild, nagelaten heeft appellante vóór het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst in te lichten over het feit dat hij zich, al zij het misschien op enigszins ver van elkaar verwijderde tijdstippen, had laten verzorgen door een neuropsychiater, en dus lijdend was geweest aan een of andere aandoening of ziekte, ook al kende hij er de precieze aard en draagwijdte niet van. Dat er hem in dit verband, geen specifieke vragen gesteld werden, neemt niet weg, dat hij er zelf toe gehouden was, daarvan spontaan kennis te geven aan de verzekeraar; in elk geval kan de wijze van formulering van de in het «verslag van geneeskundig onderzoek» onder littera A gestelde vragen, of het feit dat de huisarts dr. Van D., geen gewag maakt van alsdan bestaande psychische stoornissen, niet ingeroepen worden als een bron van onoverwinnelijke dwaling.

Raphaël H. wist, dat hij zich herhaalde malen door een psychiater had laten verzorgen, en had daarvan kennis moeten geven aan appellante, ten einde deze in staat te stellen over te gaan tot een zorgvuldiger waardering van het risico. Nu het niet betwist is, dat de aandoening of ziekte, waarvoor Raphaël H. behandeld was geweest, van aard was de waar-

dering van het risico te vermeerderen derwijze dat appellante, had zij er kennis van gekregen, niet op dezelfde voorwaarden gecontracteerd zou hebben, dient de litigieuze levensverzekeringsovereenkomst, in de gegeven omstandigheden, als nietig beschouwd te worden.

Derhalve is de vordering van geïntimeerde ongegrond.

Er kan niet gestatueerd worden over de toepassing van art. 10 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen in het algemeen, daar ter zake niemand optreedt als rechthebbende van Raphaël H.

Om die redenen,

Het Hof,

Ontvangt het hoger beroep en verklaart het gegrond. Doet het vonnis a quo te niet in al zijn beschikkingen en opnieuw wijzende, stelt vast dat de levensverzekeringsovereenkomst afgesloten tussen Raphaël H. en appellante nietig is. Wijst de vordering van geïntimeerde af als ongegrond. Veroordeelt geïntimeerde tot alle kosten van beide instanties.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER — 17 JANUARI 1978

Voorzitter : de h. Loos

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Jacobs en Vandebeek
Substituut-generaal : de h. Van Nuffel

Advocaten : mrs. Carlier loco Warnants en Vandeuren.

Arbeidsovereenkomst—Bedienden—Verjaring—Civielrechtelijke vordering ex delicto—Vijfjarige verjaring.

De partij aan wie op grond van een overeenkomst of van een wettelijke bepaling een som verschuldigd is en die over geen uitvoerbare titel beschikt om haar schuldenaar tot betaling te dwingen, heeft, wanneer de niet-betaling een constitutief element van een misdrijf uitmaakt, de keuze om haar vordering in te stellen hetzij op grond van de contractuele aansprakelijkheid, hetzij op basis van de delictuele aansprakelijkheid.

De uit een wanbedrijf voortspruitende civielrechtelijke vordering verjaart door verloop van vijf jaren, te rekenen van de dag waarop het misdrijf gepleegd is.

Het niet-betalen van loon of vakantiegeld is een misdrijf. De daaruit voortspruitende civielrechtelijke vordering verjaart derhalve na vijf jaar. Niet relevant is of al dan niet een strafrechtelijk onderzoek werd ingesteld en een veroordeling uitgesproken werd.

B. t/ P.V.B.A. C.

Daar uit de gegevens van de zaak bleek dat de arbeidsrelatie door appellante op 12 juli 1974 verbroken werd, heeft de eerste rechter, op verzoek van geïntimeerde, de vordering niet ontvankelijk verklaard wegens verjaring met toepassing van artikel 34 van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract.

Appellant ziet daarentegen de aan de werkgever ten laste gelegde feiten als een strafbare overtreding van de sociale

wetten, kwalificeerde in zijn conclusies van 16 juli 1976 zijn eis als een uit een misdrijf voortvloeiende civielrechtelijke vordering en beroept zich op de vijfjarige verjaringstermijn, verwijzend naar artikel 26 van de wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

Het niet-betalen van de bedragen die door appellant gevorderd worden, is strafbaar gesteld door de volgende wettelijke bepalingen: artikel 56, 1, van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités; artikel 54 van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers gecoördineerd op 28 juni 1971; artikel 53, 3°, van de Arbeidswet van 16 maart 1971; artikel 42, 1°, van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers.

De partij aan wie op grond van een overeenkomst of van een wettelijke bepaling een som verschuldigd is en die over geen uitvoerbare titel beschikt om haar schuldenaar tot betaling te dwingen, heeft, wanneer de niet-betaling een constitutioneel element van een misdrijf uitmaakt, de keuze om haar vordering in te stellen hetzij op grond van de contractuele verantwoordelijkheid, hetzij op basis van de delictuele verantwoordelijkheid (Cass., 26 januari 1970, *Pas.*, 1970, 444; Cass., 13 januari 1969, *Pas.*, 1969, 442).

Van dit keuzerecht heeft appellant op geldige wijze gebruik gemaakt door in zijn conclusies van 28 april 1976 en 16 juli 1976, met toepassing van artikel 807 Gerechtelijk Wetboek, zijn vordering op geldige wijze te omschrijven als een uit een misdrijf voortvloeiende civielrechtelijke vordering (Cass., 14 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 669).

Deze keuze heeft tot gevolg dat in casu de verjaringstermijn toepasselijk is die de wetgever aan de uit een misdrijf voortvloeiende civielrechtelijke vordering heeft toebedeeld.

Luidens artikel 26 van de wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, gewijzigd bij de wet van 30 mei 1961, verjaart de uit een misdrijf voortvloeiende civielrechtelijke vordering door verloop van vijf jaren van de dag waarop het misdrijf werd gepleegd. Artikel 28 van dezelfde wet preciseert dat voornoemd artikel van toepassing is in alle door de bijzondere wetten geregelde zaken.

Derhalve stelt het hof vast dat de rechtsvordering van appellant niet verjaart één jaar na de beëindiging van de overeenkomst, maar door verloop van vijf jaren van de dag waarop het misdrijf gepleegd zou zijn (Cass., 14 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 669; M. Houben, *e.l.*, 675).

Daar in casu geen vijf jaar verlopen zijn tussen de data waarop de gevorderde bedragen verschuldigd waren enerzijds en het tijdstip van de dagvaarding en de bovenvermelde door appellant aan de arbeidsrechtbank overgelegde conclusies anderzijds, is de vordering van appellant niet verjaard.

Het feit dat geen strafrechtelijke veroordeling werd uitgesproken en zelfs geen strafrechtelijke vervolging werd ingesteld of onderzoek plaats had, is ter zake van geen belang. De arbeidsgerechten waarvoor een uit een misdrijf voortvloeiende civielrechtelijke vordering aanhangig is, zijn immers bevoegd om het bestaan van een sociaal misdrijf vast te stellen (Cass., 28 januari 1970, impliciet) met als enige beperking de in artikel 4 van de reeds vermelde wet van 17 april 1878 verleende voorrang aan de vóór of tijdens de burgerlijke vordering ingestelde strafvordering en van de daaruit voortvloeiende verplichting tot eerbiediging van het rechterlijk gewijsde van een eventuele strafrechtelijke uitspraak (J.

Matthijs, Het Arbeidsgerecht en de strafvordering wegens misdrijven tegen de sociale wetgeving, nummer 10 e.v.). Van genoemde beperkingen is er in casu geen sprake zodat de bevoegdheid om ten gronde te oordelen niet alleen bestaat doch tevens door niets wordt beperkt.

Dat op het tijdstip van het instellen van de vordering voor alle of bepaalde onderdelen van de vordering de verjaring op penaal gebied reeds bereikt was, is evenmin van enig belang. Bij de wijziging van de wet van 17 april 1878 heeft de wetgever van 30 mei 1961 aan de burgerlijke vordering een eigen verjaringstermijn toebedeeld die, onafhankelijk van het lot der publieke vordering, minimum vijf jaar bedraagt en slechts met laatstgenoemde vordering verbonden blijft voor zover de verjaringstermijn van de publieke vordering meer dan vijf jaar bedraagt. Eisen dat de burgerlijke vordering wordt ingesteld voordat de verjaring van de publieke vordering bereikt is, zou een ontoelaatbare toevoeging aan de tekst van de wet uitmaken (R. Roels, «De la prescription de l'action civile fondée sur la violation d'une disposition légale impérative», *J.T.T.*, 1972, e.v.).

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat het hoger beroep gegrond is.

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUGGE

2e KAMER — 14 OKTOBER 1977

Voorzitter: de h. Ampe

Rechters in sociale zaken: de hh. Chesquière en Van De Calseyde

**Arbeidsvoorziening — Urenkrediet — Eerste cursusjaar —
Geen recht op kredieturen vóór 1 februari.**

De wet van 10 april 1973 kende aanvankelijk geen urenkredieten toe aan werknemers die het eerste cursusjaar volgden.

Het K.B. van 16 september 1974 bepaalde dan dat vanaf 1 september 1974 de werknemers die het eerste jaar onderwijs sociale promotie volgden gerechtigd waren een aantal uren afwezig te zijn.

Art. 2 van dit K.B. stelt dat dit urenkrediet niet gebruikt mag worden vóór 1 februari van het gevolgde cursusjaar, omdat eerst dient bewezen te worden dat de aangevragen studie op ernstige en op regelmatige manier werd ondernomen.

De urenkredieten moeten bijgevolg niet door de werkgever worden toegestaan vóór 1 februari van het gevolgde cursusjaar.

D. t/ R.V.A.

De vordering werd aanhangig gemaakt naar aanleiding van de beslissing van de directeur van het gewestelijk bureau van verweerder van Brugge van 19 november 1976 waarbij eiseres met toepassing van de artikelen 134, 135, 139 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en de werkloosheid niet tot de werkloosheidsuitkeringen werd toegelaten gedurende een periode van 8 weken ingaande op 22 november 1976.

Deze beslissing steunt op volgende overwegingen :

— dat zij, op 3 oktober 1976 om billijke redenen ingevolge haar houding in de zin van artikel 134 van voormeld koninklijk besluit van 20 december 1963, van haar werk als haarkapster bij coiffure F. te Knokke ontslagen werd ;

— dat zij ontslagen werd omdat zij de zaterdag niet kon werken ; dat zij op die dag D-cursus volgt van haarkappen ; dat zij verklaart gebruik gemaakt te hebben van de wet op de kredieturen, dit evenwel zonder toestemming van de werkgever ; dat het een eerstejaarsleergang betreft in een cursus die over drie jaar loopt ; dat als eerstejaarsleerlinge zij voor 1 februari 1977 geen aanspraak kan maken op kredieturen. Oorspronkelijk vermeldde de werkgever op het formulier C 4 van 4 oktober 1976 «werkgebrek» als reden van het ontslag ; naderhand zag de werkgever zijn vergissing in en verklaarde op 26 oktober 1976 dat hij haar in feite had afgedankt omdat ze de zaterdag weigerde te werken (stuk 6). In zijn schrijven van 27 oktober 1976 (stuk 7) gericht aan verweerder wijst de werkgever erop dat eiseres overigens gedurende haar opzegperiode 4 dagen onwettig afwezig was.

Eiseres wettigde deze afwezigheden door het feit dat ze lessen zou volgen gebruik makend van de wet op de kredieturen.

Deze wet van 10 april 1973 voorzag aanvankelijk geen kredieturen voor werknemers die het eerste cursusjaar wensten te volgen.

Eerst door het koninklijk besluit van 16 september 1974 (B.S. 18 september 1974 werden vanaf 1 september 1974 de werknemers die het eerste jaar onderwijs sociale promotie volgden, gerechtigd afwezig te zijn op het werk gedurende een aantal uren dat overeenstemt met een vierde van het aantal lesuren dat het gevolgde cursusjaar omvat in het onderwijs voor sociale promotie of in elk onderwijs waarop de wet op de kredieturen bij verruiming toepasselijk werd gemaakt.

Artikel 2 van voornoemd koninklijk besluit bepaalt dat de kredieturen niet mogen worden gebruikt vóór 1 februari van het gevolgde cursusjaar.

Deze eerstejaarscursisten dienen immers te bewijzen, net zoals de leerlingen die reeds een of meer jaren met vrucht gevolgd hebben, dat de aangevangen studie op ernstige wijze en op regelmatige manier ondernomen werd. Daarom kunnen zij pas aanspraak maken op kredieturen (dit zijn de uren waarop de werknemer met behoud van zijn normaal loon, het recht heeft afwezig te zijn om de volgens de wet toegelaten cursussen te volgen (art. 3 wet 10 april 1973) na het indienen bij hun werkgever van het door de onderwijsinstelling af te leveren getuigschrift van regelmatige aanwezigheid gedurende het eerste schoolkwartaal.

Hoewel eiseres aanvoert dat niet gevraagd wordt om het eerste kwartaal kredieturen te genieten, maar alleen te mogen afwezig zijn gedurende de lesuren zonder dat loon betaald wordt, kan de afwezigheid van eiseres toch niet geacht worden gerechtigd te zijn.

Het afwezig blijven gedurende de periode van het schooljaar vóór 1 februari, is «in de huidige stand van de wetgeving» niet verplicht toe te staan door de werkgever.

De werknemster die wil tijdens het eerste cursusjaar vóór 1 februari afwezig blijven moet ofwel het akkoord hebben vooraf van de werkgever, of bij niet akkoord ofwel geen cursus volgen ofwel niet verder werken.

Eiseres bewijst niet dat zij het voorafgaand akkoord had van de werkgever ; integendeel, omdat ze haar wil wilde

doordrijven, werd ze afgedankt. Zij verklaarde daarenboven aan de arbeidsbemiddelaar geen werk te zullen aanvaarden op zaterdag, zodat zij zich dus ook gedeeltelijk onbeschikbaar stelde voor de arbeidsmarkt.

Eiseres werd dus afgedankt ingevolge billijke redenen.

(...)

EUROPEES RECHT

Overzicht van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Zaak 14/78 — Denkvit/Commissie — 5 december 1978 — *Schadevordering*

Verzoeker vordert op grond van artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag :

1) vast te stellen dat de Commissie haar verdragsverplichtingen niet is nagekomen, daar zij heeft nagelaten jegens Italië een maatregel te nemen tot afschaffing van de spoedcirculaire van 7 september 1976, waarbij de Italiaanse autoriteiten een maximumgehalte hebben vastgesteld aan nitraten voor bepaalde diervoeders en de verkoop en import hebben verboden van diervoeders die niet aan deze voorwaarde voldeden.

2) de Commissie op te dragen zodanige maatregel met spoed te nemen en

3) de Commissie te veroordelen tot betaling aan verzoeksters van nader te bepalen bedragen ter vergoeding van de schade die zij hebben geleden tengevolge van het nalaten van de Commissie tijdig in bedoelde zin te handelen, met verwijzing van de Commissie in de kosten van het geding.

De Commissie besloot op 30 mei 1978 op grond van 's Raads richtlijn nr. 74/63 van 17 december 1963, tot vaststelling van maximumgehalten aan ongewenste stoffen en producten in diervoeders, dat er geen aanleiding was om maximumgehalten voor de in diervoeders aanwezige nitraten vast te stellen en droeg Italië op de litigieuze spoedcirculaire in te trekken.

Bijna 21 maanden zijn verstreken tussen de datum van de Italiaanse maatregel (7 september 1976) en de datum waarop de Commissie heeft besloten de betrokken regering op te dragen de maatregel in te trekken (30 mei 1978). Daar de litigieuze maatregel een belemmering vormde voor de handel tussen Lid-Staten, moet derhalve worden onderzocht of de Commissie door een onrechtmatige gedraging niet heeft bijgedragen tot het ongerechtvaardigd in stand houden van deze belemmeringen, en daardoor aansprakelijk is voor de gevolgen daarvan.

Volgens artikel 5 van richtlijn nr. 74/63 wordt, indien een Lid-Staat een voorlopige maatregel neemt die een belemmering vormt voor het vrije verkeer van goederen, en daartoe met name aanvoert dat de aanwezigheid van stoffen of producten die hij ongewenst acht en waarvan het toelaatbare gehalte nog niet in een richtlijn is geregeld, gevaar oplevert voor de gezondheid van mens of dier, «onverwijld besloten» of de bijlage van deze richtlijn al dan niet dient te worden gewijzigd of aangevuld.

In afwachting daarvan kan de Lid-Staat voorlopig de ingevoerde maatregelen handhaven. Richtlijn nr. 74/63 bepaalt dat over het besluit inzake bedoelde stof vooraf advies moet worden uitgebracht door het Permanent comité voor veevoeders.

Dit Permanent comité werd op 7 september 1976 om advies gevraagd en het besloot in zijn eerste vergadering dat het vraagstuk van de eventuele schadelijkheid van nitraten in diervoeders moest worden voorgelegd aan een in te stellen wetenschappelijk comité voor diervoeding. Nadat dit comité in de jaren 1976-1978 negen keer bijeen gekomen is, stelde de Commissie eerst op 30 mei 1978 een

beschikking vast in overeenstemming met het advies van het Permanent comité en het wetenschappelijk comité.

Onder deze omstandigheden kan de Commissie niet worden verweten dat zij heeft gewacht totdat zij volledig was ingelicht alvorens in een zo ingewikkelde materie een besluit te nemen. De zekerheid in de Gemeenschap dat de gemeenschapsinstellingen er nauwlettend op toezien dat het vrije verkeer van goederen geen schadelijke gevolgen kan hebben voor de gezondheid van mens of dier kan dit vrije verkeer bevorderen. De gedragswijze van de Commissie brengt harerzijds geen aansprakelijkheid mee, zodat het Hof het beroep heeft verworpen met verwijzing van verzoeksters in de kosten.

Zaak 31/78 — Francesco Bussone/Italiaans Ministerie van landbouw — 30 november 1978 — prejudiciële zaak

Naar aanleiding van dit verzoek van de Pretura te Venasca om een prejudiciële beslissing inzake de uitlegging en de geldigheid van EEG-verordeningen houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector eieren, besliste het Hof als volgt :

1. De verordeningen nrs. 1619/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende bepaalde handelsnormen voor eieren, vervangen door verordening nr. 2772/75 van de Raad van 29 oktober 1975, en 95/69 van de Commissie van 17 januari 1969 moeten aldus worden uitgelegd dat de discretionaire bevoegdheid waarover de Lid-Staten krachtens deze verordeningen beschikken, hen machtigt de aanmaak en verdeling van de banderollen en etiketten bij uitsluiting aan de overheid voor te behouden.

2. Indien in de gemeenschapsrechtelijke regeling een bepaling ontbreekt over de wijze van financiering van de kosten van het toezicht, mogen de Lid-Staten de afgifte van de banderollen en etiketten afhankelijk stellen van de betaling van een vergoeding voor dit toezicht.

3. Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of het bedrag van bedoelde vergoeding die wordt gevraagd in de erkende pakstations al dan niet gerechtvaardigd is.

4. Het rechtstreeks toepasselijke karakter van de verordeningen nrs. 1619/68 — vervangen door verordening nr. 2772/75 — en 95/69 wordt niet aangetast door de vaststelling van nationale voorschriften welke in deze verordeningen voor de toepassing daarvan zijn voorgescreven en die beantwoorden aan de doelstellingen daarvan, door verdere voorwaarden te stellen, bijvoorbeeld dat de aanmaak en verdeling van de banderollen en etiketten is voorbehouden aan de overheid en dat hun afgifte afhankelijk is van de betaling van een vergoeding, mits deze in een redelijke verhouding staat tot de kosten van bedoeld controlesysteem.

5. Artikel 7 van het Verdrag houdende verbod van discriminaties op grond van de nationaliteit, slaat niet op een nationale regeling die niet uitgaat van de nationaliteit van de economische subjecten en die slechts ziet naar de plaats waar de economische activiteiten worden verricht.

Zaak 85/78 — Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung te Frankfurt/Jacob Hirsch & Söhne GmbH te Mannheim — 12 december 1978 — Prejudiciële procedure — *gemeenschappelijke ordening der markten in de sector granen*.

Deze zaak betreft een beroep op nietigheid wegens dwaling van een aangevraagd invoercertificaat. De toedracht der feiten was als volgt : op 16 januari 1963 diende de firma Hirsch bij het Duitse interventiebureau een aanvraag in voor een invoercertificaat voor een partij Franse brouwerijgerst ; op het aanvraagformulier was vermeld dat de levering in april van dat zelfde jaar zou plaatsvinden.

Het gebruik van het gevraagde invoercertificaat werd gewaarborgd door middel van een bankgarantie.

Drie weken na de afgifte van het certificaat (17 januari 1963) wendde de firma zich tot het interventiebureau met verzoek om voorfixatie van de heffing tegen het tarief dat gold op de dag van de aanvraag (16 januari) ; zij deelde mee bij het invullen van het aanvraagformulier ter verkrijging van het certificaat de desbetreffende vermelding te hebben vergeten.

Het interventiebureau wees dit verzoek af en de betrokken firma verklaarde bij brief van 5 april 1963 de geldigheid van haar eigen eerste verzoek te betwisten omdat zij had gedwaald bij het indienen daarvan, reden waarom zij vrijgave van de waarborg vorderde.

Het interventiebureau verklaarde de waarborg echter verbeurd toen was vastgesteld dat de invoer waarop de afgegeven vergunning betrekking had, niet binnen de vastgestelde termijn had plaatsgevonden.

In dit geding heeft het Bundesverwaltungsgericht zich tot het Hof gewend met de volgende vragen :

1. Dient de vraag of de nietigheid van een verzoek tot afgifte van een certificaat als bedoeld in artikel 16, lid 1, eerste zin, van verordening nr. 19/62/EEG kan worden ingeroepen en welke gevolgen een dergelijke inroeping heeft, naar nationaal recht te worden beantwoord ?

2. Zo neen, kan dan volgens het gemeenschapsrecht de nietigheid van een dergelijk verzoek wegens dwaling worden ingeroepen, eventueel ook dan, wanneer de dwaling onverschoonbaar is ?

3. Zo ja, welke rechtsgevolgen heeft dan een dergelijke inroeping wat betreft de verbeurde van de waarborg, die de aanvrager ingevolge artikel 16, lid 2, tweede zin, van verordening nr. 19/62/EEG moet stellen, om te garanderen dat de verplichting tot invoer tijdens de geldigheidsduur van het certificaat wordt nageleefd ?

Deze vragen dienen te worden beantwoord in het kader van het stelsel van de verordeningen nrs. 19 en 130 inzake de ordening der markten in de sector granen.

Blijkens deze verordeningen moet bij iedere aanvraag van een invoercertificaat een waarborg worden gesteld ; dat betekent dat de importeur zich bij zijn aanvraag verbindt zich strikt te houden aan de letter van de gevraagde invoervergunning.

Gezien de voortdurende schommelingen van het bedrag van de heffing, zou men, door rekening te houden met dwalingen waarop de handelaren zich beroepen, de importeurs de mogelijkheid bieden om, al naargelang van deze schommelingen, eenzijdig terug te komen op hun verplichtingen, hetgeen elke zekerheid zou ontnemen aan de prognoses die voor een doeltreffend beheer van de gemeenschappelijke graanmarkt onmisbaar zijn.

Het Hof verklaarde naar aanleiding van de gestelde vragen voor recht :

1. De vraag of de nietigheid van een aanvraag om afgifte van een invoercertificaat als bedoeld in artikel 16, lid 1, eerste zin, van 's Raads verordening nr. 19 van 4 april 1962 houdende de geleidelijke totstandkoming van een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector granen, kan worden ingeroepen en welke gevolgen een dergelijke inroeping heeft, moet, gelet op het stelsel voorzien bij bedoelde verordening juncto 's Raads verordening nr. 130 van 23 oktober 1962 houdende afwijking van artikel 17 van verordening nr. 19 met betrekking tot het van tevoren vaststellen van de heffing voor bepaalde producten, naar gemeenschapsrecht worden beantwoord.

2. Gezien het stelsel voorzien bij 's Raads verordeningen nrs. 19 en 130, kan de nietigheid van een aanvraag om afgifte van een invoercertificaat niet worden ingeroepen, door de aanvrager van dat certificaat wegens dwaling in zijn wilsverklaring omtrent de in verordening nr. 130 voorziene keuze tussen de toepassing van de heffing geldende op de dag van de aanvraag en de heffing geldende op de dag van invoer.

Zaak 35/78 Schouten/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten 14 december 1978 — Prejudiciële procedure — *monetaire compenserende bedragen*.

Dit verzoek van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven om een prejudiciële beslissing betreft de geldigheid van verordening (EEG) nr. 1356/76 van de Commissie van 11 juni 1976 inzake de monetaire compenserende bedragen en de differentiële bedragen die moeten worden toegepast op grond van de ontwikkeling van het Ierse pond en het Engelse pond.

Deze vragen zijn gerezen in het kader van een beroep dat een Nederlandse exporteur, verzoeker in het hoofdgeding, heeft ingesteld tegen het besluit van verweerder in het hoofdgeding, het Hoofdproduktschap, volgens hetwelk de door verweerder bij han-

delstransacties met het Verenigd Koninkrijk uit te keren monetaire compenserende bedragen per 14 juni 1976 niet zouden worden gewijzigd op basis van het gemiddelde van de op de wisselmarkt tijdens de periode van 2 tot 8 juni 1976 genoteerde contante wisselkoersen, doch vooralsnog onveranderd zouden blijven.

Verordening nr. 1356/76 bepaalt in artikel 1 dat «in afwijking van het bepaalde ... in artikel 2 van verordening (EEG) nr. 1380/75 de met ingang van 7 juni 1976 geldende elementen voor de berekening van de ... op grond van de ontwikkeling van het Ierse pond en het Engelse pond vastgestelde monetaire compenserende bedragen ook van toepassing blijven voor de periode die begint op 14 juni 1976.»

De geldigheid van deze verordening wordt door verzoeker betwist.

Ten aanzien van de beweerde schending van het beginsel der rechtszekerheid overweegt het Hof dat, al is een exporteur gerechtigd te trachten zich op de door verzoeker beschreven wijze tegen even-

tuele koersveranderingen te wapenen, niettemin moet worden opgemerkt dat het stelsel der monetaire compenserende bedragen niet is ingevoerd om de handelaren een wisselkoersgarantie te bieden of om hen voor elk verlies schadeloos te stellen.

Ten aanzien van de beweerde schending van het beginsel der rechtsgelijkheid kan worden volstaan met de opmerking dat in een geval als het onderhavige, waarin wijziging der compenserende bedragen op basis van de voor een Lid-Staat geldende statistieken economisch niet gerechtvaardigd lijkt te zijn, dit beginsel zich geenszins verzet tegen toepassing op andere Lid-Staten van compenserende bedragen die economisch wel gerechtvaardigd blijken.

Het Hof besliste dat het onderzoek van verordening nr. 1356/76 van de Commissie geen elementen aan het licht heeft gebracht, die de geldigheid ervan zouden kunnen aantasten.

WETGEVING

ENIGE CONSTITUTIONELE VRAGEN BIJ DE WETTEN VAN 4 EN 5 AUGUSTUS 1978*

1. Recent schijnt iedereen, ook op het niveau van regering en parlement, het bestaan van een Grondwet te hebben ervaren, alsmede sommige daaruit voortvloeiende beperkingen ten aanzien van voorgenomen nieuwe wetgeving. Het onfortuinlijke lot van het ontwerp houdende diverse institutionele bepalingen en het daarmee samenhangend regeringsontslag schijnen door bezwaren van ongrondwettigheid gemotiveerd¹. «Schijnen» — omdat de indruk niet was weggewerkt dat ongrondwettigheid ook een aanleiding kon zijn voor andere overwegingen, o.m. van politieke opportuniteit. Immers, het zou — helaas — niet de eerste ongrondwettige wet geweest zijn: vroeger werd bij herhaling al over zulke bezwaren heen gestapt². Natuurlijk zal iedereen inzien dat vroeger begane fouten en vergissingen geen rechtvaardiging kunnen vormen voor nieuwe misstappen. En er is meer: net vóór de grondwettigheidsbezwaren t.a.v. het genoemd wetsontwerp zo principiële werden geuit, waren door de Kamers vrijwel probleemloos de zgn. crisiswetten goedgekeurd. Welnu, deze bevatten een aantal bepalingen (zgn. volmachten) die met ons grondwettig regime en met het parlementair karakter daarvan absoluut niet verenigbaar kunnen worden geacht³.

2. De redenering is bekend: men wil vele en verscheidene aangelegenheden regelen die normaal bij wet behoren te worden geregeld; men wil die aangelegenheden tegelijkertijd regelen (omdat zij samen een politiek compromis vormen); en men wil dit alles *zér* dringend doen. Om dit alles te kunnen verwezenlijken, zo wordt gesteld, kan de gebruikelijke wetgevingsprocedure niet worden gevolgd: voornamelijk is zij te langdurig en garandeert zij niet de samenhang der maatregelen (lees: de stipte uitvoering van het politiek compromis). Dus, zo gaat de redenering verder, is het voldoende aan de Kamers de habilitatie te vragen opdat de Koning (de regering dus) het nodige kan doen.

Wie een dergelijke redenering ontvouwt, neemt een grote bewijslast op zich; bijvoorbeeld zou men moeilijk kunnen aanvaarden dat

bepaalde ingrepen thans dringend worden genoemd, terwijl men maandenlang ter zake weinig of niets heeft ondernomen. Men heeft thans, zoals voorheen, niet de indruk kunnen wegwerken dat zulks inderdaad het geval was⁴.

3. «Gedelegeerde» wetgeving verdient bijzondere aandacht omdat zij ingrijpt in de wezenlijke kenmerken van ons regime, zowel wat de functionering van de staatsorganen betreft, als wat de rechtsbescherming van de burgers aangaat.

De *staatsorganen* functioneren in een wisselwerking tussen parlement en regering; onder de invloed van de vaak verkeerd begrepen notie van de scheiding der machten ziet men deze beide vaak als oppositioneel. In werkelijkheid bestaat een intieme band tussen de regering — die overigens bijna steeds volledig uit parlementsleden bestaat — en haar parlementaire meerderheid; deze band wordt tot stand gebracht in de uit constitutioneel oogpunt bekeken erg onvolmaakte periode van regeringsvorming, en wel in de vorm van een quasi-contractueel regeerakkoord⁵. De politieke partijen van de meerderheid zien op de naleving van deze politieke verbintenissen toe, en vragen of vergen zulks ook van hun parlementsleden.

Alle maatregelen die wettelijk zijn naar hun aard — dit zijn de in de Grondwet aan de wetgever voorbehouden aangelegenheden alsmede de in de Grondwet niet aan andere instanties toegewezen algemene materies — behoren tot stand te komen via de parlementaire procedure. Immers, wij hebben een representatief regime waarin bij de Kamers het zwaartepunt der legislatieve activiteit ligt, en ons regime is een «government by discussion»-regime, waarin de Uitvoerende Macht permanent het vertrouwen moet hebben van de Kamers, en voor haar actie permanent moet uitgaan van de wetten die door deze Kamers, zij het onder haar stuwung, worden goedgekeurd⁶.

Wat de *rechtsbescherming* betreft, is precies de basis van ons regime dat de overheidshandelingen hun grondslag moeten vinden in de wet: koninklijke besluiten e.d.m. worden dan ook aan de wet (en aan de Grondwet) getoetst. (Paradoxaal worden wetten, die toch in

* Slotbijdrage, in een reeks van vier, over de beide zgn. crisiswetten: zie J. STUYCK in R.W., 1978-79, 807-812.

¹ *Gedr. St., Kamer*, 1977-78, nr. 461; *P.H. K.*, 11 okt. 1978; *K.B.* 20 okt. 1978, *B.S.*, 24 okt. 1978.

² Ch. HUBERLANT en Ph. MAYSTADT, «Exemples de lois taxées d'inconstitutionnalité», in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, 1973.

³ Vgl. A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent-Leuven 1975, nr. 226 e.v. die de *communis opinio* vertolkt.

⁴ O.m. betreffende de sanering der overheidsfinanciën: van een anderhalf jaar eerder aangekondigd vijfjarenprogramma was nog niets in huis gekomen (*P.H. K.*, en *S.*, 7 juni 1977, 14 februari 1978 en 12 april 1978).

⁵ Zie daarover mijn studie in R.W., 1974-75, 2369-2410.

⁶ Sedert mei 1977 zijn 293 van de 382 ingediende wetsontwerpen aangenomen, en slechts 27 van de 337 wetsvoorstellen: *Gedr. St.*, *K.*, 1978-79, nr. 3.

overeenstemming met de Grondwet zouden behoren te zijn, dan weer niet getoetst aan de Grondwet, o.m. omdat daaruit de soms paradoxaal geachte consequentie zou voortvloeien dat de wetgever zich zou onderschikken aan de hoven en rechtbanken.) De algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen worden aldus slechts door de hoven en rechtbanken toegepast in zover zij met de wetten overeenstemmen, terwijl men beroep tot nietigverklaring kan instellen tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden⁷.

Precies inzake de functionering van de staatsorganen en de rechtsbescherming van de burger grijpen zgn. wetten tot toekenning van speciale machten diepgaand in.

4. Bevoegdheidsdelegatie van de wetgevende aan de uitvoerende Macht bestaat in de goedkeuring van wettelijke bepalingen die vrijwel volstaan met een habitatie van de laatste om op het min of meer aangegeven terrein maatregelen te treffen, in voorkomend geval in de zin die in de habitatielwet is aangegeven.

Normalerwijze behoort dan zowel de aan de Uitvoerende Macht toegerekende bevoegdheid nauwkeurig te worden omschreven, als het oogmerk van de bevoegdheidsuitoefening of het beoogde resultaat; wellicht zijn de artt. 33, 34 en 35 van de wet van 5 augustus 1978 daarvan voorbeelden. Opvallend is dan dat moeilijk kan worden ingezien waarom niet de nodige wetswijzigingen in de habitatielwet zelf konden worden gedaan, zodat de koninklijke bevoegdheid beperkt had kunnen blijven tot haar normale omvang van strikte uitvoering (art. 33, laatste zinsnede, en art. 35, tweede lid, bv.).

In andere gevallen geeft men blanco-volmachten, zonder verduidelijking van het oogmerk van de bevoegdmaking; artt. 7, 12, 16, 30, 32, 48, 50, § 2, en 85 van de wet van 5 augustus en art. 71 van de wet van 4 augustus zijn daarvan voorbeelden. Soms komt enige verduidelijking voor in het parlementair verslag, maar de vage en ruime wettelijke bepaling blijft toch de enig bindende⁸.

Soms is het gebruik van de bevoegdheden gebonden aan onderhandelingen (artt. 2 en 5, 3°, van de wet van 5 augustus) of raadplegingen (artt. 119, 122 en 129, in fine, van dezelfde wet); in andere gevallen aan het advies van ministercomités (art. 11 van de wet van 5 augustus) of het voorstel van een minister (art. 48 van de wet van 5 augustus); in enkele gevallen is de koninklijke bevoegdheid gebonden aan reeds uitgebrachte adviezen van een overlegorgaan (art. 23, § 1, en art. 24, 1°, van de wet van 5 augustus). Een dergelijk wettelijk voorschrift creëert een substantieel vormvereiste, dat bij uitoefening van de bevoegdheid moet worden nageleefd. Immers, als substantieel in de zin van art. 14 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State, moeten die vormvereisten worden beschouwd welke in het belang van de rechtsonderhorigen of in het algemeen belang, of in zaken van openbare orde zijn voorgeschreven⁹. Op basis van beide laatste criteria moeten m.i. vormvoorschriften in habitatielwetten steeds als substantieel worden beschouwd. (Een andere vraag is, of art. 23, § 1, en art. 24, 1°, van de wet van 5 augustus, een inhoudelijke beperking van de koninklijke bevoegdheid meebrengen, in de zin dat ze slechts zou kunnen worden uitgeoefend, eensluitend met de door de N.A.R. uitgebrachte adviezen. Deze vraag wordt verder, in noot 31 behandeld.)

Enigszins bevreemdend t.a.v. de grote diversiteit van substantiële vormvereisten die in de wetten van 4 en 5 augustus voorkomt, is de bepaling van art. 154, § 3, tweede lid, van de wet van 4 augustus en van art. 89, § 4, tweede lid, van de wet van 5 augustus, die, ten aanzien van alle of sommige delegaties uit genoemde wetten luidt: «In geval van dringendheid kunnen ze worden genomen zonder de adviezen te moeten vragen of de voorstellen te moeten afwachten die wettelijk of reglementair worden voorgeschreven.» Klaarblijkelijk geldt deze zeer verregaande afwijking ook voor dergelijke vormvoor-

schriften in de wetten zelf; de regering moet zich ter zake bewust zijn van haar bewijslast inzake de ingeroepen dringendheid¹⁰.

5. In werkelijkheid zijn er in beide wetten verschillende formules van volmachten door elkaar gebruikt. Het verschil is niet altijd op het eerste gezicht duidelijk, o.m. doordat de bepalingen ter zake over de wetten zijn verspreid¹¹.

Wat betreft de wet die de meeste delegatie bepalingen bevat (W. 5 augustus), zou een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen de volgende formules. Een eerste reeks bestaat uit eenvoudige bijzondere machten, over het gebruik waarvan achteraf bij het parlement verslag moet worden uitgebracht en die leiden tot koninklijke besluiten (met het statuut van «speciale machten-besluiten») met blijvende uitwerking; toepassing hiervan zijn de artt. 71 en 154 van de wet van 4 augustus en art. 89, § 1, en § 2, eerste lid, van de wet van 5 augustus. Het statuut van «speciale machten-besluit» houdt in dat die koninklijke besluiten, na het verstrijken van de geldigheidsduur van de habitatielwet (voor de genoemde artikelen: 31 dec. 1978), slechts bij wet kunnen worden gewijzigd, authentiek geïnterpreteerd of opgeheven. Ook kunnen zij, bij bijzondere habitatie (i.c. voorkomend in de genoemde artikelen) de bestaande wetten opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen¹².

Een tweede reeks bestaat uit besluiten die in werking treden, met het zonet beschreven «statuut van speciale machten-besluiten» doch slechts tot een bepaalde datum (1 jan. 1979). Dan zijn zij opgeheven, tenzij zij voordien door de Wetgevende Kamers werden bekrachtigd (*quod non*). Een voorbeeld hiervan is art. 87 § 3, van de wet van 5 aug. Volgens dat artikel behoeft hierover geen verslag te worden uitgebracht bij de Kamers, hetgeen logisch lijkt aangezien zij door de Kamers zouden worden bekrachtigd en dus tóch, maar dan als wetsontwerp, bij de Kamers zouden worden ingediend; volgens art. 89, § 2, zou daarentegen ook over deze besluiten, zelfs indien zij niet ter bekrachtiging worden aangeboden, bij de Kamers verslag worden uitgebracht.

Een derde reeks zou als volmachten-besluit in werking treden bij zijn publikatie, en kracht van wet ontvangen na bekrachtiging door de Kamers, maar, klaarblijkelijk met terugwerkende kracht; in het kamerverslag wordt als voorbeeld tevens art. 87, § 3, aangehaald¹³.

Een laatste reeks zou op zichzelf geen uitwerking hebben, maar slechts in werking treden, met kracht van wet, na bekrachtiging door de Kamers. Dit lijkt het geval met art. 89, § 2, tweede lid, en art. 87, § 4, en art. 88, tweede lid. In art. 87, § 4, is aangegeven dat die bekrachtiging ten laatste kan geschieden op 31 maart 1979; dit geldt niet voor art. 88, waarin geen (verval-)termijn is vermeld, noch voor art. 89, § 2, tweede lid. Art. 87, § 4, en 89, § 2, spreken van «in werking treden», terwijl art. 88 spreekt van «uitwerking hebben».

¹⁰ Althans minstens in deze zin dat het de hoven en rechtbanken toekomt te toetsen of de uitvoerende macht bij het inroepen van de dringendheid, aan de wettelijke bepaling waarop zij zich daarbij baseerde, haar juiste draagwijdte heeft gegeven. Vgl. Cass., 21 februari 1972, in zake Faureins, *Arr. Cass.*, 1972, 570 e.v. (waar toetsing geweigerd wordt omdat het om een opportuniteitsoordeel zou gaan dat aan de ministers toekomt) met de rechtspraak van de Raad van State: *Nov., gec.*, nr. 488 e.v.

¹¹ Dat is ook het geval met de inwerkingtredingsbepalingen. Zo luidt Afdeling IV van Hoofdstuk I van de wet van 4 augustus «Inwerkingtreding en slotbepalingen», terwijl het geen bepaling aangaande inwerkingtreding bevat. Immers, die komt voor onder art. 155, § 2, waar vermeld staat dat althans voor sommige bepalingen de inwerkingtreding bij in Ministerraad overlegd K.B. wordt vastgelegd (zie K.B. 29 sept. 1978, B.S., 4 okt. 1978: op 1 okt. 1978 (!); de overige bepalingen zijn in werking getreden, volgens de gemeenrechtelijke regel, op 28 augustus 1978. De wet van 5 aug. is in werking getreden op 5 aug. volgens K.B. 8 aug. 1978, B.S., 17 aug. 1978. Het is een regel van behoorlijke wetgeving dat het verlenen van terugwerkende kracht aan wetsbepalingen wordt vermeden.

¹² A. MAST, *a.w.*, nr. 222 e.v. Een derde gevolg van de bijzondere aard van deze besluiten, i.v.m. de rechtsbescherming, wordt verder (nr. 10) besproken.

¹³ *Gedr. St.*, K., 1977-78, nr. 450/23, p. 232.

⁷ Art. 107 Grondwet: legaliteitstoetsing, resp. art. 14 Gecoördin. W. op de Raad van State: annulatieberoep.

⁸ *Gedr. St.*, S., 1977-78, nr. 415/2, p. 104 e.v., over art. 71 van de wet van 4 augustus en *Gedr. St.*, K., 1977-78, nr. 450/23, p. 29.

⁹ *Nov., Droit Administratif*, VI, Le Conseil d'Etat, nr. 1287bis.

6. De snelheid waarmee deze wetten door het parlement zijn gejaagd, is hun redactie niet ten goede gekomen. Voor sommige artikelen bestaat de grootste twijfel of zij wel als wet kunnen worden beschouwd; gezien de verwarring die uit de parlementaire documenten blijkt, is bijvoorbeeld helemaal niet vaststaand dat art. 87, § 5, en art. 91 van de wet van 4 augustus in beide kamers volgens dezelfde tekst werden aangenomen. Immers, in de kamercommissie werden zgn. tekstverbeteringen aangebracht, «na raadpleging van de Voorzitter van de Senaat»; in alle overhaasting werd echter geen door de commissie goedgekeurde tekst meer aan het kamerverslag gehecht¹⁴. Bij de stemming in openbare vergadering werd hier vrij snel overheen gegleden, hoewel t.a.v. art. 87, § 5, een amendement werd ingetrokken, precies «aangezien in de commissie een tekstwijziging werd aanvaard»¹⁵. De tekstwijzigingen komen echter niet voor in de in openbare vergadering aangenomen artikelen¹⁶, noch in het Belgisch Staatsblad. De rechtbanken hebben als taak na te gaan of de tekst, waarvan toepassing wordt gevorderd, een wet is¹⁷ — d.w.z. een in beide Kamers in precies dezelfde vorm goedgekeurde tekst.

Er komen zoveel onnauwkeurigheden voor in de wetteksten en het gebruik van verwarringstichtende of onduidelijke terminologie is zo frequent, dat alleen een zelfstandige en uitgebreide studie daarvan, waarvoor hier de ruimte ontbreekt, zou volstaan^{17a}.

Ook was men terloops vergeten dat een wet behoort te worden afgekondigd; immers, de in de bijlage van het Belgisch Staatsblad van 17 augustus 1978 gepubliceerde wet van 5 augustus draagt de afkondigingsformule niet. Pas na een vraag van een parlements lid daarover¹⁸, werd dit rechtgezet, bij wijze van erratum, in het Staatsblad van 11 oktober 1978.

7. Wetten houdende toekenning van speciale machten — vol-machtenwetten in vredetijd — passen, het zij nog eens duidelijk gesteld, *niet* in ons grondwettelijk regime; méér dan een schending van het een of ander formalistisch geacht regeltje, wijzigen zij de kern van ons grondwettelijk regime, en dit zowel wat de wijze betreft waarop de staatsorganen constitutioneel moeten functioneren, als wat de rechtsbescherming betreft waarop de burgers, in een zgn. rechtsstaat, aanspraak moeten en mogen maken.

Deze argumenten zijn bekend; het blijkt uit de verklaring van de regeringsleider: «Ik ken de theorie ter zake. Ik weet dat buiten oorlogstijd eigenlijk geen geldig argument bestaat om een normaal functionerend parlement speciale machten te vragen»¹⁹. Doch een dergelijk inzicht schijnt absoluut niet hinderlijk om, desondanks, toch speciale machten te vragen; er zijn, zo luidt de motivering waarmee de zaak dan wordt afgedaan, precedents²⁰. Een dergelijke

motivering voldoet geenszins: zij gaat in tegen de jarenlange en voortdurende kritiek die op al de zgn. precedents werd uitgeoefend en verleent hen ten onrechte het karakter van een praktijk die een rechtsgewoonte zou hebben kunnen vormen²¹. Regering en meerderheid hebben in geen enkel geval voldoende en sluitende argumenten kunnen aandragen om deze kritiek te weerleggen. Immers, het is geenszins voldoende dat het geloofwaardig lijkt dat dringende maatregelen genomen moeten worden; op zich is zulks, minstens in vredetijd, een argumentatie die volstrekt ontoereikend blijft voor het aan kant zetten van onze grondwettelijke regels — a fortiori wanneer de meerderheid zowat 80 procent der stemmen in de beide Kamers beheerst en wanneer haar ontslag, minder dan twee maanden later, wordt aangeboden²²... waarbij in feite haar eerder gegeven motivering door haarzelf van de kaart wordt geveegd. Zulks kan niet als ernstig worden beschouwd.

8. De regering heeft, ten onrechte, haar wetsontwerpen niet aan de Raad van State voor advies voorgelegd; ten aanzien van de uitvoeringsbesluiten stond zij op het standpunt dat de Raad van State over sommige hiervan zou worden geraadpleegd «indien zulks om juridische redenen verantwoord is. De regering kan er zich evenwel niet toe verbinden alle besluiten aan de Raad van State voor te leggen»²³. Dit standpunt slaat nergens op, gezien de wettelijke verplichting om ook (en zelfs: a fortiori) dergelijke uitvoeringsbesluiten te onderwerpen aan het advies van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State²⁴; de dringendheidsclausule, die het vragen van deze adviezen onnodig kan maken, zal weer frequent worden ingeroepen.

Blijkbaar toch wel enigszins aanvoelend dat de ontwerpen, constitutioneel bekeken, aan deze kritiek niet konden ontsnappen, heeft de regering diverse formules van speciale machten ontworpen (zie *supra*, nr. 5); zij deed echter uitschijnen dat hiermee het evenwicht van het parlementair regime zou worden hersteld. Niets is minder waar. Bespreking van de uitvoeringsbesluiten in de Ministerraad is voornamelijk slechts een middel om te garanderen dat het intern politiek evenwicht binnen de meerderheid wordt gehandhaafd. Verslag achteraf bij het parlement wijzigt niets meer aan wat is geschied. Bekrachtiging van de uitvoeringsbesluiten kan zulks wel, maar slechts onder omstandigheden — waarvan niet zeker is dat deze zich zullen voordoen, eerder integendeel. Bekrachtiging als voorwaarde

zijn: W. 4 aug. 1914, B.S., 5 aug. 1914; W. 16 juli 1926, B.S., 17 juli 1926; W. 30 dec. 1932, B.S., 31 dec. 1932; W. 17 mei 1933, B.S., 19 mei 1933; W. 31 juli 1934, B.S., 1 aug. 1934, aangevuld bij W. 7 dec. 1934, B.S., 9 dec. 1934 en verlengd bij (een andere) W. 7 dec. 1934, B.S., 9 dec. 1934, en nogmaals gewijzigd en verlengd bij W. 15 maart 1935, B.S., 16 maart 1935 en W. 30 maart 1935, B.S., 31 maart 1935; W. 1 mei 1939, B.S., 6 mei 1939; W. 7 sept. 1939, B.S., 8 sept. 1939, aangevuld bij W. 14 dec. 1944, B.S., 16 dec. 1944; W. 20 maart 1945, B.S., 24 maart 1945; W. 12 maart 1957, B.S., 14 maart 1957; W. 14 februari 1961, B.S., 15 februari 1961; W. 31 maart 1967, B.S., 4 april 1967.

²¹ Die rechtsleer wordt niet ernstig opgevat, zoals uit de uiterst eclectische citaten in de parlementaire documenten blijkt of uit de wijze waarop deze worden geëvalueerd. Zo wordt, na één zin uit een cursustekst van F. Perin, waarin alléén een definitie van vol-machtenwetten voorkomt, gesteld: «Dat standpunt is vooral veel-betekenend, omdat het uitgaat van een lid van de oppositie»; horresco referens: *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 450/23, p. 25, en nogmaals op p. 26 t.a.v. een studie van R. Henrion.

²² P.H. K., 11 oktober 1978, p. 16; K.B. 29 okt. 1978, B.S., 24 okt. 1978. De formules van delegatie die aan termijnen waren gebonden, zijn daardoor gedeeltelijk onwerkzaam geworden.

²³ *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 450/23, p. 20.

²⁴ Art. 2 Gecoörd. W. op de Raad van State (K.B. 12 jan. 1973, B.S., 21 maart 1973); *Nov., a.w.*, nrs. 453 en 1357. De minister was nochtans «onomwonden gekant tegen elke verplichte raadpleging van de Raad van State»: *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 450/23, p. 247.

Tot andere, wettelijk niet verplichte consultaties, m.n. van het Rekenhof, van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, van de Gewestelijke economische raden, van het Nationaal Comité voor Economische Expansie, zowel over de wetten als over de uitvoeringsbesluiten heeft men zich evenmin verbonden: *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 450/23, p. 21-24. Zie *supra*, onder nr. 4, in fine.

¹⁴ *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 470/9, p. 47 en 48.

¹⁵ *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 470/7-1 (amendement); *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 470/9 (amendement verworpen en tekstwijzigingen aanvaard: p. 47); P.H., K., 26 juli 1978, p. 3265 (amendement ingetrokken omwille van de tekstwijzigingen).

¹⁶ P.H., K., 26 juli 1978, p. 3264-3265 en p. 3286 (art. 87) en p. 3266, 3268 en 3286 (art. 91).

¹⁷ Hierover, met verwijzingen: A. MAST, *a.w.*, nr. 181.

^{17a} Vgl. P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Brussel, 1952, nr. 410.

¹⁸ V. & A., K., 24 okt. 1978, p. 3579 (vraag van 6 oktober).

¹⁹ P.H., S., 12 juli 1978, p. 1871. De minister van Franse Cultuur, Dehousse, werd in beide Kamers belast met de verdediging van de vol-machten, hergeen wellicht enige verwondering kan wekken (*Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 450/23, p. 24); misschien enigszins door deze opdracht misleid, schijnt hij later erg te hebben aangedrongen op de goedkeuring van het gedeeltelijk ongrondwettig wetsontwerp houdende diverse institutionele bepalingen. Waar men inzake de vol-machten over alle grondwettigheidsbezwaren is heengestapt, is echter t.a.v. het communautair ontwerp, plots, de constitutionele orthodoxie ingeroepen. Inconsistentie bevordert de rechtszekerheid niet.

²⁰ Men zag «geen aanleiding om in de verslagen op de toelaatbaarheid en de natuur van vol-machtenwetten in te gaan, gezien de talrijke precedents»: *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 415/2, p. 223 en P.H. S., 14 juli 1978, p. 2027. De klassiek ingeroepen precedents

voor de inwerkingtreding heeft natuurlijk wel gevolgen: het uitvoeringsbesluit is dan te beschouwen als een soort voorontwerp van wet²⁵ ... dat echter door het parlement louter te nemen of te laten is, in afwijking van het splitsings- en amenderingsrecht dat art. 42 van de Grondwet nochtans waarborgt en met miskenning van de regel van artikelsgewijze stemming (art. 41 Grondwet) indien (zoals meestal geschiedt) het bekrachtigingsontwerp slechts uit één artikel bestaat, dat de instemming betuigt met de slechts in bijlage opgenomen en dus onaantastbare uitvoeringsbesluiten. Bekrachtiging als voorwaarde voor de verdere uitwerking, en dan met kracht van wet, van uitvoeringsbesluiten die tot dan toe slechts het statuut van een speciale machten-besluit hadden, herstelt al evenmin de genoemde grondwettelijke rechten van de Kamers, tenzij indien hun respectering uitdrukkelijk wordt gewaarborgd — wat evenwel geenszins het geval is²⁶. Ter zake is de parlementaire behandeling m.i. uiterst verward en weinig geruststellend, ook al omdat voortdurend werd verwezen naar de wijze waarop de fusies van gemeenten wettelijk werden geregeld²⁷. Dat debat werd toen immers, inzake de amendeerbaarheid van de koninklijke besluiten, besloten met de lakonieke mededeling: «Waarom zijn amendementen niet aanneembaar? Omdat het Parlement dat besliste»²⁸.

9. Zonder dat hier alle constitutionele aspecten van de wetten van 4 en 5 augustus 1978 werden behandeld of uitgediept, wordt besloten met twee slotbeschouwingen, de eerste i.v.m. de staatsorganisatie, en de tweede i.v.m. de rechtsbescherming.

Indien een regering beweert dat, onder omstandigheden, volmachten de enige uitweg zijn, impliceert die stellingname dan niet dat zij het grondwettelijk regime waarin zij haar functie heeft te vervullen te beklemmend vindt? Realiseert zij zich daarbij de draagwijdte van dergelijke stellingname?²⁹ Hoewel iedereen kan inzien dat de gebruikelijke parlementaire wetgevingsweg soms niet erg soepel loopt, dient men voor ogen te houden dat *gemakkelijkheid* niet de enige, zelfs niet de eerste grondwettelijke norm is. De parlementaire procedure is daar, en zij is er méér dan nodig, om de openheid van de beleidsvorming via wetgeving te garanderen en minstens te verzekeren dat zij op deze formeel-democratische wijze tot stand komt. Zij is daar niet om door enige meerderheid — zij het een 80 % meerderheid — aan de kant te worden gesteld. Men moet daarenboven inzien dat, anders dan in een presidentieel regime, regering en parlement via de parlementaire meerderheid nauw en intiem aan elkaar zijn gebonden en op elkaar zijn afgestemd (zie *supra*, nr. 3); rekening houdend hiermee, en met de beperkte omvang en mogelijkheden van de oppositie, is het al evenmin aanvaardbaar dat aan haar inbreng zou worden voorbijgegaan. Bovendien komt aan het parlement een controletaak toe, die ook al te vaak bijna uitsluitend door de oppositie wordt waargenomen: een element van controle is precies ook de binding van de akten van de uitvoerende macht aan de wet, of, anders uitgedrukt, de precieze opbouw van een hiërarchie van normen waarbij de legaliteit vooropstaat en kan worden getoetst. Dit brengt ons op het element rechtsbescherming.

10. Normalerweise passen hoven en rechtbanken de algemene besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen (art. 107 Grondwet); zij kunnen zelfs worden nietig verklaard door de Raad van State (art. 14 Gecoörd. Wetten op de Raad van State). Dit zijn wezenlijke waarborgen waarvan het belang in de rechtsstaat niet kan worden miskend. Thans gebeurt dit wel. Immers, ten aanzien van de besluiten, genomen ter uitvoering van wetten op speciale machten gaat het rechterlijk toezicht veel minder ver. De rechter mag uitsluitend nagaan of die besluiten tot stand kwamen binnen de perken van de aan de Koning opgedragen bevoegdheid³⁰; men aanvaardt niet dat hij, zoals ten aanzien van gewone K.B.'s het geval is, ook onderzoekt of zij niet strijdig zijn met de Grondwet of met andere wetten³¹. Terwijl dus deze besluiten reeds tot stand komen in voor ons grondwettelijk regime abnormale en onevenwichtige voorwaarden, vermindert dan nog de rechtsbescherming van de burger ten gunste van meer, en nagenoeg oncontroleerbare bevoegdheid voor de Uitvoerende Macht. De bekrachtigingsprocedure voor dergelijke besluiten brengt wel weer het parlementair formalisme in stelling maar heeft, naar te vrezen valt, geen inhoudelijke draagwijdte op de normen die eerder als speciale machtenbesluit golden. Integendeel, want eens bekrachtigd ontsnappen deze geheel aan elke rechterlijke controle, wegens de kracht van wet die zij dan hebben verworven zonder inhoudelijke en reële wetgevende procedure te hebben gevolgd: zij bereiken desondanks het niveau van onschendbaarheid dat de wet, nog steeds, geniet — ook al komen zij tot stand in omstandigheden die niet met de Grondwet in overeenstemming kunnen worden geacht³².

11. Een besluit moge duidelijk zijn. Laat men in de toekomst ook weer niet deze wetten als precedent invoeren voor de creatie van nieuwe speciale machten³³. Tegen de vorming van een rechtsgewoonte in die zin kan niet scherp genoeg worden gewaarschuwd. Het werken met «gedelegeerde» wetgeving is een slechte, onverkieslijke en ongrondwettige wijze om het werkelijk probleem op te lossen; dit ligt veeleer in de moeilijkheid of onmogelijkheid van het bereiken van zinvolle, openlijke, duidelijke politieke beslissingen in een politiek klimaat van geïnstitutionaliseerd (communautair en ander) wantrouwen. De indruk bestaat dat voor dit probleem van *governability*, de rollenspelers (de partijen) de oplossing uitsluitend buiten zichzelf zoeken en daar menen te vinden, waar sancties op schending van nochtans hoge, want grondwettelijke, normen vooralsnog ontbreken. Het werkelijk probleem wordt daarmee uit de weg gegaan, terwijl, zoals hier genoegzaam werd aangetoond, slechts nieuwe problemen worden bijgecreëerd.

Leo Neels
Assistent
Afdeling Publiek Recht
K.U.Leuven

²⁵ Zodat de term K.B. hiervoor wel ongeschikt lijkt, de publikatie hiervan onzeker blijft en, kortom, niet kan worden ingezien waarom een dergelijke weg dient te worden gevolgd, tenzij het juist is om het verder in de tekst beschreven effect, dat afstand neemt van de Grondwet, te bereiken.

²⁶ Zoals verder, onder nr. 10, wordt beschreven kunnen die uitvoeringsbesluiten via de beperkte legaliteitscontrole en het annulatieberoep althans aan de bevoegdheidsclausule in de habilitatiewet worden getoetst; zijn zij eens bekrachtigd als wet dan kan zulks niet meer, en wordt op hangende geschillen dienaangaande vooruitgelopen.

²⁷ *Gedr. St., K.*, 1977-78, nr. 450/23, p. 24-37 en p. 230-248.

²⁸ *P.H., K.*, 12 nov. 1975, p. 227.

²⁹ MAST signaleerde reeds dat tussen 1926 en 1947, over een periode van 15 en een half jaar (de vier oorlogsjaren niet meegerekend), België gedurende bijna zes jaar onder het regime van de bijzondere en de buitengewone machten leefde: *a.w.*, p. 210, noot 2.

³⁰ *Nov., a.w.*, nr. 948-949, A. MAST, *a.w.*, nr. 223.

³¹ Zal aldus ooit rechterlijke controle mogelijk zijn op de binding van sommige bevoegdheden aan de inhoud van reeds uitgebrachte adviezen (art. 23, § 1, en 24, 1°, W. 5 aug.)? In principe behoren de uitvoeringsbesluiten eensluidend te zijn met de in de wet zelf genoemde adviezen.

³² Zie *Nov., a.w.*, nrs. 950, 1305bis en 1353.

³³ De reeds geciteerde regeringsleider verklaarde op 11 oktober, in verband met het lot van het wetsontwerp houdende diverse institutionele bepalingen: «Ik wil niet dat avonturiers van links of rechts ooit een precedent van (mij) zouden invoeren om hun daden goed te praten»: *P.H., K.*, 11 okt. 1978, p. 16.

BOEKEN

J. EEKELAAR en K. SANFORD (ed.), *Family Violence. An international and interdisciplinary study*, Butterworths, Toronto, 1978, 572 p.

In juni 1977 werd te Montreal de tweede wereldconferentie van de *International Society on Family Law* georganiseerd rond de geweldpleging in het gezin. In dit verslagboek wordt deze problematiek vanuit verschillende disciplines benaderd door een 40-tal deelnemers uit verscheidene landen. De juridische discipline en de Westerse wereld hebben er het overwicht in.

In de *inleiding* wordt een algemeen theoretisch kader geschetst van de geweldpleging in het gezin. Op het eerste gezicht kan het verwondering wekken dat het gezin, dat algemeen doorgaat voor het milieu dat het best kan zorgen voor de opvoeding van de jongeren, tevens een gevaarlijk milieu is: het gezin is inderdaad, althans in de Westerse wereld, de plaats waar de verschillende vormen van geweldpleging (relatief gezien) het meest voorkomen. Het fenomeen van het geweld in het gezin kan evenwel slechts begrepen worden in samenhang met dat van de agressieve neigingen bij elke mens. Ook in de verhouding ouders/kinderen is een zekere graad van agressiviteit niet weg te denken aangezien de behoefte van elke jongere aan een ontwikkeling naar zelfstandigheid een zekere mate van agressief gedrag vereist. Wanneer de noodzakelijke uitingen van normale agressie geen ruimte krijgen wordt de kans groter, zo bepaalde voorwaarden aanwezig zijn, dat het kind zware misdaden gaat plegen tegen gezinsleden. Ook op dit terrein blijken de vroege kinderjaren een zeer belangrijke invloed te hebben op het later gedrag. Er werd vastgesteld dat onder de volwassenen die tegen gezinsleden misdaden begaan, velen in hun jeugd zelf het slachtoffer van brute behandeling zijn geweest. Doordat in veel gevallen het plegen van geweld een «response» is op gevoelens van onaangepastheid en hulpeloosheid, is het geenszins verwonderlijk dat de plaats waar deze misdaden het gemakkelijkst tot uiting worden gebracht, het gezin is.

In het eerste deel van het verslagboek zijn de bijdragen verzameld die de *mishandeling van de vrouw* door haar partner benaderen vanuit de psychologische en sociologische hoek. In het tweede deel wordt de mogelijke «response» op juridisch en sociaal gebied op deze problematiek behandeld.

De auteurs zijn het niet eens over de oorzaken van de vrouwenmishandeling. De enen schrijven het fenomeen toe aan de psychopathische persoonlijkheid van de daders. Anderen zien opgelopen frustraties en aangehouden spanningen als verklaringsfactoren; deze worden op hun beurt veroorzaakt door de structuren van de samenleving. Ook de traditionele gezinspatronen zitten hier voor iets tussen: de man moet een dominante positie bekleden in het huisgezin; indien hij daar niet in slaagt kan de opgelopen frustratie aanleiding geven tot mishandeling van zijn echtgenote. De feministische bewegingen, die de problematiek van de vrouwenmishandeling in de actualiteit hebben gebracht, zien die mishandeling als een onderdeel van de globale onderdrukking van de vrouw in onze samenleving.

Een specifiek misdrijf van vrouwenmishandeling bestaat niet in West-Europa (wel in sommige staten van de V.S.A.), doch in onze wetgevingen vallen de misdaden die een man pleegt op zijn echtgenote onder de bepalingen van het strafrecht (cf. «slagen en verwondingen» in het Belgisch Strafwetboek). De echtelijke relatie is zelf geen verzwarende omstandigheid, in tegenstelling tot de «ascendent/descendent»-relatie. De afwezigheid van een afzonderlijke incriminatie van vrouwenmishandeling dient als een grote lacune beschouwd te worden: gezien de specifieke gezinssituatie dient de fysiek en gewoonlijk ook economisch zwakkere partner een speciale bescherming te genieten. Een speciale incriminatie zou evenwel «seksueel neutraal» opgesteld dienen te worden. De thes van de depenalisatie, die tot voor enkele jaren nog opgang maakte, ook in deze materie, wordt door de auteurs overwegend bestreden. Het alternatief van bemiddeling en verzoening tussen de partners wordt immers niet deugdelijk geacht gezien het ontbreken van een

gemeenschappelijk belang tussen de mishandelende man en de mishandelde vrouw.

De strafrechtelijke veroordeling is natuurlijk een zware en langzame procedure, die slechts ingezet kan en mag worden indien de gepleegde misdaden een ernstig karakter vertonen. Vanuit de positie van de mishandelde vrouw is een vlugge interventie van de politie belangrijker. Aangezien de politie hulp dient te verlenen aan het slachtoffer van elk misdrijf, moet zij ook optreden in geval van vrouwenmishandeling. Doch in de praktijk wordt vastgesteld dat de politie nogal eens weigerachtig staat t.a.v. het tussenbeide komen bij echtelijke ruzies. Het feit dat de betrokkenen verbonden zijn door de huwelijksbanden dient dan als alibi voor de non-interventie. Het gevolg ervan is dat de vrouw geen bescherming kan vinden.

Op civielrechtelijk vlak wordt o.m. opgemerkt dat een zwak punt in de continentaal-Europese rechtsordes is dat de man niet gestraft kan worden als hij binnentreedt in de gezinswoning waar hij bij rechterlijk vonnis werd buitengesloten (er bestaat bij ons niet zo iets als een «contempt of court»). Zo is ook de mogelijkheid die voor de mishandelde vrouw in de meeste Westerse wetgevingen openstaat om uit de echt te scheiden niet steeds een bevredigend alternatief: echtscheiding kan haar geen zekerheid geven dat ze voortaan met rust gelaten zal worden.

In een aantal landen is een begin gemaakt met het tot stand brengen van opvangtehuizen voor mishandelde vrouwen en hun kinderen. Het gaat om gemeenschapshuizen waar vrouwen die de gezinswoning ontvlucht zijn om te ontkomen aan de mishandelingen van hun man tijdelijk worden opgenomen en bescherming vinden tegen hun mishandelende echtgenoot. Het gaat in elk geval om een tijdelijke oplossing voor de betrokken vrouwen, in afwachting dat ze elders een (nieuwe) thuis hebben gevonden.

Het recht kan wel een hulpmiddel zijn ter bescherming van de mishandelde vrouwen, maar het zal in elk geval de vrouwenmishandeling niet uit de wereld helpen. Een volledige herdefiniëring van de rol van man en vrouw op alle vlakken van de samenleving is vereist. Ook moet worden afgezien van de opvatting dat bestaande gezins-eenheden kost wat kost behouden moet worden: zolang een dergelijke opvatting overheersend is, zal er geweld gebruikt worden om de vrouwelijke partner te controleren. En een verdere en versnelde uitbouw van allerlei sociale voorzieningen voor vrouwen (en haar kinderen) is een noodzaak, omdat nu vele vrouwen die mishandeld worden daar geen ruchtbaarheid aan geven omdat er voor hen geen alternatief is.

In deel 3 en deel 4 van het verslagboek wordt de *kindermishandeling* geanalyseerd: in deel 3 worden de oorzaken van het probleem ontleed, in deel 4 wordt naar mogelijke «responses» gezocht en wordt de ervaring die men in een aantal landen heeft opgedaan, gerapporteerd.

Het kind is in de Westerse wetgevingen een subject zonder rechten. Het is, na de juridische emancipatie van de gehuwde vrouw, samen met de mentaal gestoorde, het enige wezen dat door de wetgever niet bekwaam geacht wordt om zelf enige rechten uit te oefenen. In de rechtsleer van sommige landen is wel enige interesse voor de rechten van minderjarigen te bespeuren, maar globaal genomen kan toch een zeer grote apathie op dit gebied vastgesteld worden. Deze is te verklaren vanuit de heden ten dage nagenoeg onaangetaste stelling dat kinderen het best gediend zijn met het optreden van hun ouders, en dat de wetgever of de overheid in deze relatie derhalve best zo weinig mogelijk tussenkomt.

De gezinseenheid voorziet inderdaad in de basisnaden van het kind, en in de meerderheid van de gevallen functioneert deze instelling behoorlijk. Doch er zijn te veel gezinnen waar het belang van het kind juist niet nagestreefd wordt door degenen die wettelijk geacht worden ervoor te zorgen. Het is onaanvaardbaar nog langer staande te houden dat de overheid in die gevallen niet rechtstreeks zou mogen optreden.

De eerste taak die ter zake van kindermishandeling voor de overheid is weggelegd, is die van de *preventie*. Primaire preventie vraagt een volledig herdenken van de positie van het kind in gezin en samenleving. Het vereist ook een mentaliteitsverandering derwijze dat lijfelijke straffen thuis en op school algemeen als ongehoorde

handelingen worden beschouwd, wat heden ten dage nog niet het geval is.

Daarnaast zouden bepaalde personen en/of instellingen bevoegd moeten zijn om in een vroeg stadium op te treden in gevallen van kindermishandeling. De gezinnen waar een grote kans bestaat dat het tot kindermishandeling komt, zouden de bijstand moeten kunnen krijgen van bevoegde personen (gezinsconsultatiebureaus) om een oplossing te vinden voor hun moeilijkheden. Onze maatschappij staat echter zeer weigerachtig om tussenbeide te komen in het gezinsmilieu zolang geen zwaar wangedrag geconstateerd is. Doch in gevallen van kindermishandeling kan men toch moeilijk het principe staande houden dat de overheid in geen geval mag optreden voordat feiten met een ernstig karakter werden vastgesteld: een dergelijke houding zou van een ongelooflijk cynisme t.a.v. het mishandelde kind getuigen. Aan de andere kant moet men ook niet gaan overdrijven: het gezin heeft ook recht op privacy. De combinatie van die twee waarden is zeker geen gemakkelijke taak.

De gevallen waarin het tot kindermishandeling komt, zouden zo talrijk en zo goed mogelijk opgespoord moeten worden. Hier rijzen voor de wetgever een hele reeks zeer moeilijke vragen. Het lijkt wenselijk dat gevallen van kindermishandeling gemeld dienen te worden bij het inzake kindermishandeling aangewezen organisme en niet bij de politie. Geheimhouding van de naam van de informant lijkt wenselijk, om de aangifte van gevallen van kindermishandeling te bevorderen. Het is eveneens wenselijk de informanten die te goeder trouw zijn te beschermen tegen mogelijke penale of civiele vorderingen in de gevallen waarin de aangifte onterecht gebeurde. Over de vraag of inzake kindermishandeling een meldingsplicht dient te bestaan, is heel wat onenigheid. Zo er geopteerd wordt voor een meldingsplicht, dan blijft er de vraag of die tot iedereen moet worden uitgebreid dan wel of die beperkt moet worden tot specifieke personen, inzonderheid die die beroepshalve in aanraking komen met mishandelde kinderen of met mishandelende ouders. Een zeer moeilijk en zeer bestreden probleem is nog dat van het beroepsgeheim van de geneesheer.

De moeilijkheden van een wetgevend optreden beginnen eigenlijk al bij de definitie. Is het mogelijk om niet alleen de fysieke maar ook de morele wrede heden door ouders begaan te betrekken in het juridisch systeem? Hoe kan naast de actieve mishandeling ook de passieve verwaarlozing van het kind effectief bestreden worden? Zal er één wettelijke definitie aangehouden worden of zal men kindermishandeling anders definiëren naar gelang het gaat om de preventie, de opsporing en de bestrafing? De uiteenlopende definities die in de wetgevingen inzake kindermishandeling in de verschillende staten van de V.S. gegeven worden, tonen aan dat het inzonderheid sociale en politieke factoren zijn die hier doorslaggevend zijn.

Wat de sanctionering betreft, zullen er in de gevallen van zeer zware kindermishandeling wel weinig alternatieven zijn voor de penale sancties. In de andere gevallen kan o.m. gedacht worden aan verplichte psychiatrische en sociale begeleiding van de dader.

In hoofde van het slachtoffer moet onderscheid gemaakt worden tussen de maatregelen die de onmiddellijke beveiliging van het kind beogen en de maatregelen op langere termijn. Het eerste objectief bij vastgestelde kindermishandeling is uiteraard het kind onttrekken aan de invloed van de dader en het de noodzakelijke medische zorgen toedienen. Dit impliceert in vele gevallen de al of niet voorlopige verwijdering van het kind uit zijn familiaal milieu. In de gevallen van minder zware mishandeling kan eraan gedacht worden het kind in zijn gezinsmilieu te houden, zo zekere voorwaarden vervuld zijn. Als eenmaal de onmiddellijke veiligheid van het kind verzekerd is, rijst het probleem van zijn toekomstige opvoeding. Een goede oplossing zal o.m. gekenmerkt zijn door haar stabiliteitskarakter: de genomen optie moet een opvoedingsontwerp op lange termijn inhouden. Inhoudelijk zal uiteindelijk steeds geopteerd moeten worden tussen ofwel het opnieuw inschakelen van het kind in zijn gezinsmilieu ofwel het definitief afbreken van de relatie van het kind en zijn ouders, dit laatste in het geval er geen redelijke kansen zijn op een gunstige evolutie. In dit laatste geval kan eventueel gedacht worden aan adoptie van het kind door derden, dit ten einde aan het kind een nieuw familiaal milieu te schenken.

Bij oudere kinderen zou de inspraak van de betrokkene m.b.t. zijn

lot verzekerd moeten worden. Bij jongere kinderen kan gedacht worden aan de aanstelling, voor de duur van de overgangperiode, van een soort voogd ad hoc (een advocaat?) die de supervisie zou waarnemen over de juridische en sociale maatregelen die t.a.v. het kind genomen worden.

De juridisering van het probleem van de kindermishandeling kent evenwel grenzen, en het is niet het recht dat kindermishandeling zal uitroeien. In de eerste plaats moet hiervoor uitgekeken worden naar sociale en kulturele veranderingen.

In een vijfde deel ten slotte zijn de verslagen opgenomen die *speciale aspecten* van de geweldpleging in het gezin behandelen: zelfmoord onder kinderen, moord van kinderen op hun broertje of zusje en op hun ouders, en het probleem van de incest.

Patrick Senaeve

D.M. CAMPAGNE, **Alimentatie, onderhoudsplicht tussen voormalige echtgenoten, betalingen terzake van echtscheiding ... een evolutie**, Kluwer, Deventer, 1978, 235 blz.

Dit boek is de tekst van het proefschrift door D.M. Campagne aangeboden ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit te Utrecht. De auteur gaat uit van de vaststelling dat er thans veel oneensgezindheid bestaat nopens de rechtsgrond(en) van het recht op alimentatie na echtscheiding. Een rechtsinstituut in de praktijk hanteren, waar geen duidelijke rechtsgrond voor bestaat, leidt onvermijdelijk tot controverses en rechtsonzekerheid nopens de toepassingsvoorwaarden en de modaliteiten. Daarom wil Campagne met zijn proefschrift bijdragen om tot een klaar en zuiver beeld van de alimentatie na echtscheiding te komen.

In een eerste deel situeert hij de alimentatie in een breed historisch perspectief. Hoe is het begrip van de «alimentatie» ontstaan? In een vijftigtal bladzijden omspannt de auteur een periode van circa vijfduizend jaar. Een erg ambitieuze opdracht, maar niet eenvoudig: schrijver signaleert de meest verscheiden fenomenen die zich in de meest uiteenlopende maatschappijen op zeer diverse tijdstippen hebben voorgedaan. In feite krijgt de lezer hier in de eerste plaats het verhaal te lezen van de ontwikkeling van de verschillende samenlevingsvormen, vanaf het seksueel communisme tot de monogamie; van de positie van de vrouw door de tijden heen; van de invloed van de Kerk en het kerkelijk recht op het civiele huwelijk, en de strijd tussen de kerkelijke en de burgerlijke overheid om de controle op het huwelijk.

De auteur geeft blijk van een grote belezenheid. Zijn schets steunt in grote mate op de studies van de prehistorici van het einde van de 19e eeuw. Vijfduizend jaar wereldgeschiedenis ter zake van het huwelijk en echtscheiding op vijftig bladzijden samenvatten is een welhaast onmogelijke opgave die de vlotte leesbaarheid van het werk niet ten goede komt.

Uit de lezing van dit overzicht hebben wij voornamelijk de veelheid van redenen tot betalingen tussen ex-partners onthouden: betalingen aan de vrouw als straf voor de man, in de vorm van compensatie voor boedelvoordelen om verpaupering of prostitutie van de vrouw te voorkomen. Elk van deze gronden beantwoordt aan een toenmalige opvatting van het huwelijk.

In een tweede deel wordt de moderne ontwikkeling geschetst in de redenen en rechtsgronden van de alimentatie na echtscheiding in zeven verschillende rechtssystemen: Nederland, West-Duitsland, Frankrijk, Engeland, V.S.A., Hongarije en Spanje. Eventuele Belgische kopers mogen gewaarschuwd zijn: België komt niet voor als studieobject. Trouwens, de keuze van de auteur van te bestuderen landen lijkt nogal arbitrair en wordt nergens verantwoord. Tot een doorgedreven rechtsvergelijkende studie van de instelling van de alimentatie na echtscheiding komt het niet: de auteur zet de zeven landen op een rijtje en geeft van elk land, één na één, een uitvoerig historisch overzicht van de ontwikkeling van het huwelijk en de echtscheiding van ruwweg de jongste tweehonderd jaar, om ten

slotte op een vrij beknopte wijze het huidige geldend recht betreffende de alimentatie na echtscheiding weer te geven.

In het derde deel van het boek wordt gezocht naar een rechtsgrond voor de alimentatie in deze tijd. Dit deel is o.i. het meest boeiende van het werk.

Uitgangspunt vormt de gewijzigde rechtsovertuiging t.a.v. huwelijk en echtscheiding en hun gevolgen. De historische overblijfselen van de Kerk-als-Staat-filosofie zijn verantwoordelijk voor de verwarring die nu heerst in de wettelijke gedragsregels enerzijds en de morele regels die op gedragingen, gevoelens en overtuigingen rusten anderzijds. Door deze verwarring vindt men in diverse wetgevingen en ook in diverse rechterlijke beslissingen een opvallend verschil in waardering van wat gezond staatsbeleid moet zijn in verband met huwelijk, echtscheiding en alimentatie.

Volgens Campagne moeten volgende overwegingen van maatschappelijke aard een rol spelen wanneer een rechtsgrond van betalingen na echtscheiding vandaag wordt geformuleerd: de noodzaak voor het individu tot zelf-onderhoud en de vrijwel volledige statusverandering van de gehuwde vrouw als medebeslissende medewerker van de man nopen tot een nieuwe aanpak van het alimentatierecht. De alimentatie is in de eerste plaats een regeling van eigendomsrecht van partijen en een verdeling van het bezit van het quasi-partnership dat tot dan toe bestond. Argumenten die stoelen op persoonlijke gedragingen van partijen tijdens het huwelijk moeten a priori als irrelevant worden bestempeld. Invloed van persoonlijke gedragingen op financiële aanspraken ter zake van de echtscheiding zou een voortzetting betekenen van de huwelijksinquisitie van weleer. Als het huwelijk ontbonden wordt moet er afgerekend worden. Dit is het kernthema van het geschetste systeem van betalingen na echtscheiding.

De bijdragen van elke partner tot het gezinsvermogen dat tijdens het huwelijk werd gevormd moeten in principe als gelijkwaardig worden beschouwd. Dus moet bij de ontbinding van het huwelijk, vóór het echtscheidingsvonnis, deze boedel half om half verdeeld worden tussen de ex-partners. Ongeacht het huwelijkscontract (indien dit geen speciale voorzieningen trof voor na een ontbinding van het huwelijk door echtscheiding) en ongeacht behoefteigheid.

Na een dergelijke verrekening kunnen in principe geen aanspraken meer gelden ten aanzien van wat tijdens het huwelijk werd verworven, én kunnen in de toekomst geen aanspraken meer ontstaan. Vanaf dit moment kan het huwelijk tussen de ex-partners niet meer doorwerken (wel op het vlak van de regeling van de gevolgen voor de kinderen). Er is een definitieve vereffening gebeurd van de verplichtingen die door de ontbinding van het huwelijk opeisbaar waren geworden. Indien dan nog behoefteigheid zou bestaan in hoofde van een ex-partner omdat hij niet kan gaan werken, dan moet deze aanspraak kunnen maken op werkloosheids-, arbeidsongeschiktheids- of bijstandsvoorzieningen. Daartoe moet de premie die gehuwden betalen voor sociale voorzieningen ten aanzien van de werkloosheidsvoorziening ook de niet-inkomenverwervende echtgenoten omvatten.

Toch blijft er ruimte voor een in de tijd definitief beperkte plicht tot het verrichten van periodieke betalingen na de echtscheiding. Hiervoor haalt Campagne twee rechtsgronden aan:

1. Voor partijen die een langerdurend huwelijk achter de rug hebben bestaat de rechtsplicht jegens elkaar de beëindiging van die samenleving zo te regelen dat naar de eisen van goede trouw, redelijkheid en billijkheid voor een geleidelijke overgang naar een individueel leefpatroon wordt gezorgd. Een soort overbruggingsregeling dus waarvan het bedrag via een tot nul aflopende schaal over een beperkte termijn wordt berekend (in verband met de leeftijd van de onderhoudsvragende partner).

2. Een compensatieplicht gebaseerd op een financiële verantwoordelijkheid voor door het huwelijk ontstane factoren die meebrachten dat het vermogen van de ex-partner om een eigen inkomen te verwerven aangetast is. Hier worden duidelijk alleen maar die feiten bedoeld die specifiek veroorzaakt zijn door het samenleven binnen het kader van het huwelijk en niet onverschillig welk feit dat een partner tijdens het huwelijk overvalt. Dus het voorvallen van een of ander lichamelijk of geestelijk onheil bij een echtgenoot tijdens het

huwelijk is nog geen reden om een na-huwelijkse verantwoordelijkheid in hoofde van de andere echtgenoot aan te nemen.

Bij de toepassing van de twee zopas genoemde soorten betalingen kan zéér uitzonderlijk het gedrag van de schuldeiser van de alimentatie mee in rekening gebracht worden (een zgn. «hardheidsclausule»), nl. het zéér erg beledigend gedrag ten aanzien van de betalingsplichtige, zoals moordpoging, verkrachting, veroordeling voor bijzonder gruwelijke misdrijven, kindermishandeling enz... Om de grootte van deze uitkeringen te bepalen stelt de auteur een berekeningswijze voor op basis van de gezinsdraagkracht ten tijde van het huwelijk, vergeleken met de levensstandaard van de partner na de echtscheiding.

Het is moeilijk om alle nuances van de voorgestelde oplossing weer te geven in het korte bestek van een boekbespreking. De auteur brengt in zijn thesis verfijningen naar voren bijvoorbeeld ten aanzien van de betaling van het verschuldigde bedrag, zekerheidsstelling, de berekening van de uitkering, de alimentatie voor de kinderen, pensioenaanspraken, overgangsmaatregelen, wijzigbaarheid, enz.

Of het voorgestelde model van de auteur enige kans maakt op wettelijke realisering moet nog afgewacht worden. Feit is dat de financiële positie van de gescheiden echtgenoten in Nederland de jongste tijd vooraan in de parlementaire belangstelling staat. In december 1978 stuurde de regering naar de Tweede Kamer een memorie van antwoord op het voorlopig verslag van deze Kamer. Daarenboven beschikt Nederland over twee degelijke rapporten: het rapport van de Interdepartementale Werkgroep Onvolledige Gezinnen (1972) en het rapport van de Commissie Alimentatienormen (1978).

In België houdt de kwestie van de alimentatie na echtscheiding als zodanig de aandacht van de politici niet gaande, met uitzondering van het aspect van de inning van de verschuldigde alimentatie. Men is klaarblijkelijk nog de mogelijkheden aan het aftasten van het nieuwe artikel 301 B.W. (nieuw sinds de wet van 9 juli 1975). Onder de echtgescheidenen zelf wordt wel kritiek geleverd op de functionaliteit van de huidige regeling (cf. de rechtssociologische analyse van C. De Vocht, J. Van Houtte en R. Verhoeven over onderhoudsplichtige mannen en onderhoudsgerechtigde vrouwen, Antwerpen, Kluwer, 1978; zie eveneens de standpunten van organisaties van uit de echt gescheidenen zoals de Pluralistische Actiegroep voor Echtscheidingsproblemen.

Hilde Nuytinck

BERICHTEN

Een colloquium over «aspecten van de aansprakelijkheid van de openbare besturen» naar aanleiding van het vijftigjarig bestaan van de «dienst voor rechtszaken» van de stad Antwerpen

Het is vijftig jaar geleden (einde 1928), dat bij het stadsbestuur te Antwerpen een «Dienst voor rechtszaken» met een eigen directie werd ingesteld.

Om dit op zich zelf niet wereldschokkende maar toch wel voor de stad Antwerpen betekenisvolle feit te herdenken worden twee manifestaties georganiseerd, die in hoofdzaak aanleiding moeten geven tot een vriendschappelijke ontmoeting van mensen uit de diverse takken van de Antwerpse juridische en administratieve middens.

Een eerste manifestatie is een in samenwerking met de Antwerpse Universiteiten en het Rechtskundig Weekblad georganiseerd colloquium over: «De aspecten van de aansprakelijkheid van de openbare besturen».

Het wordt gehouden op donderdag 22 maart 1979 in het groot auditorium van de U.F.S.I.A., Prinsstraat 13, Antwerpen, onder het voorzitterschap van de schepen voor rechtszaken, mr. Jan Devroe.

Als inleiders zullen optreden: de professoren W. Lambrechts (U.I.A.), J. Gyssels (U.F.S.I.A.), P. Vermeulen (Raad van State -

V.U.B.) en L. P. Suetens (K.U.L.). Zij zullen de volgende onderwerpen belichten: Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid; De overheidsaansprakelijkheid in verband met informatie; De aansprakelijkheid van de overheid bij onthouding te beslissen; Rechtsvergelijkende beschouwingen rond de overheidsaansprakelijkheid.

Op vrijdag 23 maart 1979 vindt in het Archief en Museum voor het Vlaamse Cultuurleven een academische zitting plaats, waarop de directeur van de Dienst voor Rechtszaken, dr. E. Suls, zal spreken over «Vijftig jaar Dienst voor Rechtszaken» en de eerste voorzitter van het Hof van Beroep te Antwerpen, de heer A. Roevens, over: «De rechtszekerheid, de billijkheid en de goede trouw, grondpijlers van het recht».

Jura Falconis 15 jaar

Het juridisch studententijdschrift «Jura Falconis» bestaat 15 jaar. Ter gelegenheid van dit lustrum wordt op 1 maart 1978 in het College De Valk, Tiensestraat 41, Leuven een studiedag gehouden over «Vakbond en Democratie».

De thema's van de referaten, die door studenten zijn voorbereid, luiden: de structuur van de vakorganisaties in België, plaats en invloed van de vakorganisaties in de politieke besluitvorming, structuur en impact van de internationale vakorganisaties, vakorganisatie en expressievrijheid.

De referaten zullen in het derde nummer van de 15e jaargang van Jura Falconis verschijnen.

Tijdens een paneelgesprek, met als moderator prof. Robert Vandeputte, zullen de secretarissen van het A.B.V.V., A.C.L.V.B. en A.C.V. (G. Debunne, W. Waldack, R. Vandepoele) de vragen beantwoorden die vanuit de studiegroepen zijn gerezen.

Contacten tussen rechtsfaculteiten en verzekeringsondernemingen

Wegens het belang van een confrontatie der standpunten der theoretici en practici van het verzekeringsrecht, organiseert de vereniging der verzekeringsjuristen «A.J.A.», in samenwerking met de verschillende rechtsfaculteiten van het land en met de steun van de Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen een doorlopende voordrachtencyclus waaraan specialisten van het verzekeringsrecht, hoogleraren en vorsers, magistraten, advocaten en verzekeringsjuristen zullen meewerken.

De inleidende voordracht van het eerste semester 1979 zal op dinsdag 20 februari 1979 om 17.30 u. gehouden worden in het Huis der Verzekering, de Meeûssquare 29, 1040 Brussel door ridder Rutsaert, emeritus eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, met als onderwerp «De Tunc-theorie en de verschillende wetgevende, doctrinale en jurisprudentiële standpunten in verband met de burgerlijke verantwoordelijkheid der automobilisten», de heersende opvattingen en de algemene oriëntatie van de belangrijkste heden-daagse stelsels belichtend, zoals het systeem Tunc, het verdragsontwerp van de Raad van Europa, de verkeersaansprakelijkheids-systemen uit het rapport Pearson en uit het Nederlands verslag, de wettelijke regelingen in Nieuw-Zeeland en Zweden, het ontwerp Bedour alsook de Duitse en Spaanse stelsels terzake. Alle belangstellende juristen zijn welkom.

TIJDSCHRIFTEN

Recueil Dalloz

32e cahier, 27 sept. 1978.

Léopold Peyrefitte, Le commissionnaire de transport et les autres auxiliaires de transport en droit français—Jurisprudence—Législation.

33e cahier, 4 octobre 1978.

Christian Larroumet, Réflexions sur la Convention européenne et la proposition de directive de Bruxelles concernant la responsabilité du fait des produits—Georges Dupuis, Sur la concession de service public—Jurisprudence—Législation.

34e cahier, 11 octobre 1978.

Eric Lepointe, De l'impunité à la non-punissabilité—A propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs—Jurisprudence.

35e cahier, 18 octobre 1978.

Danièle Huet-Weiller, Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation—Jurisprudence.

36e cahier, 25 octobre 1978.

André Breton, L'absence selon la loi du 28 décembre 1977: Variations sur le thème de l'incertitude—Jurisprudence.

37e cahier, 1 novembre 1978.

Louis de Gastines, La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé—Jurisprudence.

38e cahier, 8 novembre 1978.

Georges Vlachos, Fondements et fonction de la notion de service public—Jurisprudence—Législation.

39e cahier, 15 novembre 1978.

Henri Galland, Le rôle des juridictions administratives en matière de licenciement—Jurisprudence—Législation.

40e cahier, 22 novembre 1978.

G.H. Camerlynck, Identité d'entreprise ou identité d'emploi? Robert Ducos-Ader, Technique législative en matière de libertés publiques: Le projet de loi sur l'affichage—Jurisprudence.

41e cahier, 29 novembre 1978.

Jacques Borricand, La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique ou fiscale—Jurisprudence—Législation.

Tijdschrift voor Privaatrecht

lg. 15. 1978. Nr 2-3.

G. Baeteman, Het primair huwelijksstelsel—W. Delva, De algemene principes met betrekking tot het secundair huwelijksvermogensrecht—W. Delva, De veranderbaarheid van het huwelijksvermogensstelsel tijdens het huwelijk—R. Dillemans, Het wettelijk stelsel—Baten van het eigen en van het gemeenschappelijk vermogen, wederbelegging en bewijsvoering—L. Raucent, Le Régime légal—Passif commun et passif propre—H. Casman, Het wettelijk stelsel—Bestuursbevoegdheden en sanctieregeling van de bestuursbevoegdheden—E. Van Hove, Het wettelijk stelsel—Ontbinding—P. Watelet, Le régime légal, Quelques questions au sujet de la liquidation et du partage—W. Delva, De conventionele huwelijksvermogensstelsels—W. Delva, De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen—A. Heyvaert, Het Belgisch internationaal huwelijksvermogensrecht—A. Heyvaert, Het overgangsrecht. De situatie na 27 september 1977—W. Delva, Evaluatie van het nieuw Belgisch huwelijksvermogensrecht—W.M. Kleyn, Het nieuw huwelijksvermogensrecht in Nederland—Overzicht van de rechtspraak.

Tijdschrift voor Notarissen

lg. 42. dec. 1978. Nr 12

J.L. Rens, Een rechtspraak die de notariële aansprakelijkheid in het gedrang brengt—I. Vanstraelen, De nieuwe wetgeving op de commorientes—R. Deblauwe, De belasting op bouwgrondmeervwaarden (art. 67, 7°, c) W.I.B.) Nota's bij de administratieve circulaire — Rechtspraak — Wetgeving.