

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

HET EUROPESE RECHT VERGETEN BIJ DE STAATSHERVORMING?

I. Inleiding

1. We leven in een tijdperk waarin de Belgische politieke en constitutionele praktijk nog nauwelijks voor verrassingen kan zorgen. Gedurende de laatste decennia werden ettelijke pogingen tot reorganisatie van ons staatsbestel ondernomen. De laatste en ongetwijfeld belangwekkendste verwezenlijking in die richting komt van de Regering Martens II die niet alleen een aantal wezenlijke wijzigingen in de Grondwet tot stand bracht maar ook de Bijzondere en de Gewone wet op de hervorming van de instellingen in het Parlement kon doen goedkeuren. De toekomst zal moeten uitwijzen of het nieuwe en vrij ingewikkelde staatsbestel functioneerbaar zal zijn.

2. Het is zeker niet de bedoeling hierna de verschillende juridische en politieke problemen betreffende de staatshervorming toe te lichten. Slechts bij één punt, dat enerzijds veel weg heeft van een storm in een glas water maar anderzijds een uiting is van een bepaalde houding tegenover de Europees-communautaire rechtsorde, wensen we even stil te staan. Zoals bekend lag het in de bedoeling van de Regering het vraagstuk van de verhouding tussen het internationaal recht, in het bijzonder het Europees gemeenschapsrecht, en de wet of het decreet te regelen tijdens de aan de gang zijnde grondwetsherziening. De korte geschiedenis van de recente staatshervorming leert ons evenwel dat de weg van het oorspronkelijk ontwerp, waarbij aan het nieuw op te richten Arbitragehof de bevoegdheid werd verleend om zich over de conflicten tussen internationaal of supranationaal recht en de wet of het decreet uit te spreken, naar het stilzwijgen ter zake in de onlangs aangenomen definitieve teksten een evolutie in een denkproces verbergt die belangrijk genoeg is om hier te worden geschetst. Zelfs al is momenteel de kans gering dat de wet die binnen het tijdsbestek van zes maanden vanaf 30 juli 1980 de bevoegdheden van het Arbitragehof dient te regelen, een voorschrift zal bevatten over de verhouding tussen het internationaal of Europees gemeenschapsrecht en de wet of het decreet, toch is het niet van alle belang ontbloot de oorspronkelijke regeringstekst aan een kritisch onderzoek te onderwerpen. Deze tekst, die enkele maanden terug bij het Parlement werd ingediend, vertolkte immers een

standpunt dat niet alleen volledig in strijd was met de letter en de geest van artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag maar ook met de meest fundamentele beginselen van de Europees-communautaire rechtsorde zoals die door het Hof van Justitie zijn ontwikkeld. Bovendien stond het oorspronkelijk ontwerp diametraal tegenover een uitspraak van het Hof van Justitie in de *Simmenthal*-zaak. Men zou voor de door de Regering aanvankelijk voorgestelde oplossing begrip kunnen hebben gehad indien zij was ingegeven door een politieke wil om eens voor altijd de beslechting van dergelijke conflicten toe te wijzen aan één enkel Arbitragehof, samengesteld uit «rechtsgeleerden» en «personen met een politieke ervaring», op grond van het argument dat het niet aan de gewone en administratieve rechtsmachten toekomt op dit vlak het laatste woord te hebben. Deze politieke benaderingswijze blijkt echter geenszins uit de door de Regering gegeven toelichting. Het lijkt er sterk op dat veeleer in de niet-vertrouwdheid met het Europees gemeenschapsrecht de verklaring dient te worden gezocht waarom een dergelijke tekst in het ontwerp voorkwam. Indien dit het geval is dan kunnen anno 1980 hiervoor nauwelijks verontschuldigungen worden aangevoerd. Het is inderdaad voornamelijk de kritiek die door de Raad van State op dit punt in zijn advies bij het wetsontwerp 435 betreffende de hervorming van de instellingen werd uitgeoefend, alsmede, naar het schijnt, de officiële reacties van zowel de hoogste Belgische magistratuur als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, die de Regering van haar oorspronkelijk voornemen hebben doen afzien en haastig een nieuwe tekst hebben doen indienen. Dit gebeuren illustreert op treffende wijze dat de draagwijdte en betekenis van het Europees gemeenschapsrecht niet alleen bij de rechtspractici maar ook nog op veel ministeriële departementen onvoldoende bekend is.

II. De verhouding internationaal recht — nationaal recht in constitutioneel-historisch perspectief

3. Toen het Hof van Cassatie zich op 27 mei 1971 in het beroemde *Fromagerie Le Ski*-arrest¹ uitsprak voor de

¹ J.T., 1971, 460; Nederlandse vertaling in R.W., 1971-72, 424.

voorrang van direct werkend verdragsrecht en Europees gemeenschapsrecht op de wet, zelfs op de wet van latere datum, waren aan dit arrest verscheidene pogingen voorafgegaan om op constitutioneel vlak de verhouding tussen het internationaal recht en de wet te regelen. Reeds korte tijd na de ondertekening van het E.G.K.S.-Verdrag was in een voorstel tot herziening van de Grondwet gewezen op de noodzaak de verhouding tussen verdragsrecht en intern recht af te bakenen en het beginsel van de primauteit van het verdrag te bevestigen. Nadat dit evenwel in de kamercommissie verzet had uitgelokt² werd in de verklaring van 1954 tot herziening van de Grondwet niet het voorstel aangehouden dit probleem te regelen³. De verklaring tot herziening van de Grondwet van 1958 bevatte evenmin een aanduiding dat deze verhouding grondwettelijk moest worden vastgelegd⁴.

4. De eerste duidelijke keuze voor het invoegen van een constitutioneel voorschrift betreffende deze aangelegenheid vindt men in de verklaring tot herziening van de Grondwet van 1965⁵. In haar memorie van toelichting wees de Regering erop dat de herziening van artikel 68 van de Grondwet beoogde een bepaling te doen opnemen «betreffende het niet toepassen van voorschriften uit het interne recht, voorkomende in wetten of verordeningen, indien deze voorschriften in strijd zouden zijn met het internationale recht of met het gemeenschapsrecht van supranationale instellingen»⁶. De constituanten 1965-1968 kwam er echter niet toe dit vraagstuk te behandelen.

In de verklaring tot herziening van de Grondwet van 1 maart 1968 werd het vroegere voorstel van 1965 herhaald⁷. Op 20 juni 1970 werd in de Grondwet artikel 25bis ingevoegd, dat bepaalt dat de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet aan volkenrechtelijke instellingen kan worden opgedragen. Dit voorschrift spreekt zich evenwel niet uit over de verhouding tussen het internationaal en het nationaal recht. De parlementsonthouding van september 1971 verhinderde evenwel de grondwetgever een definitieve regeling uit te werken aangaande deze verhouding, niettegenstaande in de senaatscommissie voor de herziening van de Grondwet overeenstemming was bereikt over een ontwerp van artikel 107bis waarin ondubbelzinnig het standpunt werd gehuldigd dat de hoven en rechtbanken de wetten en besluiten slechts toepassen «in zover zij overeenstemmen met de rechtstreeks toepasselijke bepalingen van de geldende verdragen die regelmatig bekendgemaakt zijn»⁸.

Ook de verklaring tot herziening van de Grondwet van 1978 beoogde de invoeging van een nieuw artikel 107bis. De Regering verantwoordde haar standpunt als volgt: «Ten

einde rekening te houden met de evolutie in de internationale rechtsorde en met de oprichting van supranationale instellingen, inzonderheid op Europees vlak, bestaat er reden tot invoeging van een nieuw artikel betreffende de conflicten tussen wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van intern recht en bepalingen van internationaal recht of van recht van de Europese Gemeenschappen»⁹. Tijdens de bespreking in de bijzondere senaatscommissie werd erop gewezen dat het Hof van Cassatie zich reeds duidelijk voor de voorrang van het internationaal recht had uitgesproken¹⁰. Het was echter de bedoeling dat deze rechtspraak zou worden bevestigd, zodat niet moest worden gevreesd dat het standpunt van het Hof van Cassatie zou worden gewijzigd of dat fundamentele principes van het Europees gemeenschapsrecht door deze nieuwe bepaling zouden worden aangetast.

III. De recente voorstellen tot regeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht

5. De tekst van artikel 107bis die de Regering in 1980 aan het Parlement zou voorstellen bleek evenwel op een aantal essentiële punten de doorstroming van het Europees gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde te bemoeilijken. Door de Regering werd immers voorgesteld in titel III van de Grondwet een artikel 107bis in te lassen, luidend als volgt:

§ 1. De wet stelt de procedure in om de conflicten tussen de wet, het decreet en de in artikel 26bis bedoelde regelen te voorkomen.

§ 2. *Er bestaat voor geheel België een Arbitragehof. Dit Hof doet, bij wijze van arresten, uitspraak over:*

1° de beroepen tot nietigverklaring, wegens bevoegdheidsoverschrijding, door de Ministerraad of een Executieve van de Gemeenschap of het Gewest ingesteld tegen de wet, het decreet en, in zover de wet het bepaalt, de in artikel 26bis bedoelde regelen;

2° de prejudiciële vragen van elk rechtscollege over de conflicten tussen de wet, het decreet en, in zover de wet het bepaalt, de in artikel 26bis bedoelde regelen, en over de bevoegdheidsoverschrijding van deze normen;

3° de prejudiciële vragen van elk rechtscollege over de overeenstemming met het internationaal en het supranationaal recht, van de wet, het decreet en, in zover de wet het bepaalt, de in artikel 26bis bedoelde regelen.

De wet regelt de samenstelling, de werking en de bevoegdheid van het Arbitragehof¹¹.

6. De Regering ging er derhalve van uit, dat ter gelegenheid van het oprichten van een Arbitragehof dat bevoegd zou zijn conflicten te regelen tussen bepaalde interne normen, aan die instantie tevens de bevoegdheid kon worden toegewezen, de conflicten te beslechten tussen zekere categorieën regelen van intern recht en internationaal of supranationaal recht.

Paralleel met het voorstel tot invoeging van artikel 107bis in de Grondwet werd in de Senaat het ontwerp van gewone wet tot hervorming van de instellingen, bekend als ontwerp 435, ingediend. Dit ontwerp regelde onder meer op uit-

² *Gedr. St., Kamer*, 1952-53, nr. 369.

³ Zie verklaring tot herziening van de Grondwet van 12 maart 1954, *B.S.*, 14 maart 1954.

⁴ *B.S.*, 30 april 1958.

⁵ *B.S.*, 17 april 1965.

⁶ *Gedr. St., Kamer*, 1964-65, nr. 993/1, blz. 17.

⁷ *B.S.*, 2 maart 1968.

⁸ Zie hierover senator De Stexhe in het verslag namens de commissie voor Buitenlandse Zaken inzake het wetsontwerp houdende de begroting van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, begrotingsjaar 1973, *Gedr. St., Senaat*, 1972-73, nr. 177; eveneens DE STEXHE, *La révision de la Constitution belge 1968-1971*, Namen-Brussel, 1972, blz. 244.

¹⁰ *Gedr. St., Senaat*, 1978-79, verslag Pierson, nr. 476/2, blz. 20.

¹¹ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 100/14, eigen cursivering.

voering wijze de oprichting en bevoegdheid van het Arbitragehof¹². In artikel 28, § 3, van het oorspronkelijke ontwerp werd aan het Arbitragehof de bevoegdheid toegekend uitspraak te doen bij wege van prejudicieel arrest over de vragen «betreffende de strijdigheid tussen een wet of een decreet en het internationaal en supranationaal recht, en die hem door de hoven en rechtbanken of door enig ander rechtscollege worden voorgelegd». In artikel 28, § 4, werd bepaald dat het rechtscollege dat de prejudiciële vraag zou stellen, zich diende te voegen naar het arrest van het Arbitragehof.

7. De tekst met betrekking tot het voorgestelde artikel 107bis alsmede die betreffende de werking van het Arbitragehof konden moeilijk nog als een eenvoudige uitvoering en nog minder als een bevestiging van het voorrangsbeginsel van het internationaal en Europees gemeenschapsrecht op de interne norm worden beschouwd. Terwijl men oorspronkelijk steeds de bevestiging van dit principe in een aparte bepaling of in een nieuw artikel van de Grondwet op het oog lijkt te hebben gehad, werd met deze teksten kennelijk hiervan afgeweken. In plaats van een expliciete opname van het beginsel van het primaat van het internationale recht en in het bijzonder van het Europese gemeenschapsrecht had de oorspronkelijke bedoeling een transformatie ondergaan en werd alleen nog gesproken over de oplossing van conflicten door één enkele instelling. De voorrangsregel werd derhalve niet meer uitdrukkelijk opgenomen en bovendien werd de bevoegdheid van het Arbitragehof om conflicten te regelen tussen internationaal recht en de interne norm als het ware als een aanhangsel beschouwd van de veel belangrijker opdracht, namelijk bepaalde conflicten van interne aard op te lossen. Hoewel het wellicht niet de bedoeling van de Regering geweest kon zijn het primauteitsbeginsel van het internationale recht opzij te stellen, wekt het toch verwondering dat in de voorgestelde teksten dit principe nergens meer met zoveel woorden tot uitdrukking werd gebracht, terwijl evenmin de memorie van toelichting hieromtrent enige uitleg geeft¹³.

8. Men kan zich gelukkig achten dat de twee teksten, zoals ze oorspronkelijk door de Regering waren ingediend, niet werden behouden. Ze waren deels gebrekkig geredigeerd, ze waren niet volstrekt met elkaar identiek, wat tot interpretatieproblemen aanleiding had kunnen geven, en vooral waren ze moeilijk in overeenstemming te brengen met de eisen van het Europese gemeenschapsrecht. Op de meeste van die bezwaren heeft de Raad van State in zijn advies trouwens eveneens gewezen.

A. Juridisch-technische gebreken van de voorgestelde teksten

9. Een van de redactionele problemen betrof in de eerste plaats de mogelijk verschillende uitleg tussen de toekomstige grondwetsbepaling enerzijds en het toenmalige artikel 28, § 3, van het ontwerp van gewone wet op de staatshervorming anderzijds. Artikel 28, § 3, van dit ontwerp gaf aan het Arbitragehof de bevoegdheid om uitspraak te doen over de *strijdigheid* tussen een wet of decreet en een internationale of supranationale norm, terwijl het voorgestelde ar-

tikel 107bis van de Grondwet het had over de prejudiciële bevoegdheid van het Arbitragehof uitspraak te doen over de *overeenstemming* tussen de wet of het decreet en de internationale of supranationale regel. De versie van artikel 107bis hield dan ook in dat nagenoeg iedere toetsing tussen beide normen automatisch tot de bevoegdheid van het Arbitragehof zou hebben behoord. Een uitleg geven van een wet of decreet in verband met een internationale of supranationale regel behelst noodzakelijkerwijze dat de ene tekst in overeenstemming of eventueel in strijd met eerstgenoemde wordt uitgelegd of toegepast. In de verklarende nota van de Regering bij het voorstel tot invoering van artikel 107bis worden zowel het woord «conflict» als «overeenstemming» gebezigd¹⁴. Wellicht wilde nochtans de Regering niet zover gaan dat iedere toetsing tussen beide normen tot de bevoegdheid van het Arbitragehof zou hebben behoord en bedoelde zij de opdracht van dit hof te beperken tot de oplossing van «conflicten». Hoe dan ook, de redactie liet te wensen over en de interpretatie volgens welke iedere eenvoudige toetsing reeds een refereren aan het Arbitragehof zou impliceren zou proceseconomisch niet te verantwoorden zijn en zou bovendien de toepassing van het Europese gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde totaal hebben verlamd.

Het lijkt ook geen twijfel dat de praktische aanwending van het oorspronkelijk artikel 30 van het ontwerp van gewone wet op moeilijkheden ging stuiten. Luidens dit voorschrift dienden de hoven en rechtbanken voor problemen als die welke worden opgesomd in artikel 28, de prejudiciële kwestie aanhangig te maken bij het Arbitragehof wanneer zij het antwoord op deze vraag noodzakelijk achtten voor hun beslissing¹⁵. In de memorie van toelichting stelde de Regering met nadruk dat dit artikel het principe huldigde dat de verwijzing voor prejudiciële vraag een recht is waarvan de gewone of administratieve rechter al dan niet vrij gebruik kan maken¹⁶. Het zou onaanvaardbaar zijn, aldus de memorie van toelichting, dat alle rechtscolleges ertoe gehouden zouden zijn het Arbitragehof te adiëren zodra een pleiter de kwestie van de geldigheid van een wet of decreet zou opwerpen¹⁷. Dit betekende evenwel geenszins dat de gewone of administratieve rechter autonoom het belang van de conflicten zou mogen beoordelen en beslissen welke conflicten al dan niet naar het Arbitragehof zouden mogen worden verwezen. Hoewel noch het ontwerp van gewone wet, noch de memorie van toelichting hierover duidelijk zijn, wenste de Regering wellicht dat het Arbitragehof *exclusief* bevoegd zou zijn om conflicten op te lossen. Deze opvatting is in ieder geval in overeenstemming met de verklarende nota van de Regering bij het voorstel tot invoering van artikel 107bis van de Grondwet. Ieder *conflict*, van welke graad ook, tussen de bovenvermelde normen, zou derhalve in de geest van deze ontwerpen naar het Arbitragehof moeten worden verwezen. De gewone of administratieve rechter was in die zienswijze de eerste instantie die de *vaststelling* van een (potentieel) conflict diende te doen. Uit deze vaststelling als zodanig volgde automatisch een verwijzingsplicht. De hoven en rechtbanken moesten

* ¹⁴ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 100/14.

¹⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, blz. 39.

¹⁶ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, blz. 15.

¹⁷ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 100/14, blz. 2.

¹² *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, artikelen 23 e.v.

¹³ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1.

evenwel zich eerst een oordeel vormen over de mogelijke relevantie van het conflict in het geschil dat door hen diende te worden beslecht. Niet relevante conflicten moesten door hen uiteraard niet naar het Arbitragehof worden verwezen. De vaststelling van een mogelijk conflict door de hoven en rechtbanken betekende overigens nog niet dat het Arbitragehof moest aannemen dat er een strijdigheid was. Het Arbitragehof bleef in deze beoordeling soeverein.

Tenslotte zij nog opgemerkt dat de door de Regering voorgestelde oplossing de bevoegdheid van hoven en rechtbanken om nationale reglementaire bepalingen te toetsen aan internationaal of supranationaal recht onaangeerd liet.

10. De omschrijving van de bevoegdheid van het Arbitragehof in de door de Regering voorgestelde teksten roept nog enkele bijkomende algemene vragen op wat de verhouding internationaal recht en de wet of decreet betreft. In zijn arrest van 27 mei 1971 bevestigde het Hof van Cassatie het principe van de voorrang van de bij *verdrag* vastgestelde internationale regel op de *latere* wet.

In de door de Regering ingediende teksten kwam evenwel de meer algemene term «internationaal recht» voor. Betekende dit een verruiming van de inroepbaarheid tot alle internationale regelen bij een conflict met de wet of decreet? Ging met deze nieuwe teksten de toetsing door de rechter van de wet of het decreet aan de beginselen van het volkenrecht en ongeschreven internationaal recht tot de mogelijkheden behoren? Voorts werd in de voorgestelde regeling van conflicten nergens onderscheid gemaakt tussen conflicten met wetten of decreten die vroeger of later dan de internationale norm tot stand waren gekomen. In België, ook vóór het *Ski*-arrest, was het reeds een gevestigde rechtspraak dat bij strijdigheid tussen een verdrag waarmee de Kamers hun instemming hadden betuigd en een bestaande wet, de voorrang ging naar eerstgenoemde¹⁸. Het was de gewone of administratieve rechter die hierover uitspraak kon doen. De verplichting tot refereren aan het Arbitragehof van hoven en rechtbanken bevatte op dit vlak geen enkel voorbehoud. Naar alle waarschijnlijkheid zouden conflicten tussen verdragen waarmee de Kamers hun instemming hadden betuigd en vroegere wetten of decreten niet meer door hen kunnen worden opgelost zonder verwijzing naar het Arbitragehof.

11. Een andere lacune in de tekst betrof de werking van een prejudicieel arrest van het Arbitragehof. Terwijl duidelijk de gevolgen van een uitspraak van het Arbitragehof in het kader van een beroep tot nietigverklaring werden omschreven, werd in verband met de prejudiciële uitspraken enkel bepaald dat ze bindend waren voor de rechterlijke instantie die om de uitspraak had verzocht. Indien ze kracht van gewijsde bezaten tegenover de verwijzende instantie — het rechtscollège dat de prejudiciële vraag had gesteld diende zich immers, luidens artikel 24, § 4, te «voegen naar het arrest van het Hof» — werd hiermee evenwel nog niet bepaald wat er met de strijdig bevonden wet of het strijdig bevonden decreet ging gebeuren. De prejudiciële beslissing waarbij het conflict werd vastgesteld door het Arbitragehof, leidde niet automatisch tot de nietigheid *erga omnes* en had vermoedelijk alleen de niet-toepasselijkheid van de strijdige wet of het strijdige decreet in het geschil voor de

verwijzende rechter tot gevolg. In ieder geval bleek dat, wat de procedurele aspecten van de verwijzing betrof, de Regering kennelijk de procedure van artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag als model had genomen¹⁹. Overeenkomstig de praktijk van artikel 177 zouden immers ook de hoven en rechtbanken in hun prejudiciële vraag aan het Arbitragehof zowel de feitelijke als juridische gegevens dienen te verstrekken van het probleem waarover een uitspraak moest worden gedaan²⁰.

B. De bevoegdheid van het Arbitragehof en de eisen van het Europees gemeenschapsrecht

12. Benevens de redactionele en deels technische gebreken in de ingediende teksten deed het voorstel van de Regering om aan het Arbitragehof exclusieve bevoegdheid toe te kennen om over de strijdigheid tussen Europees gemeenschapsrecht en de wet of het decreet uitspraak te doen belangrijke principiële bezwaren rijzen. Het komt op het eerste gezicht enigszins paradoxaal over dat artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag duidelijk als model had gestaan voor het bepalen van de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, terwijl achteraf de prejudiciële bevoegdheid van het Hof van Justitie door deze ontwerpen volledig werd doorkruist. De prejudiciële bevoegdheid van het Arbitragehof, zoals deze oorspronkelijk werd geconcipieerd, raakte rechtstreeks de bevoegdheid van het Hof van Justitie zoals deze in het E.E.G.-Verdrag is omschreven en ze zette de fundamentele beginselen van het Europese gemeenschapsrecht zoals de directe werking, de voorrang en de uniforme toepassing op de helling. Bovendien was er openlijke tegenspraak met het belangwekkende *Sinmenthal*-arrest van 9 maart 1978 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

13. Een van de voornaamste bezwaren van de tekst met betrekking tot de bevoegdheid van het Arbitragehof betrof de aantasting van de prejudiciële procedure zoals die in het E.E.G.-Verdrag is geregeld. In het advies van de Raad van State bij wetsontwerp 435 werd terecht opgemerkt dat ingevolge artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag de lagere nationale rechterlijke instanties steeds kunnen verwijzen naar het Hof van Justitie zodat het mogelijk zou zijn dat bij een conflict twee prejudiciële procedures aan de gang worden gebracht: één voor het Arbitragehof en één voor het Hof van Justitie²¹.

Deze toestand kon leiden tot tegenstrijdige uitspraken omtrent het al dan niet bestaan van een conflict. Het Arbitragehof kon bijvoorbeeld de mening toegedaan zijn dat er geen conflict aanwezig was, terwijl de interpretatie die het Hof van Justitie aan het Europees gemeenschapsrecht

¹⁹ Zie memorie van toelichting, *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, blz. 14.

²⁰ In het advies van de Raad van State wordt nog gewezen op een belangrijke procedurele implicatie van de taalverhouding binnen het Arbitragehof op de toepassing van het Europees gemeenschapsrecht (artikel 32, § 3, van ontwerp 435). De voorrang van het internationaal recht en inzonderheid van het gemeenschapsrecht zou immers, volgens de Raad van State, «kunnen worden lamgelegd bij staking van stemmen of wanneer geen twee leden van een bepaalde taalgroep zich aansluiten bij de meerderheid»; zie *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, bijlage, blz. 7.

²¹ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, bijlage, blz. 6.

¹⁸ Zie hierover R. HAYOIT DE TERMICOURT, «Conflict tussen het verdrag en de interne wet», *R.W.*, 1963-64, 81.

gaf, tot resultaat kon hebben dat de nationale rechter de strijdigheid diende vast te stellen met de interne regel. Om deze «onhoudbare toestand», aldus de woorden van de Raad van State, «te vermijden, ware het wellicht aangewezen dat het nationaal rechtscollège uitsluitend aan het Hof van Justitie de nodige prejudiciële vraag stelt»²². Deze scherpe kritiek van de Raad van State kon misschien enigszins worden afgezwakt indien de lagere rechterlijke instanties bij mogelijke conflicten in de eerste plaats een interpretatievraag zouden stellen aan het Hof van Justitie. Bleek uit het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie — dat trouwens nooit uitdrukkelijk een uitspraak zal bevatten over de onverenigbaarheid van de nationale wet met het Europees gemeenschapsrecht — dat de wet of het decreet onvermijdelijk of mogelijk in strijd was of kon zijn met de Europeesrechtelijke norm, dan kon door de nationale rechterlijke instantie het Arbitragehof worden geraadpleegd. Deze laatste instelling zou dan in ieder geval rekening hebben moeten houden met de uitspraak van het Hof van Justitie en zou bij twijfel over de draagwijdte van deze uitspraak zelf naar het Hof van Justitie hebben moeten verwijzen. Het Arbitragehof is immers niet een voor beroep vatbare instantie en is als zodanig onderworpen aan de verwijzingsplicht zoals bepaald in artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag. Het is dan ook zeer de vraag of met deze doelhof van procedures de eenheid van rechtspraak, welke nochtans een van de motieven van het ontwerp is geweest²³, zou zijn gediend. Evenmin lijkt het «voordeel» van deze prejudiciële procedure voor het Arbitragehof gerealiseerd te zijn, dat de Regering nochtans oorspronkelijk had beoogd, namelijk dat de geldigheid van een norm *onmiddellijk* wordt beoordeeld door de overheid die dienaangaande een definitieve beslissing kan nemen²⁴. Het is duidelijk dat wanneer de strijdigheid tussen beide normen uit de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie, ten gevolge van de vraag van de gewone of administratieve rechterlijke instantie, onweerlegbaar is gebleken, de hierop verplichte verwijzing naar het Arbitragehof niet anders dan nutteloos en formalistisch zou zijn overgekomen²⁵.

14. Wanneer het Arbitragehof diende te beslissen over een conflict tussen een interne norm en een regel van Europees gemeenschapsrecht had dit bijna onvermijdelijk tot gevolg dat dit Hof een prejudiciële vraag zou moeten stellen aan het Hof van Justitie. Dit werd door de Raad van State eveneens onderstreept met de opmerking dat een oordeel over de strijdigheid tussen een nationale norm en een regel van Europees gemeenschapsrecht «vrijwel steeds een uitlegging van het Verdrag vooropstelt»²⁶. Dit zou slechts niet

het geval zijn indien het Hof van Justitie reeds in een eerder arrest over de betreffende communautaire bepaling een interpretatie zou hebben gegeven die iedere twijfel over de verenigbaarheid met de wet of decreet had weggenomen²⁷.

15. De door de Regering gevolgde gedachtengang ten aanzien van de bevoegdheid van het Arbitragehof lag volledig in de lijn van een uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof van 30 oktober 1975. Ingevolge deze beslissing kon immers de Italiaanse rechter onmogelijk de latere wet die van direct werkend gemeenschapsrecht afweek, niet toepassen tenzij vooraf een vraag omtrent de grondwettigheid van de wet werd gericht tot het Constitutionele Hof²⁸. Het verlenen van voorrang aan direct werkend gemeenschapsrecht op de latere wet werd geassimileerd met het uitoefenen van een grondwettigheidscontrole van de wet en werd derhalve, in die zienswijze, een vraagstuk waarover het *Corte Costituzionale* diende te beslissen.

Door het Hof van Justitie werd een dergelijke redenering evenwel scherp veroordeeld in het reeds aangehaalde *Simmenthal*-arrest van 9 maart 1978²⁹. In dit arrest stelde het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat het opzet van artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag zou worden aangetast en het nuttig effect van deze bepaling worden verkort indien de rechter zou worden verhinderd aan het gemeenschapsrecht rechtstreeks een toepassing overeenkomstig de rechtspraak van het Hof te geven. Hieruit leidde het Hof af dat elke in het kader van zijn bevoegdheid aangezochte nationale rechter *verplicht* is het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten. «Derhalve», aldus het Hof, «is met de vereisten welke in die eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen onverenigbaar... elke bepaling van een nationale rechtssorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels.» Zulks zou het geval zijn, «indien bij een eventuele tegenstrijdigheid van een bepaling van het gemeenschapsrecht met een latere nationale wet de oplossing van dit conflict zou zijn voorbehouden niet aan de tot toepassing van het gemeenschapsrecht geroepen rechter, doch aan een met eigen beoordelingsbevoegdheid bekleed ander gezag, ook al zou de hieruit voortvloeiende belemmering voor de volledige werking van dit recht slechts van tijdelijke aard zijn.» Het Hof besluit dan ook «dat de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag,

²² Zie verwijzingen noot 21.

²³ Memorie van toelichting, *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, 435/1, blz. 13.

²⁴ Zie ook J.-V. LOUIS, «Cour d'arbitrage, droit international et droit communautaire», *J.T.*, 1980, 436.

²⁵ Ook de mogelijkheid die artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag biedt om prejudiciële vragen te stellen over de geldigheid van communautaire handelingen deed problemen rijzen. Moest bij een potentieel conflict tussen een handeling van een Europees-communautaire instelling, waarvoor eventueel gronden voor ongeldigheid konden worden aangevoerd, en de wet of het decreet eerst worden verwezen naar het Hof van Justitie dan wel naar het Arbitragehof?

²⁶ Zie verwijzingen noot 21.

²⁷ Zie H.v.J., 27 maart 1963, *Da Costa en Schaake t. Nederlandse administratie der belastingen*, 28 tot 30/62, *Jur.*, 1963, blz. 77-78.

²⁸ *Rivista di diritto internazionale*, 1975, 766.

Over deze uitspraak zie L. PLOUVIER, «L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Italie du 22 octobre 1975 dans l'affaire I.C.I.C.», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, 271.

²⁹ H.v.J., 9 maart 1978, *Simmenthal t. Italiaanse administratie der belastingen*, 106/77, *Jur.*, 1978, 629.

elke strijdige bepaling van de — zelfs latere — nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten»³⁰.

IV. De intrekking van het voorstel de verhouding internationaal recht — nationaal recht grondwettelijk vast te leggen

16. Het was te verwachten dat de Regering de uitspraak van het Hof van Justitie in de *Simmenthal*-zaak die door de Raad van State in zijn advies bijna tekstueel werd opgenomen³¹ niet zonder meer naast zich neer kon leggen. Enkele weken nadat de Raad van State het advies had gegeven werden door de Regering de oorspronkelijk ingediende teksten ingetrokken, zowel wat artikel 107bis van de Grondwet, als wat de gewone wet op de staatshervorming betrof.

In de nieuwe versie werd iedere verwijzing naar de bevoegdheid van het Arbitragehof geschrapt zodat van de aanvankelijk zeer uitgewerkte prejudiciële procedure niets meer werd behouden. De herziening van de prejudiciële bevoegdheid ten aanzien van de oplossing van conflicten tussen internationaal recht en de wet of het decreet had uiteindelijk tot gevolg dat zelfs de procedure voor het Arbitragehof om conflicten te regelen tussen interne normen uit het nieuwe grondwetsartikel en de gewone wet werd geweerd. De voorgestelde tekst van de Regering met betrekking tot deze nieuwe grondwetsregel — die inmiddels artikel 107ter was geworden³² — en die na bespreking in de kamercommissie nog lichtelijk werd gewijzigd en waarover uiteindelijk overeenstemming werd bereikt, luidde als volgt³³:

«§ 1. De wet stelt de procedure in om de conflicten tussen de wet, het decreet en de in artikel 26bis bedoelde regelen, alsook tussen de decreten onderling en tussen de in artikel 26bis bedoelde regelen onderling te voorkomen.

§ 2. Er bestaat voor geheel België een Arbitragehof, waarvan de samenstelling, de bevoegdheid en de werking door de wet worden bepaald.

Dit hof regelt de in § 1 bedoelde conflicten.»

Luidens een overgangsbepaling treedt artikel 107ter in werking binnen zes maanden na zijn afkondiging. In de gewone wet op de hervorming van de instellingen werd een voorlopige regeling ten aanzien van conflicten *tussen interne normen* uitgewerkt³⁴ waarbij iedere referentie naar het Arbitragehof werd geschrapt en waarbij aan de Raad van State ter zake een belangrijke opdracht werd toebedeeld, grotendeels voortbouwend op de wet van 3 juli 1971.

In een uiteenzetting voor de bijzondere kamercommissie stelde de eerste minister voor het vraagstuk van de conflicten tussen nationaal recht en internationaal recht «later te behandelen» en wees erop dat men ter zake «grond-

wettelijk en wettelijk gezien ... naar een aangepaste oplossing (zou) zoeken»³⁵. Bij de behandeling van de nieuwe tekst in de bijzondere kamercommissie bleek het weglaten van de regeling tot oplossen van conflicten tussen internationaal recht en nationaal recht op verzet te stuiten.

Een kamerlid merkte op dat het internationaal recht eveneens verband hield met de staatshervorming en dat het voorrangsbeginsel van het internationaal verdrag, zoals het Hof van Cassatie dit had bevestigd, ook tot resultaat kon hebben dat aan de wetgevende bevoegdheid van de gewesten werd geraakt. Via deze internationale omweg zou de centrale overheid op sommige gebieden haar afgestane soevereiniteit kunnen bewaren. Vooral werd ook gewezen op het feit dat de bevoegdheid die de instellingen van de Europese Gemeenschappen eventueel kunnen uitoefenen soms specifiek tot de decretale bevoegdheid behoort³⁶. In zijn antwoord merkte de eerste minister op dat het Parlement in de latere uitvoeringswet een principiële keuze zou moeten doen, doch dat thans in het kader van de staatshervorming de Regering zich ertoe beperkte te voorzien in een regeling van geschillen tussen normen die tot het intern recht behoren. Het Parlement diende derhalve zelf te beslissen of de bevoegdheid van het Arbitragehof in die zin moest worden uitgebreid; een initiatief van de Regering op dit vlak diende men evenwel niet meer te verwachten³⁷.

V. Besluit

17. Van het uitgangspunt van de Regering een grondwetsherziening met betrekking tot de verhouding internationaal recht, in het bijzonder Europees gemeenschapsrecht, en het interne recht door te voeren door middel van de invoeging van een nieuwe bepaling is uiteindelijk niet veel meer overgebleven. De aanvankelijk bij het Parlement ingediende teksten werden immers, na het advies van de Raad van State, zonder meer teruggetrokken. Dit, alsmede de verklaringen van de eerste minister, wettigen de veronderstelling dat hiermee definitief afstand werd genomen van de oorspronkelijke bedoeling en dat geöpteerd werd voor een status quo. Dit houdt in dat de justitiële en administratieve rechter de bevoegdheid blijft behouden om conflicten tussen internationale of Europees-communautaire normen enerzijds en interne regelen anderzijds te beslechten. Theoretisch blijft het niet uitgesloten dat de constituant nog deze verhouding zou vastleggen in een nieuw artikel 107bis, of zelfs dat de wetgever dit vraagstuk regelt, doch de mogelijkheid dat dit zal geschieden is vrijwel onbestaande na hetgeen zich onlangs heeft voorgedaan.

18. Er kan niet genoeg worden gewezen op de uiterst belangrijke inbreng van de Raad van State in het behoud van de huidige toestand. Via het advies op de gewone wet tot hervorming van de instellingen werd immers ook rechtstreeks de ontwerp tekst inzake de grondwetsherziening betreffende artikel 107bis «geraakt», hoewel de Raad van State formeel geen bevoegdheid bezit tot het verstrekken van adviezen bij voorstellen van de Regering tot grond-

³⁰ *Jur.*, 1978, 644.

³¹ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 435/1, bijlage, blz. 7.

³² *Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 10/9-4, blz. 11.

³³ Zie voorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 10/9-1 (toen 106bis). De definitieve versie van 107ter werd gepubliceerd in *B.S.*, 30 juli 1980.

³⁴ Zie gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *B.S.*, 15 augustus 1980.

³⁵ *Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 10/9-4, verslag Suykerbuyk en Van Cauwenberghe, blz. 2.

³⁶ Zie verwijzing noot 35, blz. 8.

³⁷ Zie eveneens verklaring van de eerste minister in de plenaire vergadering van de Senaat van 28 juli 1980, *Beknopt Verslag*, 990.

wetsherziening. Dit advies, waarin mede uitvoerig werd verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, kon kennelijk door de Regering niet op juridische gronden worden weerlegd. Er bleef voor de Regering met betrekking tot dit vraagstuk alleen een politiek antwoord over, doch zover wenste ze niet te gaan. Vanuit een politiek oogpunt konden een tweetal motieven worden aangevoerd als verdediging van het oorspronkelijk ontwerp.

De regeling waarbij aan één enkele *nationale* instelling de exclusieve bevoegdheid werd toegekend om conflicten tussen Europees gemeenschapsrecht en de wet of het decreet te regelen kon zijn ingegeven door een politieke keuze tegen de Europese integratie. De voorgestelde procedure voor het Arbitragehof waardoor de juridische integratie in haar grondvesten werd geraakt, zou als onderliggende gedachte kunnen hebben gehad de Europese integratie als zodanig te treffen. De juridische integratie behoort immers tot een van de belangrijkste en meest dynamische pijlers van het Europese integratieproces. Deze intentie kan de Regering echter niet worden toegeschreven; ze strookt bovendien geenszins met de regeringsverklaring, waarin precies bijzonder veel aandacht werd besteed aan de vooruitgang van de Europese integratie en aan de rol die ons land hierin moet spelen.

De thans bestaande regeling volgens welke de gewone en administratieve rechterlijke instanties zich over de conflicten tussen het internationaal of Europees gemeenschapsrecht en de wet of het decreet kunnen uitspreken wordt door sommigen opgevat als een eerste stap in de richting van een rechterlijke controle van de wet en van een «gouvernement des juges»³⁸. Of dit inderdaad het geval is kan worden betwijfeld aangezien de aard van de toetsing van de wet aan de Grondwet en van de wet aan een internationaal verdrag niet identiek is. Een verdrag is een overeenkomst door de Koning met andere Staten afgesloten; de Grondwet, zoals de wet, een norm welke van de drie takken van de wetgevende macht uitgaat. De wetgever, aldus professor Mast, heeft tegenover de Grondwet een gezag dat aan geen der gestelde machten toekomt, derhalve evenmin aan de rechterlijke macht, «en dat gezag mist (hij) tegenover het verdrag»³⁹. Bovendien hebben de hoven en recht-

banken, zoals de Raad van State terecht onderstreept, van de bevoegdheid de wet aan een verdrag te toetsen een «voorzichtig» gebruik gemaakt⁴⁰. Het is weinig waarschijnlijk dat de Regering met haar voorstel voor het nieuwe artikel 107bis een weloverwogen politieke keuze had gedaan omtrent de vraag welke van de staatsmachten ter zake het laatste woord diende te hebben, hoewel toch moet worden opgemerkt dat zij beide rechterlijke controles impliciet in zekere mate op gelijke hoogte stelt. Het gaat immers niet op, aldus de Regering, dat «een vrederechter de wet of een decreet aan een internationaal verdrag (zou) mogen toetsen, terwijl hij voor de toetsing van dezelfde wet of decreet aan de grondwettelijke normen inzake de bevoegdheden van de respectieve wetgevers, een prejudiciële vraag zou moeten stellen»⁴¹.

De geest en de letter van de oorspronkelijke ontwerpen inzake de regeling door het Arbitragehof van conflicten tussen interne normen gaan uit van de gedachte dat dergelijke vraagstukken niet door de justitiële en administratieve rechter dienen te worden opgelost: er was immers in een *verplichte* verwijzing naar het Arbitragehof voorzien. Dit hoeft nog niet per se te betekenen dat dit ook het geval is voor conflicten tussen Europees gemeenschapsrecht en de wet of het decreet. Men kan niet voldoende beklemtonen dat de meeste aspecten van de verhouding tussen het Europees gemeenschapsrecht en het nationale recht door het Hof van Justitie worden bepaald en omschreven, voornamelijk door middel van de prejudiciële procedure. Het Hof van Justitie heeft zich uitgesproken zowel over de omvang van zijn bevoegdheid als over de voorrang en directe werking van het Europees gemeenschapsrecht. Deze rechtspraak van het Hof van Justitie is sedert de *Ski*-uitspraak van het Hof van Cassatie door de Belgische rechter op de concrete geschillen die hij heeft moeten beslechten vrijwel zonder probleem toegepast. De verdoorgedreven «juridisering» van het Europees gemeenschapsrecht vooral door de bevestiging van de directe werking, waardoor dit recht, als communautair recht, inroepbaar wordt voor de *nationale rechterlijke instanties*, en door de procedurele binding bij de toepassing van het gemeenschapsrecht tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie via artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag, is de echte struikelsteen geweest voor de Regeringsontwerpen. Deze delicate verhouding tussen het Europees gemeenschapsrecht en het nationale recht heeft de val van de desbetreffende bepalingen veroorzaakt, waarin ook de regeling van de verhouding tussen het internationaal recht en het interne recht werd meegesleurd.

19. Wat de toekomst aangaat, inzonderheid de te verwachten wet betreffende het Arbitragehof, moet alleszins worden vermeden dat opnieuw het Europees gemeenschapsrecht wordt miskend. Het is juist dat de voorrang van het direct werkend gemeenschapsrecht gevolgen kan hebben op de normatieve bevoegdheid van de gewesten en van de gemeenschappen, die zich — net als de centrale staat — aan het Europees gemeenschapsrecht moeten houden. Met name in Italië heeft men zulks reeds ervaren⁴².

³⁸ Zie in die zin P. VERMEULEN, «De rechterlijke handhaving van regelen tot interne verdeling van soevereiniteit», *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 1980, 263, 268, noot 10; 272 en 275; eveneens R. SENELLE, «De onschendbaarheid van de wet», *R.W.*, 1970-71, 645.

³⁹ A. MAST, «De rechterlijke toetsing van de wetten opnieuw in de branding», in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Brussel, II, blz. 205; van dezelfde auteur, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, 1975, blz. 348; eveneens M. Marescau, *De directe werking van het Europees Gemeenschapsrecht*, Antwerpen, 1978, blz. 272.

Zie echter de conclusie van de procureur-generaal Ganshof van der Meersch in het geschil *Le Compte* waar hij zich afvraagt of het in overeenstemming is met de logica van het recht dat het individu «zijn toevlucht moet nemen tot de omweg van de internationale procedure, terwijl de Grondwet hem hetzelfde recht waarborgt, maar de rechter hem de vrijwaring daarvan in rechte niet kan verzekeren». De procureur-generaal ziet dan ook in de voorrang van de directe werkende regel van Europees gemeenschapsrecht op de wet een belangrijk argument om voor de grondwettigheidscontrole van de wet te pleiten (concl. Cass., 3 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 86).

⁴⁰ Zie verwijzing noot 21, blz. 5.

⁴¹ *Gedr. St., Senaat*, 1979-80, nr. 434/2, verslag André en Pétry, blz. 52.

⁴² Zie hierover C. COLINET, «Régionalisation et droit communautaire: le problème de l'application du droit communautaire

Dit betekent evenwel niet dat de centrale overheid «via deze internationale omweg» op sommige gebieden haar afgestane soevereiniteit zou kunnen behouden, zoals door een kamerlid werd geopperd. De centrale overheid is evenzeer als de gewesten en de gemeenschappen gehouden het Europees gemeenschapsrecht na te leven. Het komt er op aan dat ter zake de gewone en administratieve rechtscolleges hun bevoegdheid zouden bewaren om — overeenkom-

stig het *Simmenthal*-arrest — *aanstonds* al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale normen, inclusief de normen vastgesteld door de gewesten en de gemeenschappen, die de volle werking van de rechtstreeks toepasselijke Europese gemeenschapsregels in de weg staan.

Guy SCHRANS
Gewoon hoogleraar RUG

Marc MARESCEAU
Docent VUB

par les régions — Leçons à tirer de l'expérience italienne», *Cahiers de droit européen*, 1980, 75 e.v.

HET HUWELIJK IN RECHTSSOCIOLOGISCH PERSPECTIEF

Inleidende beschouwingen

Wie naar een rechtssociologisch relevante omschrijving van het instituut huwelijk uitkijkt, kan twee richtingen uit. Ofwel wordt het huwelijk vrijwel gelijkgesteld en beperkt tot het wettelijk huwelijk¹ ofwel wordt het ruimer opgevat. Tot deze laatste richting hoort de definitie van König². Onder (monogaam)³ *huwelijk* verstaat hij een seksuele rela-

tie tussen een man en een vrouw, die verondersteld wordt een tijdlang te duren en als dusdanig door de sociale omgeving (groep, bureu, familie ...) formeel of informeel erkend wordt. Een dergelijke omschrijving lijkt ons aan te sluiten bij de sociale realiteit. De specificiteit van het «huwelijk» gaat niet teloor: een toevallige of kortstondige of ongeoorloofde seksuele relatie verkrijgt het institutioneel karakter van het huwelijk niet. Anderzijds is het begrip ruim genoeg om verschillende vormen van huwelijk die in de loop van de geschiedenis tot ontwikkeling kwamen te omvatten. Los van de huidige formeel-wettelijke opvatting over het huwelijk worden terecht informele huwelijken sociologisch als volwaardig erkend. Het bestaan van een huwelijk is dan niet afhankelijk van een huwelijkscontract of huwelijksplechtigheid, maar van feitelijk samenleven als gehuwden.

Dat het huwelijk noodzakelijk een tijdsdimensie heeft, betekent niet dat er door (echt)scheiding geen einde aan kan komen. Wel zal een seksuele relatie, van een echtpaar dat publiek verklaart dat het slechts tijdelijk bedoeld werd, moeilijk door de sociale omgeving als huwelijk erkend worden.

Het huwelijk kan aanleiding geven tot vorming van een *gezin*⁴ (nuclear family): een samenlevingsgemeenschap (huishouding) door het huwelijk tot stand gekomen, hoogstens omvattend een echtpaar en een aantal ongehuwde jongeren, jegens welke dit echtpaar de ouderlijke rol vervult⁵. Man en vrouw, die gehuwd zijn, vormen geen

¹ Vele omschrijvingen beperken het huwelijk tot het «wettelijk» huwelijk: Huwelijk is in de westerse beschavingskring en in een deel der niet-westerse beschavingen de wettelijk geregelde, formeel (d.i. juridisch en veelal ook religieus) bekrachtigde levensgemeenschap tussen een man en een vrouw, naar de bedoeling van de echtgenoten en de wet, en naar de zin van de instelling voor het leven aangegaan. De grondslagen ervan worden gevormd door de natuurlijke elementen van het leven: seksuele behoefte en functie, voortplanting, behoefte aan genegenheid en kameraadschap, verzorging der uit het huwelijk geboren kinderen en vorming van dezen tot volwaardige leden van de samenleving. (J.M.M. DE VALK, e.a., *Encyclopedie van de sociologie*, Winkler Prins Bibliotheek, Elsevier, Amsterdam-Brussel, 1977, 125).

«Het huwelijk is een overeenkomst tussen twee personen, die wettelijk vastgesteld is en tot wederzijdse rechten en plichten leidt.» (M. BEUCKENS-DE VRIES en C.J. CROMWINCKEL-WEEDA, «Twee relaties naast het huwelijk, 1», in BEUCKENS-DE VRIES e.a., *Twee mensen en het recht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1974, 1-17).

«The establishment of the legal relationship of husband and wife in accordance with all of the legal requirements as set forth by political entity charged with the enforcement of law.» (Nye F.I. BERARDO F.M., *Emerging conceptual frameworks in family analysis*, Collier McMillan, Londen, 6nd ed., 1971, 276).

² R. KÖNIG, Sociological Introduction, The persons and family in the International Encyclopedia of Comparative Law, Mohr, Tübingen, 1974, t. IV, 39. Het huwelijk wordt hier ruimer opgevat dan de huwelijksceremonie, de rite de passage.

Een gelijklopende definitie luidt: «A socially sanctioned sex relationship involving two or more persons of the opposite sex whose relationship is expected to endure beyond the time required for gestation and birth of children» (Kirkpatrick, C., *The family: as process and institution*, 2nd. ed., New York, *The Ronald Press Company*, 1963, 15).

³ Duidelijkheidshalve voegen wij de term «monogaam» aan de omschrijving van König toe. Zijn definitie kan mits lichte wijzigingen toepasselijk gemaakt worden voor andere huwelijksvormen.

⁴ In het Nederlands, anders dan in het Frans of in het Engels, worden met de termen gezin en familie twee verschillende fenomenen aangeduid.

⁵ Deze definitie is geïnspireerd door de volgende gezinssociologische omschrijvingen.

Bij Kooy vinden wij een amper overwogen werkdefinitie ervan: «Het gezin is een door huwelijk tot stand gekomen sociale eenheid met specifieke structuur en functie, hoogstens omvattend een echtpaar en een aantal ongehuwde kinderen, jegens wie dit echtpaar de ouderlijke rol vervult; de leden van deze sociale eenheid zijn veelal op dezelfde plaats gevestigd.

«De kleinste en belangrijkste der sociale groepen, gewoonlijk bestaande uit een huishouding van een man en een vrouw, tussen wie een min of meer duurzame, sociaal erkende (seksuele) relatie bestaat, en de kinderen die uit deze relatie zijn voortgekomen, of door man en vrouw als de hunne worden beschouwd. Deze vorm

gezin, indien er geen kinderen zijn of indien de kinderen er niet meer mee samenwonen. Er is dus in deze gedachtingang geen sprake van gezin wanneer het echtpaar geen kinderen wil of kan hebben.

Familie (extended family) is niet tegen te stellen aan het gezin, doch vormt een *breder leefverband*, waarin gezinnen worden opgenomen. Deze uitgebreide familiege-meenschappen namen in de loop van de geschiedenis verschillende vormen aan⁶. Ten slotte zij opgemerkt dat familie soms wordt opgevat als een *verwantschapssysteem*, een groepering van bloed- en eventueel aanverwanten⁷.

... noemt men wel kerngezin.» J.M.M. DE VALK e.a., *Encyclopedie van de sociologie*, Winkler Prins Bibliotheek, Elsevier, Amsterdam-Brussel, 1977, 113).

«De sociale eenheid, die door huwelijk tot stand gekomen is en bestaat uit een echtpaar met ongehuwde kinderen, voor wie de ouderlijke rol wordt vervuld: de leden zijn op dezelfde plaats gehuisvest (H. BEUCKENS-DE VRIES en C.J. CROMWINCKEL-WEEDA «Twee relaties naast het huwelijk, 1», in M. BEUCKENS-DE VRIES e.a., *Twee mensen en het recht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1974, 1-17). Dit is het begrip gezin zoals dat door het Centraal Bureau voor de statistiek wordt gebruikt. Andere samenlevingsvormen: echtparen zonder kinderen (22%), gezinnen met andere personen (7%), één-ouder gezinnen (6%), alleenstaanden (12%), niet-gezinshuishoudens (3%).

«The family is a system of behaviours (acts, communications, meanings, feelings) which arises among people who relate to each other primarily in terms of the status of husband and wife or parent, child. (N.W. BELL, «Dimensions and concepts of the family, a critical view», in *Politica*, 26 (1976), 1, 3-15, blz. 6).

«... het gezin bestaat uit een huwelijk en het is dit huwelijk dat de basis is van het gezin ..., zijn kinderen die buiten gezinnen geboren worden zogenoemd onwettige, illegitieme kinderen ... Het gezin bestaat uit één man die gehuwd is met één vrouw en de kinderen die staande dit huwelijk geboren worden. Onder huishouding wordt verstaan deze groep van personen die onder eenzelfde dak wonen d.w.z. een gezamenlijke huishouding vormen.» (W.A. DUMON, *Het gezin in Vlaanderen*, Davidsfonds, Leuven, 1977, 7-8). «Het gezin is een min of meer duurzame samenlevingsgemeenschap van een man en een vrouw, met het uit hun verbintenis voortgekomen nageslacht.» (R. EYSINCK, *Gezinssociologie*, Van Loghum-Slaterus, Arnhem, 1962, 15).

«An enduring association of parent (or parents) and offspring whose primary functions are the socialisation of the child and the satisfaction of the members' desires for recognition and response.» (A.G. TRUXALL and F.E. MERRILL, *Mariage and the family in American culture*, 2nd. ed., Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall inc., 1953, 14-15) (Institutionele definitie).

⁶ Romeinse en westerse uitgebreide familiegemeenschappen worden besproken in J. VAN HOUTTE en J. BREDÁ, *Behoeftige bejaarden en onderhoudsplichtige kinderen, een rechtssociologisch onderzoek in Commissie van Openbare Onderstand en Vrederecht*, Deventer, Van Loghum Slaterus, 1976, 19-24, 31 e.v.).

⁷ De sociale eenheid gebaseerd op huwelijks- en verwantschapsbetrekkingen. De vraag wie tot de familie wordt gerekend, wordt verschillend beantwoord naar gelang van het volk, de beschaving en/of het type van sociale organisatie. Ook behoeft de familie niet steeds op bloedverwantschap te berusten; bij vele volken wordt de sociale vader (d.i. de echtgenoot van de moeder) wél, de biologische vader (d.i. de verwekker van het kind) niet als de vader van het kind beschouwd of wordt de relatie van het kind tot de sociale vader de belangrijkste geacht ...

De moderne familie in westerse (Europese) zin ontwikkelde zich uit de agrarisch patriarchale grootfamilie, een groep verwante gezinnen waarin drie of meer generaties voorkwamen...

Men had een gemeenschappelijke woonplaats en vormde een gesloten huishouding ... (J.M.M. DE VALK e.a., *Encyclopedie van*

Een ideologische en juridistische benadering van het instituut huwelijk

De voorgaande omschrijvingen van huwelijk en annexe instituten, die een coherent geheel vormen, dienen nog op hun rechtssociologische relevantie te worden getoetst vanuit de sociale werkelijkheid, waarin men het recht als dusdanig aan bod laat komen. Hoe het rechtssociologische perspectief aanduiden? Hoe de eigen werkelijkheid van het sociaal instituut huwelijk, los van de juridische suprastructuur, aantonen?

Om een antwoord te vinden op deze vragen, gaan wij als het ware per negativum te werk. Onlangs verscheen een studie van F. Heyvaert over het wezen van de instituten van afstamming en huwelijk⁸ die o.i. van een ideologische en juridistische instelling getuigt en derhalve tegengesteld is aan de rechtssociologische; vanuit de kritiek op de benadering van F. Heyvaert zullen wij de eigenheid van het rechtssociologische proberen aan te geven.

De studie van de evolutie van de rechtstechniek i.v.m. afstamming en huwelijk bracht F. Heyvaert ertoe naar een verklaring ervoor te zoeken, die hij meent gevonden te hebben. Het huwelijk is minstens een middel om het al dan niet behoren (van kinderen) tot een bepaalde verwanten-groep (= familiale afstamming) uit te maken en heeft uiteraard, als instituut, te maken met het feitelijk gegeven van de voortplanting. Het huwelijk zal — als instituut dat de familiale afstamming (mede)bepaalt — precies vanwege die functie een familiaal instituut zijn. Het zal dan ook in evenredigheid met de sociaal-economische betekenis van de familie, een familiale aangelegenheid zijn.

Naargelang de sociaal economische betekenis van het blijven-behoren-tot-zijn-verwantengroep aan reële betekenis verliest is het huwelijk niet een hulpmiddel in functie van een ander instituut, met name de familiale afstamming, doch wordt het een autonoom instituut in verband met de sociale-zekerheidsvoorziening tussen de man en de vrouw, onderling. Hun duurzame relatie (geconcretiseerd in de samenwoning) heeft meer en meer sociaal-economische regelingen nodig specifiek voor de verhouding tussen de twee partners, daar ze door het enkele feit van de samenwoning zelf een afzonderlijke economische (productie-en/of consumptie)-eenheid vormen.

Defamilialisering van het huwelijk betekent dat het huwelijk meer en meer een aangelegenheid wordt, afhankelijk van de individuele beslissing van de partners zowel m.b.t. het aangaan als de beëindiging ervan. Ook zou de defamilialisering gevolgen hebben op de inhoudelijke regeling van het huwelijk. Een uitdrukking van de familiale functie van het huwelijk was de uit patriarchale reminiscenties volgende maritale macht, die nu afzwakt en zelfs verdwijnt. De principiële onontbindbaarheid van het huwelijk sluit ook nauw aan bij zijn familiale functie. De voorziene en eventueel uitgewerkte planning i.v.m. de familiale vermogens,

de sociologie, Winkler Prins Bibliotheek, Elsevier, Amsterdam-Brussel 1977, 97).

«Familie verwijst naar een bloed- en aanverwantschapssysteem.» (W.A. DUMON, *Het gezin in Vlaanderen*, Davidsfonds, Leuven, 1977, 7).

⁸ F. HEYVAERT, «Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk», *R.W.*, 1979-80, 737-770.

die de basis vormden voor de sociale zekerheid van de betrokken verwantschappengroep(en) zou door een te gemakkelijke ontbinding van het huwelijk in de war gebracht worden. Door hetzelfde motief als de onontbindbaarheid en tevens als gevolg ervan is het streven naar eenmaligheid van het huwelijk verklaarbaar: een behoorlijk mens trouwt slechts eenmaal.

Deze beschouwingen moeten ertoe leiden aan te nemen dat in een sociaal-economisch systeem waarin de sociale zekerheid volkomen rechtstreeks door de Staat individueel gewaarborgd zou worden, de institutionalisering van enige samenlevingsvorm overbodig moet worden.

De institutionalisering is inderdaad enkel nodig vanwege de economische (d.i. sociale zekerheids-)functie die de samenwoning vervult. Wat meer is, de samenwoning zou eerst op zuiver andere (bv. affectieve) basis kunnen plaatsvinden, indien die samenwoning geen economische aspecten zou vertonen. Het is immers duidelijk dat persoonlijke vriendschapsrelaties, affectieve relaties enz., als zodanig geen institutionalisering behoeven. Deze relaties bepalen inderdaad zichzelf, normeren zichzelf. Het is aldus, steeds bekeken in het kader van een «affectieve» relatie, absurd in een norm te stellen dat twee personen elkaar moeten liefhebben (bv. de plicht tot bijstand van twee echtgenoten), dat ze met niemand anders dan met «de partner» geslachtsgemeenschap mogen onderhouden (plicht tot huwelijkstrouw), dat ze moeten samenwonen, dat ze dit alles levenslang moeten doen enz.

Het is echter te verwachten dat een volstrekte individualisering in de sociale-zekerheidsverschaffing, met de daarbij aansluitende volledige «bevrijding van de mens», voor lange tijd nog een utopie zal zijn. De kosten van huisvesting, voorziening van huisraad, onderhoud enz. lopen zodanig op, dat deze niet rechtstreeks door de Staat individueel zullen kunnen worden verschaft in een voorzienbare toekomst. Om economische redenen alleen reeds zal derhalve de organisatie van de sociale-zekerheidsvoorziening in een zeker groepsverband noodzakelijk blijven.

De niettemin voortschrijdende individualisering op basis van etatisering, laat echter nu reeds meer soepelheid toe. Indien de sociale-zekerheidsverstrekking nog steeds in groepsverband gebeurt (en zal blijven gebeuren), dan zal dat niet noodzakelijk nog in het kader zijn van strak afgeleide groepen, zoals het geschiedde bij de familiale organisatie. Meer en meer zal het tijdelijk en variërend gegeven van de samenwoning determinerend worden.

Inderdaad, indien het bovenstaande juist is, moet zich tegelijkertijd met de afzwakking van de institutionalisering van het huwelijk, minstens een beperkte institutionalisering van het concubinaat voordoen. Concubinerenden delen evenzeer als gehuwden, bepaalde sociale-zekerheidsverstrekkingen (huisvesting, huisraad, aanwending van inkomsten voor onderhoud enz.). Evenmin als bij «gehuwden», kan de staat dulden dat de sociale zekerheid, die aan de betrokken concubinerenden gezamenlijk werd verstrekt, voor de ene door een willekeurig optreden van de andere plotseling zou eindigen. Regelingen i.v.m. huisvesting, huisraad en inkomstenbesteding van concubinerenden zullen derhalve ontstaan (ook vooral om te gelden in geval van beëindiging van de samenwoning).

Waarom zouden deze voorzieningen beperkt moeten blijven tot de gevallen waarin de volwassen samenwonenden enkel een man en een vrouw zouden zijn?

De toestand is niet fundamenteel verschillend wanneer

twee mannen of twee vrouwen samenwonen. Waarom zou dan voor deze relaties niet in gelijkaardige noodzakelijke sociale-zekerheidsregelingen i.v.m. huisvesting, huisraad en inkomensbesteding moeten worden voorzien als voor het geval deze samenwonenden een man en een vrouw zijn? Zelfs indien men zou onderstellen dat kinderen organiek deel uitmaken van de groep, blijft deze bedenking gelden. In acht genomen immers het wezen van de afstammingsrelatie, kan de beschouwing dat twee mannen of twee vrouwen samen geen kinderen kunnen verwekken, niet afdoende zijn. Inderdaad, indien zij niet samen kinderen kunnen verwekken, dan verhindert echter niets dat ze samen ouders zouden zijn van hetzelfde kind of van dezelfde kinderen (juridisch realiseerbaar door de uitbreiding van de mogelijkheden tot adoptie voor ongehuwde paren, en tot meerdere personen van hetzelfde geslacht). Men moet zich trouwens de vraag stellen wat in een aldus geëvolueerde maatschappij nog het belang kan zijn van de «officiële vaststelling» van iemands geslacht. Moet het als het ware «geafficheerd» zijn dat iemand een «man» of een «vrouw» is?

En waarom zou de reglementering beperkt moeten blijven tot de hypothese van de samenwoning van twee volwassenen. Ook wanneer meer volwassenen (bv. commune) samenwonen, dringt voor het geval van de beëindiging ervan een regeling zich op in verband met de tot dan gezamenlijk betrokken woning, het gezamenlijk gebruikte huisraad en de herverdeling van de inkomstenverwerving en/of inkomstenbesteding.

Ideologische uitspraken en sociologische feiten

Wat eerst en vooral opvalt bij de lectuur van de bijdrage van F. Heyvaert zijn de veelvuldige ideologische uitspraken, die de schijn hebben van sociologische wetmatigheden. Hij poneert b.v. dat het huwelijk overbodig zou worden. «In een sociaal-economisch systeem waarin de sociale zekerheid volkomen rechtstreeks individueel gewaarborgd zou worden, moet de institutionalisering van enige samenlevingsvorm overbodig worden... Het is immers duidelijk dat persoonlijke vriendschapsrelaties, affectieve relaties enz., als zodanig geen institutionalisering behoeven.»

Deze «statements» steunen o.i. op geen sociale gegevens, die tot sociologische uitspraken zouden kunnen leiden. De auteur geeft geen actuele data, die dergelijke stellingen zouden staven. Sociologie en gezinssociologie wijzen integendeel op het feit dat interindividuele relaties, waarin het economische niet dominant is, aanleiding geven tot sociale normeringen.

D.H.J. Morgan, die nochtans gezinssociologische theorie en data zeer kritisch op de korrel nam, meent te moeten besluiten dat de sociale en de familiale verandering niet noodzakelijk wijzen op «the abolition of the family» ... «the safest prescription for the future is some form of pluralistic model»⁹.

De besproken uitspraken van F. Heyvaert moeten als ideologische en niet als sociologische beschouwd worden. Het zijn stellingen, die wellicht kunnen geplaatst worden

⁹ D.H.J. MORGAN, *Social theory and the family*, Londen-Boston, Routledge & Kegan Paul, 1975, 228-229.

onder de titel «freudo-marxisme van W. Reich»¹⁰.

Verdere bespreking ervan zou een discussie op het ideologisch vlak veronderstellen, wat niet de bedoeling is van onze studie.

Huwelijk: sociale versus juridische institutie

F. Heyvaert geeft aan zijn bijdrage de titel «Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk». Bij de beschrijving van het huwelijk grijpt hij steeds terug naar de componenten vervat in het recht, wat ons inziens sociaal reductionisme betekent: het sociaal instituut huwelijk wordt gereduceerd tot de juridische suprastructuur.

Vanuit rechtssociologisch perspectief willen wij nu proberen aan te tonen dat huwelijk een sociaal instituut vormt met een eigen sociale realiteit, los van de juridische suprastructuur. Wij zullen dit doen door de evolutie van de verhouding huwelijk en recht te schetsen.

Als algemeen uitgangspunt voor onze uiteenzetting kunnen wij de stelling van Rheinstein nemen.

Families, gezin en huwelijk zijn sociale instituties die als «prelegal» dienen te worden bestempeld. Zij bestaan lang voor het recht werd uitgedacht als een bijzondere techniek om het sociale leven te ordenen. Niet een wijze wetgever maakte dergelijke constructies¹¹. Het zijn sociaal genormeerde gedragingen m.b.t. de sexualiteit en interpersoonlijke relaties. In elke samenleving zijn dergelijke sociale normeringen te vinden, die uitdrukking geven aan de sociale idealen over de seksualiteit en samenleving. Doch steeds stelt men vast dat de idealen niet bereikt worden en de normen min of meer overtreden worden¹². Een gap tussen seksuele normen en seksuele gedragingen is derhalve «sociologisch» normaal (cultuur versus structuur).

Sociale normen kunnen nu de gestalte van mores aannemen: normen die, gelegitimeerd door de traditie, vaste contouren hebben. Worden deze mores op schrift gesteld, meestal op last van de gezagdrager(s), dan spreekt men van gewoonterecht. Rechtsnormen als sociale normen veronderstellen daarenboven een centraal politiek gezag dat normen formuleert en formaliseert.

Huwelijk en Recht bij de Romeinen

Voor het begrijpen van de huidige evoluties van recht en huwelijk lijkt het teruggrijpen naar de zagezegde «primitieve culturen» een hachelijke onderneming, die ons uiteindelijk weinig valide en betrouwbaar materiaal levert. In de 19e eeuw werd gretig uitgekeken naar ethnologische studies over de volkeren in de Stille Zuidzee¹³. Dergelijke

studies, hoe belangrijk ook voor een algemene cultuuranthropologie, roepen tal van vragen op waarmee de ethnologen van de 20e eeuw nog lang niet klaar zijn. Dat de specifieke primitieve instituties de oorspronkelijke gedaante zijn van onze moderne instituties waaruit deze laatste plus minus lineair uitgroeiden, wordt tegenwoordig nog moeilijk aanvaard.

Het lijkt ons dan ook eerder aangewezen als uitgangspunt voor de evolutie te nemen, een aangrijpingspunt dat enige homologie vertoont met onze samenleving en haar juridische bovenbouw: de Romeinse geschiedenis en cultuur. De sociale, familiale en juridische evoluties binnen de Romeinse samenleving vertonen immers heel wat gelijkenissen met de evoluties in onze westerse samenleving sinds de Middeleeuwen, zodat de analyse ervan ons kan helpen bij het beschrijven van de ontwikkelingstendensen binnen het eigen maatschappelijk bestel. Komt er nog bij dat onze civilisten zich door het Romeins recht lieten inspireren.

De Romeinen hielden familieaangelegenheden liefst buiten de rechtszaak. «Die Interna des Ehe- und Familienlebens vor Gericht zu verhandeln, hindert den Römer sein ausgesprochenes Gefühl für Würde und Dezens; ein moderner Ehescheidungsprozess würde ihm schamlos dünken. Er legt daher keinen Wert darauf die 'Innigkeit des Familienlebens' im Recht transparent werden zu lassen; so wenig als möglich Recht lautet auf diesem Gebiet seine Parole.»¹⁴

Van een huwelijkssluiting opgelegd en erkend door het recht was er eigenlijk geen sprake.

In de vroegste Romeinse geschiedenis kwam het huwelijk zonder enige juridische plichtpleging tot stand. Na een jaar huwelijk (usus = gebruik) viel de vrouw onder de macht (manus) van haar echtgenoot. «Il faut donc considérer cette première année de mariage comme une sorte de stage que la coutume impose à la jeune femme. Elle habite chez son mari, c'est-à-dire le plus souvent dans la maison de son beau-père, et sa situation y est assez précaire. Sans doute, ce beau-père n'a sur elle aucun droit, puisqu'elle est juridiquement demeurée dans sa famille qu'elle n'a quittée que matériellement, mais, à l'époque où nous nous plaçons, elle cherche à s'intégrer dans la famille de son mari. Elle ne peut le faire immédiatement: la célébration du mariage ne l'a pas introduite d'emblée dans le nouveau groupe familial. Il faut que pendant douze mois elle ait donné des preuves suffisantes de son attachement, et fait preuve de qualités qui rendent cette intégration désirable. Exigera-t-on qu'elle ait mis au monde un enfant ou qu'elle présente des signes de maternité future? Bien que des textes y fassent allusion, il ne semble pas que ç'ait été une condition indispensable¹⁵.» Het zou echter verkeerd zijn hieruit te concluderen dat het huwelijk in het archaische Rome zonder plichtplegingen verliep. «Tres nombreuses, au contraire, sont les cérémonies qui marquaient le jour du mariage et la nuit des noces. Que ces cérémonies aient eu un caractère plus religieux que juridique, qu'elles aient relevé, pour employer une terminologie plus commode qu'exacte, du fas plutôt que

¹⁰ W. REICH, *Die Sexuelle Revolution*, Frankfurt 1971. Voor een studie over Reich kan men verwijzen naar E. DE JONGHE, *Sexpol en totale revolutie*, Antwerpen-Utrecht, De Nederlandsche Boekhandel, 1974.

¹¹ M. RHEINSTEIN, «The Family and Law», in *The International Encyclopedia of Comparative Law*, Mohr, Tübingen, 1974, t. IV, 7.

¹² H. SCHELSKY, *Sociologie de la sexualité*, Parijs, Gallimard, 1966.

¹³ F. ENGELS, *De oorsprong van het gezin, van de particuliere eigendom en van de staat in verband met de onderzoekingen van Lewis H. Morgan*, Uitgeverij voor Literatuur in vreemde talen, Moskou, z.d.

¹⁴ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1934, (herdr. 1954), 15.

¹⁵ Voor de geschiedenis van het Romeins huwelijk steunen wij in hoofdzaak op een studie van H. LEVY-BRUHL, *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit Romain*, Parijs, Sirey, 1947, 63-79.

du jus, cela montre simplement qu'à Rome, comme dans d'autres sociétés, le mariage s'est laïcisé plus tard que d'autres institutions.»

Op het einde van de republiek was de maatschappij ge-laïciseerd en was de «usus» in onbruik geraakt. Men vond iets anders uit om de overdracht van de persoon en de goederen aan de man te bewerkstelligen. Dank zij de «coemptio» (schijnkoop) verkocht de vrouw zich rechtstreeks aan haar echtgenoot. Zij blijft een vrije vrouw die «loco filiae» tot de familie van haar echtgenoot gaat behoren. Huwelijk gepaard gaande met coemptio zou echter niet veel voorgekomen zijn.

De integratie van de vrouw in de domus van de man hetzij na «usus» of «coemptio» paste zeer goed in een traditionele landbouweconomie, waar de familia de gezinsvorm was om te overleven en de bestaanszekerheid van haar leden te waarborgen. Alle personen die in de domus een rol spelen dienen voor de noodzakelijke cohesie onder het gezag van de pater familias te vallen. Het openbreken van de autarchische landbouweconomie en de ontwikkeling van een handelseconomie maakt de «conventio in manu» (overdracht van de vrouw naar de familia van de man) niet zo nodig. Daarenboven won de gedachte, dat de vrouw haar eigen juridisch statuut diende te bewaren, meer en meer veld. Dit persoonlijk statuut kan alieni juris (onder het gezag van haar eigen vader) of sui juris (ten volle rechtsbekwaam).

Volgens het instituut van de usus viel de vrouw echter aan het einde van de twaalfde maand na het huwelijk onder de patria potestas van de pater familias en onder de manus van de man. Gaius zegt dat zij hieraan kon ontsnappen door drie opeenvolgende nachten tijdens dat jaar buitenshuis te gaan slapen (usurpatio trinoctii). Door het veelvuldig gebruik van de «usurpatio trinoctii», in de tijdsspanne tussen Cicero en Gaius, geraakte de usus en de bijhorende automatische «conventio in manu» in onbruik. In de 2e eeuw overheerst dan ook het huwelijk dat meestal als «sine manu» wordt gekenmerkt. Levy-Bruhl merkt op dat het niet om een nieuwe type van huwelijk gaat. «Ce mariage comportait, à l'origine, une manus, qui ne produisait ses effets qu'au bout d'un an de cohabitation, mais qui les produisait nécessairement. Progressivement, grâce à l'emploi de l'usurpatio trinoctii, la femme s'émancipa de cette manus et vécut au foyer conjugal, juridiquement indépendante de son mari. Elle pouvait cependant se placer volontairement sous sa manus au moyen d'une vente fictive, la coemptio, mais ce procédé ne paraît pas avoir été très souvent employé, et tomba, comme l'usus, en désuétude. En d'autres termes, le mariage romain primitif est un mariage avec manus différée. Cette manus, cessant de répondre aux exigences d'une société individualiste, sortit de l'usage, et pratiquement, à la suite de cette dégradation progressive de la manus, tous les mariages, à Rome, furent des mariages sine manu. Le mariage sine manu n'est donc pas un mariage d'un type nouveau, mais l'ancien mariage romain, dont la manus est éliminée¹⁶.»

Christelijk en Kerkelijk huwelijk¹⁷

In de eerste eeuwen van de kerkgeschiedenis trouwden

de christenen zoals iedereen, wat we vernemen uit de brief aan een Diognetes, geschreven door een onbekend auteur in de tweede eeuw na Christus. Trouwen zoals iedereen betekent: volgens dezelfde wetten en gebruiken, volgens dezelfde familiale rituelen als hun streek- en tijdgenoten. De huwelijksluiting was een strikt familiale gebeurtenis, waarbij de vader van de bruid, die juist als vader voor alle belangrijke aspecten van het familieleven verantwoordelijk was, als «voorganger van de viering» optrad. Er was helemaal geen sprake van een tussenkomst vanwege priesters of een bisschop. Elke kerkelijke aanspraak of juridische inmenging in deze aangelegenheden was hun onbekend.

De enige rechtstreekse inmenging van de bisschoppen bestond hierin, dat hun toestemming gevraagd werd voor huwelijken die gesloten werden tussen slaven en vrijen en tussen slaven onderling, omdat het Romeinse recht daaraan geen enkele juridische waarde hechtte. Deze burgerrechtelijk onbestaande huwelijken werden als «gewetenshuwelijk» beschouwd.

Vanaf de vierde eeuw wordt een geleidelijke kentering merkbaar. In de kleine, dikwijls vervolgde groepen christenen, waar iedereen met naam en toenaam gekend was, werden priesters en bisschoppen, wellicht als eregasten te midden van de familieleden en vrienden aanwezig, uitgenodigd om met een gebed en een huwelijkszegen het belang van het feestelijk moment en de religieuze draagwijdte van het gebeuren te onderstrepen. Vermeldenswaard is wel dat de priesters en bisschoppen in het geval van een tweede huwelijk nooit ingingen op deze vraag, wat zeer duidelijk het vrije en ongedwongen — in het begin misschien zelfs het toevallige — karakter van zulk een kerkelijke medewerking bevestigt!

Niettemin werden de «bedienaars van de eredienst» steeds meer bij de huwelijksluiting betrokken. Er was geen weg terug, vooral vanaf de Karolingische renaissance, toen de Kerk, enerzijds om latere nietigheidsaanspraken te voorkomen, de mogelijke graad van bloedverwantschap ging onderzoeken, en anderzijds zich vooraf wilde vergewissen van de vrijheid waarin de vrouw haar toestemming gaf. Deze laatste zorg van de Kerk ligt trouwens aan de oorsprong van de eerste discussies onder scholastieke theologen in de elfde en twaalfde eeuw om de wederzijdse, vrij uitgedrukte wil van de echtgenoten als het essentiële kenmerk van het huwelijk als «sacrament» te beschouwen.

Dit vrij algemene, tweevoudige, aan het huwelijk voorafgaande onderzoek — naar de afwezigheid van een verwantschapsbeletsel en naar de vrijheid van toestemming — werd, samen met meer plaatselijke verplichtingen, zoals de eis «publiek» te trouwen (wat niet noodzakelijk betekent

¹⁷ In een helder en goed gedocumenteerd artikel beschrijft L. De Fleurquin de evolutie van het christelijk huwelijk naar een kerkelijk huwelijk (L. DE FLEURQUIN, «Twee keer trouwen: een recht en een plicht», *Streven*, juli 1979, 928-933). De literatuur die hij hiervoor gebruikte was de volgende: K. RITZER, *Formen, Riten und religiöses Brauchtum der Eheschliessung in den christlichen Kirchen des ersten Jahrtausends*, Münster i. W., 1962; E. SCHILLEBECKX, *Het huwelijk. Aardse werkelijkheid en heilsmysterie*, Bilthoven, 1963; Th. REY-MERMET, *Ce que Dieu a uni... Le mariage chrétien hier et aujourd'hui*, Parijs, 1974; P. MUTEMBEL en J.B. MOLIN, *Le rituel du mariage en France du XIIe au XVIe siècle*, Parijs, 1974.

¹⁶ *Id.*, 79.

«kerkelijk!») opgelegd door het concilie van Verneuil in 755 en definitief in het hele Westen doorgedrukt door de Pseudo-Isidorische Decretalen.

Toch bleef volgens de middeleeuwse huwelijksopvatting de niet publieke huwelijks toestemming van twee gedoopten, gegeven buiten het weten van het kerkelijk of wereldlijk gezag, algemeen als geldig erkend.

Dit belette echter niet dat de door de eeuwen heen voortschrijdende en onomkeerbare verschuiving in het voordeel van een niet meer uitsluitend pastorale, maar tevens juridische verantwoordelijkheid van de Kerk vanaf de twaalfde eeuw leidde tot een uitgebreide huwelijksritus in het kerkportaal.

De laatste stap, de overgang van de reeds naar het kerkportaal overgebrachte huisviering naar de eucharistieviering binnen in het kerkgebouw, werd gezet tussen de dertiende en de zestiende eeuw. Alle afzonderlijke elementen van de huwelijksluiting werden verweven in het patroon van de eucharistieviering.

Maar ondanks deze binnenkerkelijke liturgische en juridische voorzieningen bleven — zoals reeds herhaaldelijk vermeld — de zonder priester of getuigen gesloten en zelfs met strenge straffen bedreigde niet-publieke huwelijken als geldig beschouwd tot aan het Concilie van Trente.

Slechts door het Decreet Tametsi, goedgekeurd door de Trentse concilievaders in november 1563, werd voor gedoopten de definitieve verplichting ingevoerd — op straffe van nietigheid van het huwelijk — de wederzijdse huwelijks toestemming uit te wisselen in aanwezigheid van de pastoor van de parochie, of van een priester door hem gemachtigd, en van twee getuigen. Deze conciliebeslissing betekende het einde van de clandestiene, maar niettemin tot dan toe geldige huwelijken tussen gedoopten. Het is ook deze regeling die, met enkele wijzigingen, neergeschreven werd als «de gewone rechtsvorm voor het huwelijk tussen gedoopten» in het vandaag nog steeds geldende Kerkelijke Wetboek van 1917.

Het burgerlijk huwelijk van de Code civil

De Franse wetgever zal zich niet laten inspireren door het Romeins huwelijk sine manu maar door het kerkelijk huwelijk, waarvan hij talrijke canonieke normen bijna letterlijk zal overnemen. Hier staan wij voor een paradoks. De revolutionaire wetgever meent wellicht het kerkelijk huwelijk het best te ondergraven door het in een gelaïciseerde vorm als burgerlijk huwelijk aan alle staatsburgers op te leggen. De primauteit ervan wordt gewaarborgd door zelf op te leggen dat het burgerlijk huwelijk alleszins het kerkelijk huwelijk vooraf dient te gaan¹⁸. Het burgerlijk huwelijk

wordt beschouwd als een plechtig contract, dat slechts tot stand komt op voorwaarde dat de formaliteiten voorgeschreven door de wet, nagekomen worden: de ambtenaar moet in het publiek van elke partij, de ene na de andere, de verklaring ontvangen, dat zij elkaar willen aannemen tot echtgenoten: hij verklaart daarna in naam van de wet dat zij door de echt verbonden zijn en maakt daarvan dadelijk een akte op (art. 75 B.W.).

Ten overvloede wordt door de wetgever over voorwaarden voor en gevolgen van het huwelijk uitspraken gemaakt, wat o.i. de indruk (wil) kan wekken: de wet creëert het huwelijk; in het recht kan het wezen van het huwelijk teruggevonden worden; het teloorgaan van het juridisch geïnstitutionaliseerd huwelijk betekent het einde van het huwelijk (in een nog extremere vorm het aanvreten van het huwelijk van de Code civil betekent het einde van het huwelijk).

Dergelijke uitspraken, die expliciet of impliciet bij F. Heyvaert terug te vinden zijn, getuigen van een gebrek aan rechtssociologisch inzicht m.b.t. het huwelijk. Bij het begin van deze bijdrage stelden wij reeds het huwelijk als «prelegat» voor. Uit de historische evolutie van de verhouding tussen het recht en het huwelijksinstituut blijkt o.i. overduidelijk dat de greep van het recht naar gelang van de historische periode sterk varieert¹⁹.

Niet alleen historische evoluties wijzen op de relatieve betekenis van het recht m.b.t. het instituut huwelijk doch de eigen kenmerken van het familierecht leiden tot dezelfde conclusies. Deze kenmerken zijn: positivering, selectiviteit en intimiteit²⁰.

Onder positivering verstaan wij het specifiek mechanisme, typisch voor de rechtsnorm, waarbij een formele rechtsbron, de wetgever, de rechtsnorm expliciet formuleert. Dit schept uiteraard de kans tot autonomie en discrepantie tussen recht en sociale werkelijkheid.

Met selectiviteit wordt een verschijnsel bedoeld, dat voor alle rechtsnormen kenmerkend is, doch heel in het bijzonder voor familierechtelijke normen. De wezenlijke intermenselijke problemen, waarmee het recht, inzonderheid het familierecht, te maken hebben, zijn slechts erbuiten oplosbaar. Spreekt het recht zich uit voor gelijkheid van man en vrouw in het huwelijk, dan rijst de vraag of dit effectief gerealiseerd wordt in een samenleving waar de vrouw niet dezelfde beroepskansen heeft als de man.

Familierechtelijke aangelegenheden worden verder gekenmerkt door een sfeer van intimiteit, die het recht dient te eerbiedigen, wat afstandelijkheid van het recht t.a.v. de familiematerie meebrengt.

Slotbeschouwing

Uit het voorgaande blijkt overduidelijk dat vanuit rechts-

¹⁸ «Het burgerlijk huwelijk moet altijd aan de huwelijksinzegening voorafgaan, behoudens de uitzonderingen door de wet te stellen, indien daartoe redenen zijn» (art. 16, 2e lid, Grondwet).

«Elk bedienaar van den eeredienst, die een huwelijk inzegt vóór de voltrekking van het burgerlijk huwelijk, wordt gestraft met eene boete van vijftig tot vijfhonderd frank. Deze bepaling is niet van toepassing wanneer een der personen die de huwelijksinzegening ontvingen, in levensgevaar verkeerde en elk uitstel van deze plechtigheid tot gevolg kon hebben haar onmogelijk te maken. In geval van een nieuw misdrijf van dezelfde soort, kan hij bovendien worden veroordeeld tot gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden» (art. 267 Sw.).

¹⁹ Onze studie beperkte zich tot samenlevingen, waar het recht tot ontwikkeling kwam, daar wij het meer inhoudelijke inzichten konden verschaffen voor ons huidige huwelijksrecht en huwelijksinstituut. Terloops herinneren wij eraan dat in maatschappijen waar het positief recht niet functioneert, een rijke variatie van huwelijksystemen bestaat, die sociaal genormeerd zijn.

²⁰ «Selektivität, Intimität, Ideologienfälligkeit» worden aangehaald en besproken door O. HARTWIG en B. REBE, «Familienrecht und Familiensoziologie», in E. KUHN, I. TOURNEAU e.a., *Familienrechtsreform, Chance einer besseren Wirklichkeit*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1978, 17-68, 29 e.v.

sociologisch standpunt het verarmend is het huwelijk gelijk te schakelen met het wettelijk huwelijk. Doet men dit wel dan getuigt het van historische blindheid. Immers, sociale normering en erkenning van een seksuele relatie tussen een man en een vrouw, die verondersteld wordt een tijdlang te duren, bestond en evolueerde in de loop der tijden los van een juridische regeling. Het sociaal instituut huwelijk heeft een eigen werkelijkheidswaarde, die een specifiek sociologisch begrip inhoud moet geven. Daarenboven, klampt men

zich vast aan het eng juridisch begrip huwelijk, dan bestaat het gevaar dat men moderne tendensen (b.v. gezinsvormen zonder formele wettelijke huwelijksluiting) moeilijk kan onderkennen en verkeerd zal duiden.

J. VAN HOUTTE
U.F.S.I.A.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 4 DECEMBER 1979

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Lebbe

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Delafontaine en Houtekier

Beroepsgeheim en geheimhouding — Door de rechtbank van koophandel als deskundige benoemd bedrijfsrevisor — Tijdens het onderzoek vastgestelde gegevens die op een misdrijf wijzen — Kennisgeving aan openbaar ministerie.

Uit art. 764, laatste lid, Ger. W. volgt dat, wanneer een rechterlijke instantie een deskundigenonderzoek heeft gelast, de door de gerechtelijke deskundige ingevolge de uitvoering van zijn opdracht verkregen gegevens en inlichtingen uiteraard bestemd zijn om ter kennis te worden gebracht, niet alleen van de rechter die het onderzoek heeft bevolen, maar tevens van de magistraat van het openbaar ministerie bij de betrokken rechtbank, in het bijzonder wanneer die gegevens wijzen op een misdaad of een wanbedrijf.

Wettelijk verantwoord is het arrest dat oordeelt dat bij de uitvoering van de taak van gerechtelijke deskundige, ook al was de deskundige aangesteld om reden van zijn beroepskwalificatie, de beroepsuitoefening ondergeschikt wordt aan de opdracht als deskundige en dat de bestemming van het deskundigenverslag wezenlijk uitsluit dat de deskundige tot geheimhouding van de verkregen gegevens tegenover de opdrachtgevende rechterlijke instantie en de procureur des Konings verplicht zou zijn.

C. t/ mrs. De Brouwer en Limpens q.q.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 maart 1979 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

A. Op de voorziening van C.:

1° In zoverre de voorziening gericht is tegen de veroordeling wegens de telastlegging B:

Over het middel ambtshalve afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet:

Overwegende dat het arrest, eensdeels, eiser tot een afzonderlijke straf veroordeelt wegens valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken (telastlegging B) op grond dat: eiser in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid

O., talrijke verkopen heeft voorgewend, aan een fictieve persoon, zogenaamd Vranckx, van goederen die niet werden geleverd en die zagezegd werden betaald; de fictieve facturen Vranckx deel uitmaakten van een systeem van zwarte boekhouding die gedurende jaren op een omvangrijke schaal werd georganiseerd; die facturen een van de middelen waren om een deel van de zwarte gelden te «officialiseren» en aldus een belangrijk onderdeel van het systeem uitmaakten; het bedrieglijk opzet van het geheel erin bestond gelden van de vennootschap van hun maatschappelijke bestemming af te wenden om ze zich ten nadele van de vennootschap en van de medevennoten persoonlijk toe te eigenen;

Overwegende dat het arrest, anderdeels, de tegen eiser ingestelde rechtsvorderingen van de burgerlijke partijen als ongegrond afwijst omdat «de aangehouden valsheden op zich zelf geen schade hebben veroorzaakt aan de schuldeisers»;

Overwegende dat die redengeving van het arrest in het onzekere laat of het hof van beroep oordeelt dat de bewezen verklaarde valsheden geen schade aan de schuldeisers hebben veroorzaakt omdat eiser zich in feite geen gelden van de vennootschap heeft toegeëigend en dus het oogmerk, waarmede het systeem van zwarte boekhouding was ingericht, niet geheel werd verwezenlijkt, dan wel omdat, ofschoon de valse facturen een belangrijk onderdeel uitmaakten van het systeem van zwarte boekhouding waardoor gelden van de vennootschap van hun maatschappelijke bestemming werden afgewend, zij niettemin niet bijgedragen hebben tot het plegen van de verduisteringen; dat in dit laatste geval de redengeving tegenstrijdig is;

Dat de redengeving derhalve dubbelzinnig is en de veroordeling niet regelmatig met redenen is omkleed;

2° In zoverre de voorziening gericht is tegen de veroordeling wegens de telastlegging C:

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 458 van het Strafwetboek, 27, tweede lid, van de wet van 22 juli 1953 op de bedrijfsrevisoren, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek, en van het algemeen rechtsbeginsel «fraus omnia currupt»,

doordat het arrest eiser veroordeelt wegens het niet kwijten van de belasting op de toegevoegde waarde (telastlegging C) op grond van bewijselementen die werden bekomen ingevolge het mededelen van gegevens aan de procureur des Konings door bedrijfsrevisor A. De J., aangesteld als deskundige door de voorzitter van de rechtbank

van koophandel om na te gaan of eiser, als zaakvoerder van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid O., door zijn beheer het maatschappelijk patrimonium van die vennootschap in gevaar heeft gebracht, welke gegevens de gerechtelijke deskundige ter kennis kwamen in de loop van zijn onderzoek, en de beslissing onder meer grondt op volgende overwegingen: dat de gegevens die de gerechtelijke deskundige ter zake binnen de perken van zijn opdracht heeft verzameld niet vallen onder het beroepsgeheim, omdat hij niet was aangesteld door de procederende partijen zodat de verhouding tot een cliënt afwezig was; het feit «deskundige» te zijn slechts een hoedanigheid is en geen beroep; zelfs als de expert professioneel optreedt hij afstand doet van een zekere beoordelingsvrijheid, daar hij gebonden is aan de opgelegde taak en de beroepsuitoefening ondergeschikt wordt aan zijn opdracht als deskundige; het deskundigenverslag essentieel voor derden bestemd is en de ruchtbaarheid, die eraan gegeven kan worden, de bestaansreden van het beroepsgeheim uitsluit; voor zoveel de gerechtelijke deskundige aan de bevoegde procureur des Konings een paar verdenkingen van misdrijven bekend heeft gemaakt, die hij tijdens de uitoefening van zijn opdracht zou hebben vastgesteld, er evenmin sprake kan zijn, bij de deskundige, van schending van het beroepsgeheim,

terwijl, eerste onderdeel, het beroepsgeheim niet uitsluitend is verbonden aan de uitoefening van een beroep maar bestaat telkens wanneer de functie of de opdracht, van de persoon een vertrouwenspersoon maken aan wie noodzakelijk geheimen moeten worden toevertrouwd; zulks ten deze het geval was nu de opdracht van de gerechtelijke deskundige meebracht dat eiser hem de waarheid moest mededelen wat als keerzijde heeft dat hij recht had op geheimhouding van de medegedeelde gegevens vanwege alle hierbij betrokken personen; het onder dat oogpunt van geen belang is dat de expert niet over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt, daar ook in het beroep er geen beoordelingsvrijheid bestaat wat betreft de zwijgplicht, die van openbare orde is; het eveneens zonder belang is dat het deskundigenverslag voor derden bestemd is aangezien ook de rechter, voor wie het verslag bestemd is, tot geheimhouding gehouden is; niet buiten beschouwing kan worden gelaten het feit dat de gerechtelijke deskundige bedrijfsrevisor is, nu deze beroepskwalificatie mede in aanmerking werd genomen bij zijn aanstelling als deskundige en hij in die hoedanigheid viel onder de bepaling van artikel 27, tweede lid, van de wet van 22 juli 1953, die hem aan de zwijgplicht onderwerpt;

tweede onderdeel, eiser in zijn conclusie had aangevoerd dat de gerechtelijke deskundige zijn opdracht te buiten was gegaan wat de documenten Vranckx en de B.T.W.-zaak betreft, aangezien deze het patrimonium van de firma niet in gevaar brachten, en het arrest nalaat te onderzoeken of de gerechtelijke deskundige dan niet eenvoudig zijn beroep van bedrijfsrevisor heeft uitgeoefend en of hij dan niet in de uitoefening van dat beroep door het beroepsgeheim was gehouden;

derde onderdeel, de zwijgplicht absoluut is in die zin dat aan niemand mededeling mag worden verstrekt, ook niet aan de procureur des Konings, tenzij de wet van de zwijgplicht ontslaat, wat ten deze niet het geval is;

vierde onderdeel, eiser in zijn conclusie had aangevoerd dat de gerechtelijke deskundige niet alleen enkele «verdenkingen» van misdrijven aan de procureur des Konings had bekendgemaakt, maar dat hij, blijkens zijn brief van 27 juni

1974, aan de procureur des Konings welbepaalde feiten had medegedeeld en zulks als resultaat van het onderzoek waarmede hij belast was, en het arrest ofwel op die conclusie niet antwoordt ofwel de betekenis van de brief van 27 juni 1974 miskent:

Wat het eerste en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 764, laatste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, het openbaar ministerie mededeling krijgt van alle zaken die voor de rechtbanken zijn ingeleid en daarin zitting neemt wanneer het zulks dienstig acht, en de rechtbanken of de hoven ook ambtshalve de mededeling kunnen bevelen;

Overwegende dat hieruit volgt dat, wanneer een rechterlijke instantie een deskundigenonderzoek heeft gelast, de door de gerechtelijke deskundige ingevolge de uitvoering van zijn opdracht bekomen gegevens en inlichtingen uiteraard bestemd zijn om ter kennis te worden gebracht, niet alleen van de rechter die het onderzoek heeft bevolen, maar tevens van de magistraat van het openbaar ministerie bij de betrokken rechtbank, en zulks in het bijzonder wanneer die gegevens wijzen op een misdaad of een wanbedrijf;

Overwegende dat het arrest derhalve, door te oordelen dat bij de uitvoering van de taak van gerechtelijke deskundige, ook al was de deskundige aangesteld om reden van zijn beroepskwalificatie, de beroepsuitoefening ondergeschikt wordt aan de opdracht als deskundige en dat de bestemming van het deskundigenverslag wezenlijk uitsluit dat de deskundige tot geheimhouding van de bekomen gegevens tegenover de opdrachtgevende rechterlijke instantie en de procureur des Konings zou zijn verplicht, de beslissing wettelijk verantwoordt;

Dat de onderdelen falen naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest oordeelt dat de gegevens die de gerechtelijke deskundige «ter zake binnen de perken van zijn opdracht» heeft verzameld, niet vallen onder het beroepsgeheim en zodoende te kennen geeft dat de deskundige bij het verzamelen van de gegevens zijn opdracht niet is te buiten gegaan;

Overwegende dat het arrest derhalve niet behoefde te antwoorden op de in het onderdeel weergegeven conclusie, die ingevolge de voormelde vaststelling, niet meer ter zake diendend was;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest uit de vaststelling dat hetgeen de deskundige aan de procureur des Konings bekend maakte «verdenkingen» van misdrijven waren, terwijl hij, volgens eiser aan de procureur des Konings «bepaalde feiten» bekend maakte, geen bijzondere gevolgen afleidt;

Dat het onderdeel derhalve, in zoverre het de miskennis van de bewijskracht van de brief van 27 juni 1974 aanvoert, bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

Overwegende dat het onderdeel, in zoverre het aan het arrest een gebrek aan antwoord op de conclusie verwijt, feitelijke grondslag mist, nu de considerans van het arrest volgens welke de gerechtelijke deskundige niet tot geheimhouding ten opzichte van de procureur des Konings gehouden was, een antwoord op de in het onderdeel bedoelde conclusie inhoudt;

(...)

NOOT—Door de voorzitter van de rechtbank van koop-handel was een deskundige aangesteld om na te gaan of de zaakvoerder van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid door zijn bestuur het maatschappelijk patrimonium van de vennootschap in gevaar had gebracht. De deskundige stelde in de loop van zijn onderzoek gegevens vast die op een misdrijf wezen en deelde ze mee aan de procureur des Konings. De zaakvoerder werd vervolgd en veroordeeld wegens het niet kwijten van de belasting op de toegevoegde waarde. Tegen die veroordeling stelde hij cassatieberoep in. Hij is van mening dat de *deskundige* bij het meedelen van zijn bevindingen aan de procureur des Konings zijn opdracht te buiten is gegaan; wat het niet kwijten van de BTW betreft was de deskundige, zo meent de zaakvoerder, als *bedrijfsrevisor* tot geheimhouding verplicht. In cassatie wordt dan ook in het hier besproken middel schending van art. 458 Sw. opgeworpen.

Argumenten van eiser

1. De gerechtelijke deskundige heeft verdenkingen bekendgemaakt als zou de zaakvoerder de BTW niet hebben gekweten, en heeft in dat verband welbepaalde feiten aan de procureur des Konings meegedeeld.

Door het niet kwijten van deze belasting werd het vermogen van de firma niet in gevaar gebracht, zo meent eiser. Daarom vielen de gegevens omtrent de BTW, nog steeds volgens eiser, buiten de opdracht van de deskundige.

Maar dan mocht laatstgenoemde deze gegevens niet meedelen; want zodra men buiten de grenzen van de eigenlijke deskundige opdracht treedt, herleeft als het ware de beroepshoedanigheid die betreffende de geheimhouding ongeschikt was aan de hoedanigheid van deskundige. En in zoverre de beroepshoedanigheid herleefde, was hij als bedrijfsrevisor tot zwijgplicht gebonden.

2. Eiser beweert dus blijkbaar niet dat een deskundige door het beroepsgeheim gebonden zou zijn, maar wel dat het beroepsgeheim van de bedrijfsrevisor herleeft, wanneer de bedrijfsrevisor als deskundige zijn opdracht te buiten gaat.

Dit is zijn hoofdargument. Subsidiar voert hij aan dat het beroepsgeheim telkens geldt «wanneer de functie of de opdracht, van een persoon een vertrouwenspersoon maken aan wie noodzakelijk geheimen moeten worden toevertrouwd». Verder merkt hij op dat de zwijgplicht van openbare orde is, en absoluut is in die zin dat aan niemand mededeling mag worden verstrekt, tenzij de wet van de zwijgplicht ontslaat.

Motivering van het Hof van Cassatie en kritische beschouwingen

I. Het hof van beroep was van oordeel dat de deskundige de gegevens omtrent de BTW binnen de perken van zijn opdracht heeft ingewonnen. Dit is een feitenkwestie: de deskundige is inderdaad gemachtigd allerlei vragen te stellen en inlichtingen te verkrijgen in zoverre hij dit nodig acht in verband met zijn opdracht.

Het Hof van Cassatie neemt deze zienswijze zonder meer over en ontnemt hierdoor eisende partij de mogelijkheid het hiervoor vermelde hoofdargument te doen gelden: in zoverre de deskundige buiten zijn opdracht handelt, geldt opnieuw zijn beroepsgeheim als bedrijfsrevisor.

II. Toegegeven dat dit argument hier in casu niet opgaat

— onregelmatigheden inzake BTW zijn wel relevant om zich een idee te vormen omtrent de vraag in hoeverre een zaakvoerder het patrimonium van zijn firma in gevaar bracht, verzekeren ons specialisten ter zake — maar het strikt juridisch argument dat hier werd aangewend, lijkt interessant. De gerechtelijke deskundige is vanzelfsprekend niet tot geheimhouding verplicht. Hij heeft een opdracht gekregen vanwege de rechtbank. Hij is niet de vertrouwenspersoon van verdachte, of van een van de in het proces betrokken partijen (A. Cloquet, *Deskundigenonderzoek*, A.P.R., Story, Gent, 1975, nr. 596; P. Lurquin, *Précis de l'expertise du code judiciaire*, Bruylant, Brussel, 1970, nr. 137; R. Van Lennep, *De geheimhouding*, Standaard-Boekhandel, Antwerpen, 1950, blz. 150-152).

In zoverre de deskundige echter een beroep uitoefent waarop art. 458 Sw. toepasselijk is, is hij, alleen binnen deze opdracht, ontheven van zijn zwijgplicht. Artikel 31 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, wijst trouwens in deze richting: «De door de werkgever gemachtigde en betaalde geneesheer gaat na of de werknemer werkelijk arbeidsongeschikt is; alle andere vaststellingen vallen onder het beroepsgeheim.» De geneesheer krijgt hier een welbepaalde opdracht. Wat daarbuiten valt, wordt beschermd door het beroepsgeheim.

III. Het Hof zal trouwens evenmin i.v.m. de andere bijkomende argumenten van eiser toegeven. Dat het beroepsgeheim van openbare orde is en absoluut moet worden opgevat, zijn overigens algemeenheden die weliswaar zeer genuanceerd moeten worden begrepen (Vgl. F. Van Neste, *Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?* R.W., 1977-78, 1281-1304).

Een gedachtegang van eisende partij lijkt bijzonder ongelukkig: als de opdracht van de gerechtelijke deskundige meebrengt dat men hem de waarheid moet meedelen, dan is de keerzijde daarvan dat men recht heeft op geheimhouding van de medegedeelde gegevens, zo lezen we in het eerste onderdeel. Het beroepsgeheim bindt o.i. niet omdat de geheimgerechtigde de *waarheid moest zeggen*, maar omdat anderen, derden — particulieren of overheid —, er ter zake geen aanspraak op kunnen maken geïnformeerd te worden, dus geen recht op het meedelen van deze particuliere waarheid hebben. De grondslag van de geheimhouding ligt niet in de waarheidsplicht van degene die zich aan iemand noodzakelijk toevertrouwt, maar in het gebrek aan recht op het vernemen van de particuliere waarheid bij anderen.

In de zo net vermelde bijdrage werd erop gewezen dat het verband tussen het recht op het verkrijgen van particuliere waarheden enerzijds, en de zwijgplicht anderzijds, als volgt zou kunnen uitgedrukt worden: in de mate dat het recht van derden op het vernemen van particuliere waarheden vermindert, wordt de zwijgplicht volstrekt.

Een interessante toepassing van deze wetmatigheid werd gemaakt in 1978, op het symposium te Antwerpen van de verzekeringsraadgeneesheren, door professor Schuermans in verband met het zeer omstrede probleem in hoeverre de verzekeringsgeneesheer medische informatie kan krijgen vanwege de behandelende geneesheer (L. Schuermans, «Enkele slotbeschouwingen, Consilio manueque», *Belgisch tijdschrift voor lichamelijke schade*, 1979, nrs. 2-3, blz. 154-159).

F. Van Neste
UFSIA

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 19 DECEMBER 1979

Eerste voorzitter: de h. Wauters

Raadsheer-rapporteur: de h. Van Leckwijck

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Houtekier en De Gryse

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Overlijden — 1. Rechthebbenden — Verlies van beroepsinkomsten van het slachtoffer — 2. Aftrek voor eigen onderhoud — Met inachtneming van de gezamenlijke inkomsten van het gezin.

1. De schade die voor de rechthebbenden van het slachtoffer van een dodelijk ongeval voortvloeit uit het verlies van zijn beroepsinkomsten, bestaat uit de derving van het deel van deze inkomsten waaruit zij een persoonlijk voordeel haalden.

2. Om het deel te bepalen waarvan de van het gezin deel uitmakende rechthebbenden genoten, mag de rechter rekening houden met het gezamenlijk bedrag van de inkomsten van het gezin, indien deze inkomsten hun invloed deden gelden op het deel van de inkomsten van het slachtoffer dat dit laatste aan zijn gezin besteedde.

N.V. H. t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 juni 1978 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de door de verweerders tegen eiseres ingestelde vordering tot schadevergoeding gegrond verklaart en dientengevolge aan eerste verweerder een bedrag toekent van 1.766.915fr. wegens materiële schade, op grond dat bij de raming van het materieel verlies van de overledene, alleen rekening wordt gehouden met het eigen inkomen van het slachtoffer en niet met het feit dat zij buiten haar bezoldigde betrekking ook nog een economische waarde vertegenwoordigde door haar prestaties in het huishouden noch met haar economische waarde na pensioengerechtigde leeftijd; dat also de aftrek voor eigen onderhoud, door de eerste rechter naar billijkheid bepaald op 33 percent, dient te worden berekend niet op het totale gezinsinkomen maar alleen op de eigen inkomsten van de overledene, zijnde 198.146fr. na aftrek van de sociale lasten (zie belastingaangifte); dat uit het voorgaande volgt dat er geen aanleiding bestaat om het door de eerste rechter toegekende bedrag, zijnde 1.766.915fr., te wijzigen,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest, ten einde de uiteindelijke materiële schade van eerste verweerder te berekenen, het vooropgestelde percent aan kosten voor persoonlijk onderhoud niet had mogen berekenen alléén op de eigen inkomsten van de overledene doch wel op de gezamenlijke inkomsten van het huishouden, met name de inkomsten van het slachtoffer berekend percent aan persoonlijke onderhoudskosten af te trekken van deze inkomsten van het slachtoffer om de materiële schade van verweerder te bepalen, hem méér toekent dan de werkelijk door hem geleden en te vergoeden schade (schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, de redenen, door het arrest aangehaald ten einde de berekening van het percent aan persoonlijke onderhoudskosten van het slachtoffer enkel en alleen op de eigen inkomsten van het slachtoffer te rechtvaardigen, meer bepaald «dat bij de raming van het materieel verlies van de overledene alleen rekening gehouden wordt met het eigen inkomen van het slachtoffer en niet met het feit dat zij buiten haar bezoldigde betrekking ook nog een economische waarde vertegenwoordigde door haar prestaties in het huishouden, noch met haar economische waarde na pensioengerechtigde leeftijd», bijgevolg onmogelijk de beslissing van het arrest wettelijk kunnen motiveren (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel het arrest enkel verwijt zijn beslissing niet wettelijk te hebben gemotiveerd;

Dat het zodoende kritiek oefent niet op een door het arrest begane tekortkoming aan zijn motiveringsplicht doch op de schending van andere wetsbepalingen dan artikel 97 van de Grondwet;

Dat het onderdeel niet ontvankelijk is;

Wat het eerste onderdeel betreft;

Overwegende dat de schade, die voor de rechthebbenden van het slachtoffer van een dodelijk ongeval voortvloeit uit het verlies van zijn beroepsinkomsten, bestaat in de derving van het deel van deze inkomsten waaruit zij een persoonlijk voordeel trokken;

Overwegende dat om het deel te bepalen waarvan de van het gezin deel uitmakende rechthebbenden genoten, de rechter rekening mag houden met het gezamenlijk bedrag van de inkomsten van het gezin zo deze inkomsten hun invloed deden gelden op het deel van de inkomsten van het slachtoffer dat dit laatste niet aan zijn gezin besteedde;

Overwegende dat ten deze het arrest door de in het middel aangehaalde consideransen te kennen geeft dat een hoger bedrag aan persoonlijke uitgaven zou moeten worden afgetrokken, maar het eventuele verschil gecompenseerd acht, doordat bij het berekenen van de materiële schade geen rekening werd gehouden met de prestaties van het slachtoffer in het gezin en met de activiteit die zij op pensioenleeftijd nog zou hebben gehad;

Dat het arrest door een onaantastbare beoordeling in feite aldus het gedeelte van de inkomsten van de echtgenote heeft bepaald waaruit de verweerders een persoonlijk voordeel trokken;

Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen;

Om die redenen, verwerpt de voorziening; veroordeelt eiser in de kosten.

NOOT—Zie in dezelfde zin: Cass., 18 februari 1975, R.W., 1974-75, 2591; Arr. Cass., 1975, 682; Pas., 1975, I, 620.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 JANUARI 1980

Voorzitter: de h. Versée

Raadsheer-rapporteur: de h. Sury

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaël
Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

1. Cassatie — Burgerlijke zaken — Vernietiging — Rechtsmacht van het verwijzingsgerecht — 2. Vermogensverschuiving zonder oorzaak — Bestaan van een overeenkomst met een derde.

1. Het rechtscollege dat uitspraak doet op verwijzing na cassatie, mag enkel kennis nemen van het geschil zoals het door het Hof van Cassatie in het verwijzingsarrest is afgebakend en kan niet opnieuw oordelen over reeds beslechte aangelegenheden die aan dit rechtscollege niet zijn onderworpen door het Hof van Cassatie.

2. De stelling volgens welke een vordering op grond van de vermogensverschuiving zonder oorzaak niet kan worden uitgesloten ingevolge het bestaan van een overeenkomst met een derde, is in rechte niet verantwoord.

S. en V. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 april 1978 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Gelet op het arrest door het Hof op 5 december 1975 gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1105, 1134, 1135, 1156, 1251, 3°, 1319, 1320, 1322, 2011, 2021, 2025, 2032 en 2033 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest de door de eisers qualitate qua ingestelde vordering tot terugbetaling van een gedeelte van de betaalde schuld, die zij baseerden op de wettelijke subrogatie in de rechten van de betaalde schuldeiser, verwerpt op grond: dat J. en T.V., ieder in eigen naam, zich ten opzichte van de bank verbonden om het grootste gedeelte van het fabrieksgebouw evenals hun respectieve particuliere onroerende goederen in der minne te laten verkopen en de opbrengst ervan tot aanzuivering van de schuld van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid M. te besteden; dat verweerder geenszins gehandeld heeft in hoedanigheid van schuldenaar van een ondeelbare verbintenis noch als borg die jegens zijn ex-vennoot en voor hem verplicht zou zijn geweest tot kwijting van het saldo van de kredietopening die destijds aan voornoemde vennootschap werd toegestaan; dat ten deze J. V. door vrijwillige realisatie, door verkoop van een gedeelte van zijn persoonlijke eigendommen en de aanwending van de opbrengst ervan tot vermindering van het maatschappelijk passief, niets dan zijn eigen verbintenis ten aanzien van de schuldeisers heeft nagekomen; dat de eisers qualitate qua als zodanig niet de wettelijke subrogatie genieten,

terwijl, eerste onderdeel, verweerder en wijlen V. D. zich samen in de akte van 8 april 1966 verbonden hadden op hun persoonlijke eigendommen en de tegenwaarde ervan zou dienen om de schuld van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid M. tegenover de bank te verminderen, zodat beiden als borg voor de schulden van de vennootschap optraden en het arrest, door er anders over te beslissen, zowel de uitvoerbare kracht als de bewijskracht van deze overeenkomst miskent (schending van de artikelen 1134, 1135, 1156, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek),

tweede onderdeel, zowel verweerder als wijlen J. V. door de akte van 8 april 1966 zich verplicht hadden de schulden van de personenvennootschap met beperkte aansprake-

lijkheid M. te voldoen, indien deze personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid niet zelf daaraan voldeed, zodat deze overeenkomst wel een contract van borgtocht was (schending van de artikelen 1105, 2011 en 2021 van het Burgerlijk Wetboek),

derde onderdeel, de eisers qualitate qua, die samen met verweerders als borg waren gehouden voor de schulden van de vennootschap, wel gerechtigd waren de wettelijke subrogatie tegenover verweerder in te roepen, te meer nu zij het grootste gedeelte van de schuld hadden betaald (schending van de artikelen 1251, 3°, 2025, 2032 en 2033 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat het arrest van het Hof van Beroep te Gent in zijn niet vernietigde gedeelte heeft geoordeeld dat, enerzijds, de rechtsvoorganger van de eisers en, anderzijds, verweerder tegenover de Bank X niet zijn opgetreden als hoofdelijke en ondeelbare schuldenaars samen met de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid M., doch jegens genoemde bank enkel gehouden waren «propter rem», dit is als derden die hypotheek op hun goederen hebben verleend zonder enig persoonlijke verbintenis aan te gaan;

Overwegende dat het middel in zijn drie onderdelen van de stelling uitgaat dat, enerzijds, de rechtsvoorganger van de eisers en, anderzijds, verweerder als borgen voor de schulden van voormelde vennootschap zijn opgetreden, hetgeen een persoonlijke verbintenis tot betaling boven de hypotheekstelling impliceert;

Overwegende dat het Hof van Beroep te Brussel, op verwijzing, enkel kennis mocht nemen en heeft genomen van het geschil zoals het door het Hof in het verwijzingsarrest werd afgebakend en niet opnieuw kon oordelen over reeds beslechte aangelegenheden die aan het hof van verwijzing niet werden onderworpen door het Hof;

Dat het middel niet-ontvankelijk is;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van het algemeen rechtsbeginsel van de verrijking zonder rechtmatige oorzaak, en van de artikelen 1121, 1312, 1376 tot 1381 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de door de eisers qualitate qua ingestelde vordering tot terugbetaling van een gedeelte van de betaalde schuld en steunend, in subsidiaire orde, op de «actio de in rem verso», verwerpt op grond: dat de ongegronde vermogensverschuiving een gebrek aan rechtvaardiging onderstelt; dat het derhalve voldoende is dat de verrijking of de verarming te rechtvaardigen is, opdat er geen reden meer tot het herstellen van de vorige toestand zou bestaan; dat ten deze, de verkoop in der minne van twee woonhuizen die aan de eisers qualitate qua toebehoorden, geschiedde in overeenstemming met de bank die, overigens, over het recht beschikte de gedwongen realisatie van deze eigendommen te eisen; dat er geen sprake is van verarming en verrijking respectievelijk van J. en T.V. zodra het te gelde maken van de onroerende goederen voor eerstgenoemde voortvloeide uit de uitvoering van de overeenkomst aangegaan tussen hem en een derde, namelijk de Bank X; dat de kwestieuze vermogensverschuiving op een geldige oorzaak berustte,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest ten onrechte beslist dat er ter zake geen verarming of verrijking zou zijn daar de verarming van wijlen J. V. te wijten was aan een overeenkomst die hij met een derde had aangegaan; immers alleen

een contract tussen partijen gesloten de vermogensverschuiving kan rechtvaardigen (schending van het algemeen rechtsbeginsel, en van de artikelen 1121, 1312, 1376 tot 1381 van het Burgerlijk Wetboek),

tweede onderdeel, in alle geval het arrest, dat een beroep doet op een overeenkomst gesloten tussen wijlen J. V. en een derde, geenszins de omstandigheden en clausules aanduidt die aan de vermogensverschuiving een rechtmatige oorzaak geven, zodat de wettigheid van de beslissing niet kan worden nagegaan (schending van het algemeen rechtsbeginsel en van alle bepalingen):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de stelling van de eisers, volgens welke een vordering op grond van de vermogensverschuiving zonder oorzaak niet kan worden uitgesloten ingevolge het bestaan van een overeenkomst met een derde, in rechte niet verantwoord is;

Dat het onderdeel naar recht faalt;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, door vast te stellen dat de verkoop in der minne van de twee woonhuizen, die aan de rechtsvoorganger van de eisers toebehoorden, geschiedde in overeenstemming met de bank die overigens over het recht beschikte de gedwongen realisatie van deze eigendommen te eisen, het arrest de ten deze niet betwiste omstandigheden en clausules aanduidt, die naar het oordeel van de rechters, de rechtmatige oorzaak van de verarming van genoemde rechtsvoorganger van de eisers oplevert;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Om die redenen, verwerpt de voorziening; veroordeelt de eisers in de kosten.

NOOT—1. Zie in dezelfde zaak het verwijzingsarrest van Cass., 5 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 277, met noot van J.H. Herbots; *J.T.*, 1976, 351; *R.C.J.B.*, 1977, 469, met noot van J. Declercq-Goldfracht.

2. Betreffende de vraag of een vordering op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak mogelijk is wanneer er een overeenkomst met een derde bestaat, zie Cass., 17 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 1363, met noot.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 24 MAART 1980

Voorzitter: de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur: de h. Janssens

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Baeck en Dassesse

Feestdagen — Tewerkstelling op een feestdag — Inhaalrust — Loon voor inhaalrustdag — Loonplichtige werkgever.

De betaling van het loon voor een inhaalrustdag valt krachtens art. 9, eerste lid, van het feestdagenbesluit ten laste van de werkgever die de werknemer op de inhaalrustdag in dienst heeft.

N.V. Rederij C. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 januari 1977 door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, in laatste aanleg, gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 50 van het koninklijk besluit van 9 april 1965 betreffende de Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij, 11, 14 van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen, 9 van het koninklijk besluit van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen en 97 van de Grondwet,

doordat het vonnis beslist dat eiseres de som van 1.637 fr. moet betalen als loon voor de wettelijk bepaalde inhaalrustdag om de volgende redenen: «op grond van artikel 50 van het koninklijk besluit van 9 april 1965 betreffende de Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij heeft eiser (thans verweerder) het wachtgeld dat hij voor de dag van 14 november 1975 ontving, moeten terugbetalen daar hij binnen 6 weken na de voornoemde gewerkte feestdag geen aanspraak heeft laten gelden bij verweerster (thans eiseres) op de vergoedingen bepaald bij de artikelen 11 en 14 van de wet van 4 januari 1974 (inhaalrustdag); daar artikel 50 van het koninklijk besluit van 9 april 1965 bepaalt dat geen wachtgeld wordt verleend voor de inhaalrustdagen toegekend krachtens de wet of krachtens een al dan niet algemeen verbindend verklaarde beslissing van het bevoegde paritair comité of krachtens de collectieve arbeidsovereenkomsten of de gebruiken die van kracht zijn in de koopvaardij en op grond van de genoemde artikelen 11 en 14 van de wet van 4 januari 1974 op de betaalde feestdagen en 3 van de collectieve arbeidsovereenkomst voor shoregangers, dient de vordering als gegrond toegekend te worden»,

terwijl, eerste onderdeel, de overwegingen van het vonnis uitsluitend betrekking hebben op het gebeurlijk recht van verweerder op loon voor een wettelijk bepaalde inhaalrustdag; noch de artikelen 11 en 14 van de wet van 4 januari 1974, noch artikel 50 van het koninklijk besluit van 9 april 1965 — dit laatste heeft alleen betrekking op de Pool der Zeelieden — bepaalt door wie dit loon voor de wettelijk bepaalde inhaalrustdag moet worden betaald; dit uitdrukkelijk wordt geregeld door artikel 9 van het koninklijk besluit van 18 april 1974 waarvan de tekst luidt als volgt: «De betaling van het loon voor een feestdag, een vervangingsdag of een inhaalrustdag valt ten laste van de werkgever die de werknemer op dat ogenblik in dienst heeft; wanneer de werknemer gelijktijdig bij verscheidene werkgevers in dienst is, betaalt ieder van dezen een aandeel in het loon, in evenredigheid met de arbeid die in zijn dienst is verricht» (schending van de artikelen 11, 14 van de wet van 4 januari 1974, 50 van het koninklijk besluit van 9 april 1965 en 9 van het koninklijk besluit van 18 april 1974);

tweede onderdeel, door na te laten enige wetsbepaling die een veroordeling van eiseres kan verantwoorden, in zijn motieven aan te halen, de beslissing niet wettelijk gemotiveerd is (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Omtrent de grond van niet-ontvankelijkheid door verweerder hieruit afgeleid dat het middel feiten en recht vermengt, nu het onderzoek ervan het Hof ertoe verplicht na te gaan of verweerder op de inhaalrustdag van 14 november 1975 al dan niet in dienst van eiseres was:

Overwegende dat het vonnis wel vaststelt dat verweerder het wachtgeld dat hij voor 14 november 1975 van de

Pool van de Zeelieden ter Koopvaardij had ontvangen, diende terug te betalen, omdat hij binnen 6 weken na de feestdag van 11 november 1975 zijn aanspraak op een inhaalrustdag niet had doen gelden; dat evenwel noch in het vonnis noch in het middel wordt aangenomen dat de inhaalrustdag waarop verweerder recht had, op 14 november 1975 viel; dat in het vonnis of het middel evenmin het recht op loon afhankelijk wordt gesteld van de vraag of verweerder op die dag al dan niet in dienst van eiseres was;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, luidens artikel 9, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 1974, de betaling van het loon voor een feestdag, een vervangingsdag of een inhaalrustdag ten laste valt van de werkgever die de werknemer op dat ogenblik in dienst heeft;

Dat de betaling van het loon voor een inhaalrustdag, volgens deze bepaling, ten laste valt van de werkgever die de werknemer op de inhaalrustdag in dienst heeft;

Dat het vonnis de veroordeling van eiseres tot betaling van loon voor een inhaalrustdag door de in het middel aangehaalde overwegingen niet wettelijk verantwoordt;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

NOOT—Zie ook Arbh. Antwerpen, 25 juni 1979, *R. W.*, 1979-80, 2450.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 28 APRIL 1980

Voorzitter: de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Houtekier en De Bruyn

Arbeidsongeval — Ongeval op de weg naar of van het werk — Verblijfplaats — Begrip.

De verblijfplaats in de zin van art. 8, § 1, tweede lid, A.O.W. is de plaats waar de werknemer, ten minste tijdelijk, woont.

Het feit dat men een bepaalde woning geregeld bezoekt, noch de bedoeling zich op een bepaalde plaats op te houden, volstaat opdat die woning of die plaats een verblijfplaats vormt.

V. t/ General Accident Fire
and Life Corporation Ltd.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 februari 1979 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de door eiser tegen verweerder ingestelde vordering om te horen zeggen dat het ongeval dat hem overkomen is te Kermt op 7 juni 1976, een arbeidsongeval is, verwerpt op grond: dat het vermoeden dat

eiser een verblijfplaats in de gebruikelijke zin van de term bij zijn ouders zou hebben gehad, door het arbeidshof niet wordt gedeeld; dat het feit dat uitwonende kinderen, gehuwd of ongehuwd, hun ouders geregeld bezoeken, nog niet betekent dat zij in de woonplaats van de ouders een verblijfplaats met een zekere vastheid volgens artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet hebben gevestigd; dat eiser overigens een extensieve uitlegging van het begrip «verblijfplaats» benadrukt, luidens welke het kenmerk van een zekere continuïteit niet zou zijn vereist, in dier voege dat het enkele feit dat hij na het huwelijk in het huis van zijn ouders nog enkele uren zou hebben gerust (wat hij niet bewijst), deze woning tot zijn verblijfplaats voor de bewuste nacht zou maken; dat deze opvatting in strijd is met de wettekst, die aan de term «verblijfplaats» geen bijzondere draagwijdte toeschrijft welke het mogelijk zou maken elke willekeurige plaats, waar de werknemer zich tussen de arbeidsperiodes ophoudt, daaronder te begrijpen; dat eiser weliswaar betoogt dat het niet verantwoord zou zijn een werknemer uit de bescherming van de Arbeidsongevallenwet te sluiten, wanneer hij ten gevolge van de aard van zijn opdrachten alle dagen een nieuwe verblijfplaats zou moeten nemen; dat het arbeidshof echter van gevoelen is dat de term «verblijfplaats» hier oneigenlijk gebruikt wordt, dat men beter van plaats van overnachting kan spreken en dat een verkeersongeval in dit verband veeleer de kwalificatie van een eigenlijk arbeidsongeval dan een ongeval op de weg naar of van het werk zou verdienen

terwijl, eerste onderdeel, eiser bij conclusie staande hield dat hij, als vrijgezel die bij zijn werkgever inwoont, zeer geregeld bij zijn ouders verblijft en derhalve aldaar een verblijfplaats heeft; het arrest de geregelde aard van deze bezoeken niet ontkent en dan ook ten onrechte beslist dat deze bezoeken niet de nodige vastheid zouden hebben om een verblijfplaats te zijn; deze motieven, die wel de geregelde aard van de bezoeken erkennen, maar de verblijfplaats uitsluiten wegens gebrek aan vastheid, tegenstrijdig en duister zijn (schending van de artikelen 8, § 1, tweede lid, van de wet van 10 april 1971 en 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, eiser volgens zijn bedoeling de nacht had doorgebracht bij zijn ouders en vandaar direct naar zijn werk vertrokken was, zodat het hem alsdan overkomen ongeval een arbeidsongeval op de weg naar het werk is; inderdaad het vereiste van continuïteit of vastheid van de verblijfplaats door de Arbeidsongevallenwet niet gesteld wordt en de bedoeling op een bepaalde plaats te verblijven volstaat (schending van artikel 8, § 1, tweede lid, van de wet van 10 april 1971);

derde onderdeel, het feit dat eiser alle dagen een nieuwe verblijfplaats zou nemen, ook al was dat niet als gevolg van de aard van zijn opdrachten, geenszins tot gevolg zou hebben dat het hem alsdan op de weg tussen zijn verblijfplaats en het werk overkomen ongeval geen arbeidsongeval op de weg van het werk zou zijn (schending van artikel 8, § 1, tweede lid, van de wet van 10 april 1971);

vierde onderdeel, de motieven van het arrest onduidelijk en vaag zijn; het inderdaad onmogelijk is na te gaan of de vordering van eiser verworpen werd, omdat hij wel geregeld bij zijn ouders overnachtte maar niet standvastig genoeg, ofwel omdat hij ze wel geregeld bezocht maar er niet overnachtte, althans niet standvastig genoeg, ofwel omdat hij er maar eenmaal overnachtte; derhalve de wettelijkheid van de beslissing niet kan worden nagegaan (schending van

de artikelen 97 van de Grondwet en 8, § 1, tweede lid, van de wet van 10 april 1971);

Wat het eerste, het tweede en het vierde onderdeel betreft :

Overwegende dat de verblijfplaats in de zin van artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, de plaats is waar de werknemer, ten minste tijdelijk, woont ;

Dat derhalve noch het feit dat men een bepaalde woning geregeld bezoekt, noch de bedoeling om zich in een bepaalde plaats op te houden, volstaat opdat die woning of die plaats een verblijfplaats vormt ;

Overwegende dat het arrest beslist dat het feit dat uitwonende kinderen, gehuwd of ongehuwd, hun ouders geregeld bezoeken, nog niet betekent dat zij in de woonplaats van de ouders een verblijfplaats met een zekere vastheid hebben gevestigd, en vaststelt dat eiser niet bewijst dat hij een dergelijke verblijfplaats bij zijn ouders had ;

Dat het arbeidshof aldus duidelijk te kennen geeft dat, ook al bezoekt de werknemer zijn ouders geregeld, hij daarom bij hen nog niet zijn verblijfplaats heeft in de zin van voornoemd artikel 8 ; dat deze redengeving de beslissing wettelijk verantwoordt ;

Wat het derde onderdeel betreft :

Overwegende dat het arbeidshof door de in het onderdeel bekritiseerde redengeving antwoordt op een door eiser geformuleerde hypothese, die zich ten deze niet voordoet ;

Dat het onderdeel, dat tegen een ten overvloede gegeven reden is gericht, niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. — 1 APRIL 1980

Voorzitter : de h. Van Hecke

Raadsheren : de h. Raymaekers en Colla

Substituut-procureur-generaal : de h. Vandeplas

Onderzoeksgerechten — Verzet tegen beschikking van kamer van inbeschuldigingstelling.

Behoudens de gevallen waarin de onderzoeksgerechten als vonnisgerechten zitting houden, staat tegen hun beschikkingen geen verzet open.

De verdachte die niet verschenen is voor de kamer van inbeschuldigingstelling bij de verwijzing van zijn zaak naar de correctionele rechtbank, kan geen verzet doen tegen deze beschikking.

C.

Gezien het verzet aangetekend door Hugo C. voornoemd bij exploit van gerechtsdeurwaarder Jan De Bellder uit Antwerpen op 21 maart 1980 tegen het arrest bij verstek uitgesproken door dit hof, zelfde kamer op 26 februari 1980, dat hem betekend werd bij exploit van gerechtsdeurwaarder Dany Deprez uit Roeselare op 11

maart 1980, bij welk arrest werd verklaard dat het hoger beroep niet ontvankelijk is en waarbij eiser op verzet veroordeeld werd tot de kosten van zijn hoger beroep ;

Gehoord het openbaar ministerie in zijn vordering ;

Overwegende dat verdachte ter zitting niet verschenen is ;

Overwegende dat geen verzet openstaat tegen beschikkingen van de onderzoeksgerechten, behoudens de gevallen waarin zij als vonnisgerechten zitting hielden ;

Overwegende dat voor de verdachte, die niet verschenen is voor de kamer van inbeschuldigingstelling bij de verwijzing van zijn zaak naar de correctionele rechtbank, aldus geen verzet openstaat tegen deze beschikking ;

Het hof, kamer van inbeschuldigingstelling, rechtdoende bij verstek ;

Verklaart het verzet niet ontvankelijk ;

Veroordeelt de verdachte tot de kosten van zijn verzet.

NOOT—*Het verzet tegen de beschikkingen van de K.I.*

Het is niet omdat artikel 223 Sv. een debat op tegenpraak tussen het openbaar ministerie en de beklaagde heeft ingesteld, dat de beklaagde nu ook het recht zou hebben om verzet te doen tegen een bij verstek gewezen beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling (Cf. Cass., 13 december 1954, *Arr. Cass.*, 1955, 265 ; R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Etude sur l'opposition aux décisions rendues par les juridictions correctionnelles et les tribunaux de police », *R.D.P.*, 1932, p. 727, nr. 17).

Wanneer de onderzoeksgerechten zitting houden als vonnisgerecht (bv. inzake internering, probatie), kan de beklaagde verzet doen zoals voor gewone vonnisgerechten.

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 12 MEI 1980

Voorzitter : de h. Meers

Raadsheren : de hh. Janssens (rapporteur) en van Gelder
Openbaar ministerie : de h. Vandeplas

Inkomstenbelasting — Beslissing van de directeur — Kennisgeving.

Wanneer de aangetekende verzending de belastingplichtige niet bereikt heeft, maar de beslissing van de directeur achteraf persoonlijk overhandigd werd aan de betrokkene die voor ontvangst heeft getekend, dan is de kennisgeving rechtsgeldig geschied op het ogenblik van de overhandiging van de beslissing.

W. t/ Belgische Staat

Gelet op de bestreden beslissing van de directeur der directe belastingen te Antwerpen, 1e Directie, genomen op 31 maart 1977 ;

Overwegende dat voormelde beslissing de be-
zwaarschriften van appellant, ingediend tegen de aanslagen

in de personenbelasting betreffende de aanslagjaren 1972 en 1973 (navordering), afwijst;

Overwegende dat appelllant op 8 juli 1977 een voorziening bij dit hof heeft ingediend overeenkomstig de bepalingen van art. 278 en art. 279 van het W.I.B.;

Overwegende dat appelllant in zijn verzoekschrift, waardoor hij zich voorziet bij dit hof, opwerpt dat de bestreden beslissing hem «nog steeds niet op wettelijke wijze per aangetekend schrijven ter kennis gebracht werd»;

Overwegende dat de Belgische Staat de aangetekende verzending van 31 maart 1977, niet besteld wegens «bestemming onbekend vertrokken zonder adres achter te laten», ten onrechte inroept aangezien voormelde mededeling aantoonde dat de aangetekende brief het door art. 276, laatste lid, W.I.B. beoogde rechtsgevolg, nl. de termijn van voorziening in beroep te doen lopen, niet kan hebben gehad (zie Cass., 24 okt. 1977, *R.W.*, 1977-78, 1243);

Overwegende echter dat uit stuk 41 van het fiscaal dossier blijkt dat aan appelllant op 17 mei 1977 een afschrift van de bestreden beslissing werd overhandigd «ter directie» van Antwerpen; dat appelllant deze ontvangst bevestigt door de ondertekening van voormeld stuk na de vermelding «gezien» te hebben geschreven;

Overwegende dat deze overhandiging bovendien nergens door appelllant wordt betwist of tegengesproken, zodat de Belgische Staat het bewijs heeft geleverd dat de kennisgeving — bedoeld in de artikelen 276 en 280 van het W.I.B. en waardoor de termijn van voorziening in beroep is beginnen te lopen — rechtsgeldig is geschied op 17 mei 1977;

Overwegende dat de voorziening, ingediend op 8 juli 1977, de termijn bepaald in art. 280 W.I.B. niet eerbiedigt en derhalve niet toelaatbaar is wegens laattijdigheid;
(...)

NOOT—De kennisgeving van de beslissing van de directeur

1. De beslissing van de directeur werd bij ter post aangetekende zending aan het adres van de belastingschuldige gestuurd, maar de aangetekende zending heeft hem blijkbaar nooit bereikt. De aangetekende brief werd niet besteld, maar teruggestuurd naar de directeur der belastingen met de vermelding «bestemming onbekend, vertrokken zonder adres achter te laten.»

De betrokkene woonde nochtans op het aangeduide adres en het is blijkbaar ten gevolge van een vergissing van de postbode dat de brief niet besteld werd.

2. Het Bestuur poneerde dat er een vermoeden bestaat dat de aangetekende brief de dag volgend op de verzending aan de betrokkene werd besteld. De rechtspraak aanvaardt dat de bestelling de eerste werkdag na de verzending is gevolgd, voor zover de geadresseerde in België verblijft of het bewijs niet voorbrengt dat hij de zending later heeft ontvangen.

In elk geval diende de postbode de aangetekende brief aan te bieden aan het huis van de geadresseerde en zoals voorgeschreven moest hij dan ook het in artikel 80, § 1, van het ministerieel besluit van 12 januari 1970 vermelde bericht achterlaten als hij de geadresseerde niet kon aantreffen opdat de belanghebbende gedurende veertien dagen de aangetekende zending op het postkantoor kon afhalen.

Deze formaliteiten werden blijkbaar niet in acht genomen en de postbode vergenoegde zich met het aanbrengen van

de vermelding dat de betrokkene vertrokken was zonder adres achter te laten. Er kon dan ook geen sprake zijn van een regelmatige kennisgeving die de termijn van beroep overeenkomstig artikel 276 W.I.B. doet lopen.

3. Enkele weken later kwam de belastingschuldige bij het Bestuur informeren naar zijn bezwaarschrift en de directeur overhandigde hem dan de aangetekende brief die niet besteld was. Door deze uitreiking aan de betrokkene in persoon, geschiedde de kennisgeving op regelmatige wijze en begon de termijn van beroep te lopen (cf. Hof Antwerpen, 20 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2633, met noot).

A. Vandeplas

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 9 APRIL 1979

Voorzitter: de h. Clercx

Rechtters: mevr. Bertrand en de h. Schollaert

Advocaten: mrs. Vandyck loco Raskin en Decat loco Jaeken

Pacht — Beëindiging in onderlinge overeenstemming — Geldigheidsvoorwaarden.

Een in een authentieke akte van verkoop opgenomen vroegere verklaring van de pachter nopens de voortijdige beëindiging van de pacht is niet geldig, wanneer hij de authentieke akte niet heeft ondertekend.

A. e.a. t/ C. e.a.

De oorspronkelijke eis strekte ertoe de pachtopzegging in datum van 4 februari 1977 van het perceel weiland, gelegen (...) geldig en van waarde te horen verklaren tegen stoppeloort 1980 of tegen de eerste nuttige vervalldag door de wet toegelaten.

Partijen betwisten niet dat appellanten sedert 1 november 1966 pachters zijn van het goed.

Geïntimeerden, die het pachtgoed kochten bij akte van verkoop verleden voor het ambt van notaris X. op 15 september 1969 beweren dat appellanten bij onderling akkoord de lopende pacht hebben beëindigd op 1 november 1971 en dat vanaf laatstgenoemde datum een nieuwe pachtovereenkomst ontstond.

In de akte van voorlopige toewijzing van 20 juni 1969 waarbij de massa van 3 ha 37 a 45 ca, waaronder het pachtgoed, voorlopig aan eerste geïntimeerde werd toegewezen, werd als bijzondere voorwaarde gestipuleerd dat dit pachtgoed te aanvaarden is op 1 november 1971 en dat eerste appelllant verklaarde akkoord te gaan «met hetgeen hier voorafgaat omtrent de aanvaarding».

Geïntimeerden kochten op 15 september 1969 het pachtgoed (lot 4) onder voorwaarde dat lot 4 te aanvaarden is op 1 november 1971, dat de koper het genot ervan krijgt vanaf 1 november 1969 en dat eerste appelllant de palen en draad rond lot 4 die zijn eigendom zijn tegen het einde van de pacht zal ontruimen.

Bij de koop van het goed beoogde eerste geïntimeerde

blijkbaar vanaf 1 november 1971 de volledige beschikking te hebben van het goed en aan de lopende pacht een einde te maken met ingang van 1 november 1971.

Voor verkorting van de conventionele en wettelijk geregelde duur van de pacht moeten echter *beide* partijen uitdrukkelijk hun instemming geven.

Hoewel de notariële akte van voorlopige toewijzing van 20 juni 1969 de verklaring van eerste appellant akteert dat hij akkoord gaat met de bijzondere voorwaarde van aanvaarding, is eerste appellant geen partij in deze overeenkomst en heeft hij de akte niet ondertekend. Eerste appellant trad evenmin als partij op in de koopovereenkomst van 15 september 1969 en ondertekende deze akte niet.

De voorgelegde authentieke akten leveren enkel tussen de contracterende partijen een volledig bewijs op van de overeenkomst die erin is vervat.

Ofschoon de notariële akte van pachtbeëindiging niet uitsluitend de vaststelling van het tussen partijen inzake pachtbeëindiging gesloten akkoord tot voorwerp moet hebben, kan het louter akteren van een verklaring van de pachter die geen partij is in de overeenkomst en geen medeondertekenaar van de notariële akte, niet worden beschouwd als zijn uitdrukkelijk akkoord met de vroegtijdige beëindiging van de pacht.

Het akkoord moet worden vastgelegd in een authentieke akte die door de partijen, verpachter en pachter, moet worden ondertekend (Sevens en Traest, *Pacht*, nr. 134).

Geïntimeerden brengen geen authentieke akte of verklaring voor de vrederechter bij waarin het akkoord van partijen is vastgesteld om de pacht met ingang van 1 november 1971 te beëindigen.

De eerste pachtperiode verstreek in 1975 zodat de thans lopende pachtperiode eindigt in 1984.

De pachtopzegging voor eigen gebruik kan ten hoogste 4 jaar voor de beëindiging van de lopende pachtperiode worden gegeven (art. 7, 1°, en art. 11, 2°, van de Pachtwet).

De pachtopzegging van 4 februari 1977 leefde deze opzeggingstermijn niet na en is derhalve ongeldig.

(...)

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE GENT

17 MAART 1980

Voorzitter: de h. Van Hove

Rechters: de hh. Petit en Matthys

Openbaar ministerie: de h. Fiers

Advocaat: mr. Le Paige

Bevoegdheid — Ratione loci — Bewarend beslag onder derden — Plaats van het beslag — Woonplaats van de beslagene.

De vorderingen inzake bewarende beslagen worden uitsluitend gebracht voor de rechter van de plaats van het beslag, tenzij de wet anders bepaalt.

Inzake beslag onder derden is de plaats van het beslag de plaats van de woonplaats van de beslagene.

N.V. B. t/ M. en C.

Gezien de stukken, inzonderheid het eensluidend ver-

klaard afschrift van de beschikking, gegeven op 8 februari 1980 door de beslagrechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, waarbij, met toepassing van artikel 640 van het Gerechtelijk Wetboek, de zaak ambtshalve naar de arrondissementsrechtbank verwezen werd;

Overwegende dat requestrante bij verzoekschrift van 1 februari 1980 toelating vroeg om bewarend beslag onder derden te leggen in handen van de P.V.B.A. L. te Gent, op de gelden die dit bedrijf aan M. en C., beiden wonende te Antwerpen, verschuldigd zou zijn;

Overwegende dat artikel 633 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de vorderingen inzake bewarende beslagen uitsluitend worden gebracht voor de rechter van de plaats van het beslag, tenzij de wet anders bepaalt;

Overwegende dat inzake derdenbeslag de plaats van het beslag de plaats is van de woning van de beslagene (Fetweis, II, blz. 326, nr. 596; Donnay, *Rec.Gen.*, 1969, 21.251, nr. 5, blz. 125; vgl. onder de gelding van artikel 51 van de wet van 25 maart 1876, Cass., 14 januari 1886, *Pas.*, 1886, I, 46 (motieven); Beltjens, I, 2e uitg., blz. 382, nrs. 14 en 16; *Pand.B.* v° Comp. Civ. territ., nrs. 569 en 571; *id.*, v° Saisie-arrêt, nrs. 639 en 641; *R.P.D.B.*, v° Compét. en mat. civ. et comm., nr. 1695; *id.*, v° Saisie-arrêt, nr. 226; Leurquin, nr. 135);

Overwegende trouwens dat door het instellen van een beslagrechter nagestreefd werd «de centralisatie, in de hoofdplaats van ieder arrondissement, van alle maatregelen die betrekking hebben op de uitvoering van akten en vonnissen» (Verslag Van Reepinghen, I, bl. 503); dat deze centralisatie het best verwezenlijkt wordt in het arrondissement van de woonplaats van de beslagene; dat artikel 1390 van het Gerechtelijk Wetboek een van de aspecten van die centralisatie regelt, terwijl art. 1719, tweede lid, van hetzelfde wetboek er een andere uiting van is; dat overigens de beslagene de verweerder is in de procedure van beslag onder derden (G. de Leval, *La Saisie-Arrêt*, uitg. 1976, nr. 11 en de aldaar aangehaalde beslissingen); dat, nu hem de mogelijkheid moet worden geboden zijn verweer in optimale omstandigheden resp. zonder aanmerkelijke kosten te voeren, de vrijwaring van de rechten van de verdediging gebiedt de beslagen schuldvordering aan de woonplaats van de beslagene te verbinden (G. de Leval, *op. en loc. cit.*);

Op die gronden,

De Arrondissementsrechtbank,

Verwijst de zaak naar de beslagrechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen.

NOOT—Zie Jean Laenens, «Overzicht van de rechtspraak (1970-1978), De bevoegdheid», *T.P.R.*, 1979, 354, nr. 251.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT

KORT GEDING — 15 APRIL 1980

Voorzitter: de h. Matthys

Advocaten: mrs. Gobert en De Roeck

Handelspraktijken — Verbod handelsbenaming te gebruiken — Dwangsom — Toepassing — Op 1 maart 1980 hangend geding.

Wegens de gelijkaardigheid van de door partijen verkochte goederen en de relatief nabije verkoopplaats is het gebruik van de handelsbenaming «Aluganda» door verweerster aan te merken als een oneerlijke handelspraktijk die verweerster het voordeel kan verschaffen van de ingeburgerde benaming «Alu-Gent» waarvan eiser reeds vroeger, en thans nog, gebruik heeft gemaakt.

In die omstandigheden is de vordering tot staken gegrond, alsmede de vordering tot veroordeling van verweerster tot betaling van een dwangsom voor het geval zij niet aan het opgelegde verbod voldoet.

Hoewel de wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, die in het Gerechtelijk Wetboek is ingevoegd onder de artt. 1385bis tot 1385nonies, pas op 1 maart 1980 in werking is getreden, is deze wet, die een wet op de rechtspleging is, toepasselijk op een sedert 26 februari 1980 hangend geding (art. 3 Ger. W.).

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

De vordering strekt ertoe verbod te horen opleggen aan verweerster om nog verder, op welke manier en in welke vorm ook, de handelsbenaming «Aluganda» te gebruiken voor haar sedert 3 januari 1980 te M. gedreven handelszaak in aluminiumconstructies omdat het gebruik van deze benaming strijdig is met de bepalingen van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, inzonderheid de artt. 20 en 54 van evengemelde wet.

Eiser vordert bovendien dat wij verweerster zouden veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 2.500fr. per dag mocht zij aan het te geven verbod niet voldoen. Hij vordert ten slotte én de publikatie van de beschikking én de aanplakking ervan op het uitstalraam van verweersters handelszaak of op een voor het publiek duidelijk zichtbare plaats.

Tot staving van zijn vordering zet eiser uiteen dat nu hij sedert 1 januari 1978 onder de benaming «Alu-Gent» handel drijft, het gebruik van de benaming «Aluganda» bij het publiek, zowel leveranciers als cliënteel, verwarring sticht met betrekking tot zijn handelszaak die bovendien op dezelfde cliënteel is aangewezen en tenslotte niet ver van verweersters handelszaak gelegen is.

Verweerster betwist deze verwarringsmogelijkheid met de bewering dat de benaming «Alu» gemeengoed is en om die reden veelvuldig gebruikt met een nawoord en tenslotte haar handelsactiviteit verschilt met die van eiser.

Overwegende dat vaststaat dat eiser, die sedert 30 oktober 1974 handel drijft, reeds vóór 1980, meer bepaald sedert 1 januari 1978, gebruik maakt van de benaming «Alu-Gent» en dat verweerster hiervan niet onwetend was of kon zijn nu één van haar twee vennoten als zelfstandige gedurende jaren voor eiser heeft gewerkt;

Dat evenmin voor ernstige betwisting vatbaar is dat de handelsbedrijvigheid van partijen, zoals blijkt uit de omschrijving ervan in de door hen gevoerde reclame, gelijkaardig is nl. aluminiumconstructies zoals ramen, deuren, poorten, rolluiken, zonnewering, en dat beide partijen zich wenden tot een zelfde cliënteel;

Overwegende verder dat verweerster niet ontkent dat zij haar handelszaak P.V.B.A. «Aluganda» heeft op een plaats gelegen op nog geen kilometer in vogelvlucht van de vestigingsplaats van eiser;

Dat het dan ook voor de hand ligt dat wanneer een nieuwe zaak gevestigd wordt in de naaste omgeving van evengemeld gebied, zoals dit het geval is met het bedrijf van verweerster, de potentiële klanten die ten deze zich bovendien zullen laten leiden door de vrij opvallende gelijkkluidendheid van de benamingen «Alu-Gent» en «Aluganda» onbewust in de overtuiging gaan verkeren dat Aluganda een nieuw verkooppunt is, kortom een uitbreiding of bijhuis van de bestaande zaak «Alu-Gent»;

Overwegende derhalve, dat wegens de gelijkaardigheid van de door partijen verkochte koopwaren en de relatief nabije verkoopplaats, het ons voorkomt dat de daad van verweerster de handelsbenaming «Aluganda» te gebruiken een oneerlijke handelspraktijk is die verweerster het voordeel kan verschaffen van de ingeburgerde benaming «Alu-Gent» waarvan eiser reeds vroeger, en thans nog, gebruik heeft gemaakt;

Dat de vordering dan ook gegrond voorkomt met inbegrip van de als dwangsom opgevorderde vergoeding van 2.500fr. per dag ten einde verweerster te doen besluiten aan de veroordeling te voldoen; dat immers, hoewel de wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom die in het Gerechtelijk Wetboek is ingevoegd onder de artikelen 1385bis tot 1385nonies, slechts op 1 maart 1980 in werking is getreden, deze wet die er een is op de rechtspleging, op dit sedert 26 februari 1980 voor ons hangend rechtsgeding van toepassing is (art. 3 Ger. W.);

Overwegende dat wat de vraag tot bekendmaking van dit bevel tot staking betreft, wij op deze vraag in de hierna bepaalde mate kunnen ingaan nu wij van oordeel zijn dat de publikatie van ons vonnis gelet op de door verweerster gevoerde reclame en, inzonderheid, de vergeefse poging door eiser in der minne aangewend om het gebruik van deze verwarringstichtende handelsbenaming te beletten, de gepaste wijze is om aan de nawerking van de geïncrimineerde handelspraktijk een einde te maken;

Op die gronden,

Rechtdoende ingevolge art. 59 van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken, op de wijze van het kort geding, Verklaaren de vordering ontvankelijk en gegrond.

Leggen verbod op aan verweerster de benaming «Aluganda» verder op welke wijze ook voor handelsdoeleinden te gebruiken.

Veroordelen haar om deze benaming die op de uithangborden, reclames, borden, vensters en handelsbescheiden zouden voorkomen, te verwijderen binnen de termijn van acht dagen na de betekening van dit vonnis.

En enkel voor het geval verweerster evengemeld verbod binnen de hiervoren gestelde termijn niet opvolgt, veroordelen haar tot de betaling van een dwangsom van tweeduizend vijfhonderd frank per dag.

Bevelen de publikatie van dit vonnis, zonder commentaar, en slechts op het ogenblik waarop tegen deze beslissing geen hoger beroep meer open staat.

Verklaren dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad ongeacht de aanwending van welk rechtsmiddel ook en zonder zekerheidsstelling.

NOOT—Dit is wellicht de eerste gepubliceerde uitspraak inzake toepassing van de dwangsom.

Enkele kanttekeningen hierbij:

1. De toepasselijkheid ook in speciale procedures, zoals die van de wet van 14 juli 1971, wordt hier voor zoveel als nodig bevestigd.

2. De onmiddellijke toepasselijkheid van de dwangsom ook in procedures die vóór 1 maart 1980 werden ingeleid, wordt ook beklemtoond. Trouwens, het feit dat de dwangsom in elke stand van het geding kan worden gevorderd bevestigt dit algemeen procesrechtelijk beginsel (art. 1385bis Ger. W.).

3. Wellicht ware het wenselijk geweest de omschrijving van de omstandigheden waarin de dwangsom zal worden verbeurd, ietwat preciezer te formuleren, dit ten einde elke interpretatie- of executiegeschil op dat stuk te vermijden.

Marcel Storme

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 3 mei 1978

Rechtsvordering en vordering — Uitbreiding of wijziging van de eis — Hoger beroep.

B. tekende beroep aan tegen de beslissing op 29 juni 1973 genomen door de directeur van het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening te Oudenaarde. Dit beroep strekte enkel tot vernietiging van de beslissing wat betreft de opheffing van de sanctie van uitsluiting gedurende 13 weken of, met andere woorden, tot het herstel in zijn rechten gedurende deze periode.

De Arbeidsrechtbank te Oudenaarde, afdeling Ronse, bevestigde bij vonnis van 21 april 1975 de administratieve beslissing wat betreft de berekening van het loon en de terugvordering van de onrechtmatig genoten werkloosheidsuitkeringen. Ze oordeelde echter dat aan de heer B. geen sanctie van 13 weken moest worden opgelegd.

Hoger beroep werd ingesteld door de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening. B. vroeg bij incidenteel hoger beroep vast te stellen dat de administratieve beslissing ook op het punt van de terugvordering ongedaan zou worden gemaakt.

In zijn arrest van 1 maart 1976 zegt het Arbeidshof te Gent voor recht dat de terugvordering waarvan sprake in de administratieve beslissing ongedaan wordt gemaakt.

De Rijksdienst voorziet zich in cassatie, en stelt in het vierde onderdeel van het middel dat de rechter in hoger beroep niet bevoegd was om recht te doen over het incidenteel hoger beroep, aangezien voor de rechter een dergelijke eis niet aanhangig was.

Het Hof beslist dat het onderdeel naar recht faalt:

«Overwegende dat het onderdeel niet aanvoert dat de termijn om de beslissing van de directeur aan te vechten verstreken was, toen verweerder de betwistingen over het bedrag van het loon en over de terugbetaling, aan het arbeidshof heeft onderworpen;

«Overwegende dat voormelde beslissing uitgaat van de onjuistheid van de overgelegde documenten en hierop

steunt om 1^o het in aanmerking te nemen loon te vermindere, 2^o tot de terugbetaling te beslissen van de te veel ontvangen werkloosheidsuitkering en 3^o verweerder gedurende dertien weken uit te sluiten;

«Dat deze drievoudige beslissing steunde op hetzelfde feit, de onjuistheid van de voorgelegde documenten;

«Dat in het inleidend verzoekschrift hetzelfde feit of akte, de onjuiste overgelegde documenten, wordt ontleed, als in verweerders conclusie in hoger beroep;

«Overwegende dat, luidens artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek, een vordering die voor de rechter aanhangig is, kan worden uitgebreid, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is;

«Dat met toepassing van artikel 1042 van hetzelfde wetboek dergelijke uitbreiding ook in hoger beroep toegelaten is;

«Dat het arbeidshof derhalve de in het onderdeel aangehaalde wetsbepalingen, inzonderheid de artikelen 807 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek, niet schendt door te beslissen dat de oorspronkelijke vordering, die in eerste aanleg alleen strekte tot vernietiging van de administratieve sanctie, in hoger beroep kan worden uitgebreid tot de vernietiging van de beslissing tot terugbetaling van onrechtmatig ontvangen uitkeringen.»

(Voorzitter: de h. Gerniers — Raadsheer-rapporteur: de h. Janssens — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaat: mr. Simont — In de zaak: R.V.A. t/ B.)

Hof van Cassatie (3e Kamer) 10 maart 1980

Arbeidsovereenkomst — Kwalificatie van de werknemer — Bewijs — Geschrift van de werkgever — Bewijs door getuigen — Art. 1341 B.W.

Cassatie van een arrest van het Arbeidshof te Antwerpen dd. 13 november 1978:

«Overwegende dat het arrest vaststelt: dat verweerder sinds 6 juni 1966 als metselaar in dienst van eiser was en op 1 mei 1967 tot meestergast werd bevorderd, zoals blijkt uit een geschrift van 24 september 1970, uitgaande van eiser; dat de door verweerder op 7 december 1975 ingestelde rechtsvordering strekt tot het bekomen van achterstallig loon, vakantiegeld en een getrouwheidspremie, over de periode van 1 januari 1970 tot en met 31 december 1973, die voortvloeien uit het volgens de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten bestaande verschil tussen de bezoldigingsvoorwaarden verbonden aan de door verweerder ingeroepen beroepskwalificatie van meestergast enerzijds, en het loon overeenstemmend met dat van ploegbaas, door eiser tijdens de betwiste periode uitbetaald, anderzijds;

«Overwegende dat het arrest niet oordeelt dat een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen waarin, naar de bedoeling van de partijen, de hoedanigheid van meestergast werd bedongen;

«Dat het geschil enkel betrekking heeft op de aard van de functie tijdens de betwiste periode door verweerder als werknemer uitgeoefend; dat de aard van de functie van een werknemer wordt vastgesteld aan de hand niet van de benaming die eraan gegeven werd, maar van de werkelijke

arbeid die hij verricht, en kan bewezen worden door feitelijke vermoedens waarop de benaming van de functie berust;

«Overwegende dat het arrest derhalve het in het middel vermelde artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek schendt door te beslissen dat, om de enkele reden dat de kwalificatie van meester-gast steunt op een geschrift van eiser zelf, deze laatste tegen de inhoud van zijn eigen geschrift niet gerechtigd was het tegendeel met getuigen te bewijzen.»

(Voorzitter: de h. Gerniers — Raadsheer-rapporteur: de h. Versée — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. van Hecke en Bützler — In de zaak: Van den E. t/ De V.)

Rb. Mechelen (Kort geding), 20 maart 1980

Kort geding — Urgentie — Economische conjunctuur.

Een aannemer dagvaardt de opdrachtgever in kort geding. Hij vraagt de aanstelling van een deskundige met opdracht vaststellingen te doen en/of technisch advies te geven omtrent onder meer de stand van de uitgevoerde werken, de waarde en de kosten ervan. De urgentie wordt betwist. De geadieerde voorzitter antwoordt hierop:

«Overwegende dat het echter in de huidige slechte economische conjunctuur van spoedeisende aard is dat zo vlug mogelijk de aannemer van een bouwwerk die desbetreffend bouwprestaties leverde, bij betwisting contradictoir vastgesteld zou zien welke prestaties hij geleverd heeft en op welke betaling hij daarvoor eventueel nog recht heeft van de opdrachtgever;

«Overwegende dat derhalve het geval ter zake alleszins spoedeisend is.»

(Voorzitter: de h. Kiekens — Advocaten: mrs. Lauwers en de Borman — In de zaak: P.V.B.A. B.t/Van V.)

Kh. Gent (3e Kamer), 26 februari 1980

Bevoegdheid — Europees Executieverdrag — Verschijning van de verweerder uitsluitend om de bevoegdheid te betwisten — Verweer ten gronde en tegeneis — Geen prorogatie.

«Eiseres beroept zich nog op art. 18 EEX en meer bepaald op de Nederlandse tekst van dit verdrag om te stellen dat de rechtbank in elk geval wel bevoegd is, daar de verweerdere voor haar verschenen zijn en ook ten gronde hebben geconcludeerd, alsmede een tegenvordering hebben gesteld, zodat zij niet 'uitsluitend' verschenen zijn om de bevoegdheid te betwisten.

«De verweerdere antwoorden hierop dat het woord 'uitsluitend' niet voorkomt in de andere talen waarin het verdrag is gesteld en dat deze versie strookt met de bedoelingen van het verdrag.

«Het is een feit dat het verschil tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het verdrag een 'gevaarlijke struikelblok' lijkt (zie noot J. Laenens, onder Hof Antwerpen, 30 november 1977, R.W., 1979-80, 1045).

«Ook de Duitse en de Italiaanse teksten van het verdrag hanteren een terminologie die het woord 'uitsluitend' van de Nederlandse tekst benaderen ('wenn der Beklagte sich nur einlässt ...' — 'se la comparizione avviene solo per eccipere la incompetenza ...'; zie deze teksten in: Conseil de l'Europe, *Guide pratique de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires étrangères dans les matières civiles et commerciales*, Strasbourg, 1975, 131 en 149).

«Toch valt aan te nemen dat de Franse tekst van het verdrag in strekking niet verschilt van de anderstalige teksten en dat een verweerder die primair de exceptie van onbevoegdheid opwerpt zonder er in de loop van de debatten van af te zien en slechts subsidiair en veiligheidshalve de vordering ten gronde bestrijdt geacht moet worden slechts (of 'uitsluitend' — 'nur' — 'solo') verschenen te zijn om de bevoegdheid te betwisten (zie: J.E. Ras, «De betekenis van het E.E.G.-executieverdrag voor de rechter van het land, waar een onder het Verdrag vallende zaak wordt aangebracht», *T.P.R.*, 1975, p. 899; Arrond. Roermond, 31 oktober 1974, *N.J.*, 1975, 1229; Arrond. Amsterdam, 13 mei 1975, *N.J.*, 1976, 975; Arrond. Dordrecht, 28 april 1976, *N.I.L.R.*, 1976, 358; Trib. Pinerolo, 31 maart 1976, *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1977, 78; anders: E. Krings, «Enkele aantekeningen bij de toepassing van de artikelen 5 (1), 5 (3), 17 en 18 van het verdrag van 27 september 1968», in *Mededelingen van de Vereniging voor internationaal recht*, 1978, nr. 77, blz. 122, nr. 115).

«Het is inderdaad niet omdat een verwerende partij ook de grond van de zaak bespreekt dat zulks noodzakelijk inhoudt dat ze bereid is de bevoegdheid van de rechtbank te aanvaarden en dat er noodzakelijkerwijze sprake moet zijn van stilzwijgende prorogatie. Zulks lijkt inderdaad integendeel onmogelijk wanneer de verwerende partij van meet af aan en tot het einde van de debatten toe primair de bevoegdheid betwist en slechts subsidiair het bodemgeschil bespreekt. Er anders over oordelen, in een dergelijk geval, zou een duidelijke miskenning inhouden van de ware bedoeling van een procespartij en derhalve van de economie van het verdrag, dat in art. 18 een stilzwijgende uitbreiding van het *forum prorogatum* heeft ingesteld doch niets meer.

«Nu ter zake de verweerdere *in limine litis* de onbevoegdheid van de rechtbank hebben opgeworpen op grond van het verdrag, slechts subsidiair ten gronde hebben geconcludeerd, eveneens slechts subsidiair een tegenvordering hebben ingesteld (overigens slechts wegens tergend en roekeloos geding), in hun aanvullende conclusie de exceptie van onbevoegdheid nogmaals hebben herhaald, kan onmogelijk worden gezegd dat zij stilzwijgend een prorogatie van bevoegdheid zouden hebben aanvaard.»

(Voorzitter: de h. Van Malleghem — Advocaten: mrs. Moors en Mertens loco Fazzi — In de zaak: P.V.B.A. U. t/ C. en Société F.)

NOOT—Nopens de interpretatie van meertalige verdragsteksten: Mark Van Hoecke, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, 1979, p. 193 e.v., nrs. 187 e.v.; Jacques Herbots, *Meertalig rechtswoord, Rijkere rechtsvinding*, Gent, 1973.

EUROPEES RECHT

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

Zaak 44/79 — Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz — 13 december 1979 — Mevrouw Hauer is eigenares van een terrein op het grondgebied van de gemeente Bad Dürkheim, in de Duitse wijnstreek.

Op 6 juni 1975 verzocht zij de bevoegde instantie van het land Rheinland-Pfalz om een vergunning tot aanplant van een wijngaard op haar terrein, hetgeen werd geweigerd omdat het perceel niet geschikt werd geacht voor wijnbouw. Tegen die beslissing diende betrokkene een bezwaarschrift in en terwijl dat werd behandeld, werd op 17 mei 1976 verordening nr. 1162/76 van de Raad vastgesteld; artikel 2 daarvan verbiedt de aanplant van nieuwe wijnstokken gedurende drie jaar.

Op het bezwaarschrift werd op 21 oktober 1976 door de overheid afwijzend beschikt wegens ongeschiktheid van het terrein en het verbod van aanplant krachtens de gemeenschapsverordening.

Inmiddels was mevrouw Hauer er in geslaagd door de overheid te laten erkennen dat haar terrein geschikt was voor wijnbouw overeenkomstig de door de Duitse wetgeving vastgestelde minimumnormen. Derhalve verklaarde de overheid zich bereid de vergunning te verlenen na afloop van de periode gedurende welke nieuwe aanplant ingevolge de gemeenschapsverordening verboden is.

Verzoekster in het hoofdgeding is van mening dat de aangevraagde vergunning haar onmiddellijk had moeten worden verleend, omdat haar verzoek lang voor de inwerkingtreding van de gewraakte verordening is ingediend en, wanneer deze verordening op deze aanvragen van toepassing zou zijn, de bepalingen ervan nog niet aan verzoekster zouden kunnen worden tegengeworpen, aangezien zij haar *eigendomsrecht en het recht van vrije beroepsuitoefening, gewaarborgd bij de artikelen 12 en 14 van het Grundgesetz van de Bondsrepubliek Duitsland, zouden aantasten*.

Naar aanleiding daarvan heeft de Duitse rechter het Hof van Justitie twee vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd.

De eerste vraag heeft betrekking op de toepasselijkheid *ratione temporis* van verordening nr. 1162/76.

Verzoekster betoogt dat op haar verzoek, ingediend op 6 juni 1975, normaliter voor de inwerkingtreding van de gemeenschapsverordening een voor haar gunstige beslissing had moeten worden genomen, indien de nationale overheid onverwijld had erkend, dat haar perceel geschikt was voor de wijnbouw. Volgens haar dient deze omstandigheid in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling van de toepasselijkheid *ratione temporis* van de gemeenschapsverordening.

Op grond van een onderzoek van de tekst van de verordening stemt het Hof niet in met dit door verzoekster aangevoerde betoog. Krachtens de verordening verlenen de Lid-Staten «na inwerkingtreding van deze verordening» geen vergunning meer voor nieuwe aanplant. Deze bepaling sluit het in aanmerking nemen van het tijdstip van indiening van een aanvraag uit.

Ook wordt daarin gezegd dat het aanplantverbod geboden is «op grond van een duidelijk openbaar belang»; dit is

gelegen in het verminderen van de toename van de overproductie van wijn in de Gemeenschap, het herstellen van het marktevenwicht en het voorkomen van structurele overschotten.

Verordening nr. 1162/76 beoogt de uitbreiding van het bestaande wijnbouwareaal dus onmiddellijk te blokkeren.

In antwoord op deze eerste vraag verklaarde het Hof mitsdien voor recht dat verordening nr. 1162/76 van de Raad van 17 mei 1976, gewijzigd bij verordening nr. 2776/78 van 23 november 1978 aldus moet worden uitgelegd dat artikel 2, lid 1, ook van toepassing is op aanvragen om vergunning voor nieuwe aanplantingen van wijnstokken, die vóór de inwerkingtreding van de verordening zijn ingediend.

De tweede vraag heeft betrekking op de draagwijdte *ratione materiae* van verordening nr. 1162/76 — is het verbod van nieuwe aanplantingen eveneens van toepassing op percelen die volgens de criteria van een nationale wettelijke regeling geschikt zijn voor wijnbouw?

De tekst van de verordening is duidelijk: artikel 2 verbiedt «elke aanplant» en maakt geen onderscheid naargelang de kwaliteit van de betrokken grond.

Het Hof verklaarde mitsdien voor recht dat dit artikel algemene gelding heeft, ongeacht overwegingen betreffende de aard van het perceel.

Het probleem van de waarborg van de grondrechten in de communautaire rechtsorde

In zijn verwijzingsbeschikking stelt de Duitse rechter dat wanneer de verordening aldus zou moeten worden uitgelegd dat het een algemeen geldend verbod oplegt, deze bepaling in de Bondsrepubliek Duitsland mogelijk niet toepasselijk moet worden geacht wegens twijfel met betrekking tot haar *verenigbaarheid met de grondrechten, gewaarborgd bij de artikelen 12 en 14 van het Grundgesetz betreffende respectievelijk het eigendomsrecht en het recht van vrije beroepsuitoefening*.

In zijn vroegere rechtspraak heeft het Hof reeds benadrukt dat de grondrechten een integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het verzekert en dat het zich bij de bescherming van deze rechten heeft te laten leiden door de constitutionele tradities welke aan de Lid-Staten gemeen zijn.

Het eigendomsrecht

Stellig beperkt het verbod tot nieuwe aanplantingen op eigen grond het gebruik van de eigendom.

Men moet echter vaststellen dat de grondwetsbepaling en de toepassingspraktijk ervan in de 9 Lid-Staten de wetgever in staat stellen het gebruik van de privé-eigendom in het algemeen belang te reglementeren.

Inzonderheid in alle wijnbouwlanden van de Gemeenschap bestaan er dwingende wettelijke voorschriften betreffende de aanplant van wijnstokken, de selectie van de rassen en de bouwmethodes. Het is een soort beperking die in de constitutionele rechtsorde van alle Lid-Staten voorkomt en als wettig is toegelaten.

Verder dient te worden onderzocht of de ingevoerde beperkingen niet een buitensporige en ontoelaatbare inbreuk op de rechten van de eigenaar vormen.

Het staat vast dat het door de Gemeenschap ingevoerde beleid in de wijnsector een duurzaam evenwicht op de wijnmarkt beoogt te bereiken met een prijsniveau dat lonend is voor de producenten en billijk voor de verbruikers,

alsmede een verbetering van de kwaliteit van de in de handel gebrachte wijnen.

De gewraakte verordening heeft een dubbele functie : enerzijds de voortdurende toename van de overschotten (de oogst van 1974 was bijzonder overvloedig) onmiddellijk te verminderen en anderzijds de instellingen van de Gemeenschap de tijd te geven die nodig is voor het opzetten van een structuurbeleid teneinde de produkties van hoge kwaliteit te begunstigen.

Bijgevolg concludeert het Hof dat de beperking op het gebruik van de eigendom door het verbod tot nieuwe aanplantingen van wijnstokken, voor een beperkte periode uitgevaardigd bij verordening nr. 1162/76, gerechtvaardigd is door de doelstellingen van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft, en het wezen van het eigendomsrecht, zoals erkend en gewaarborgd in de communautaire rechtsorde, niet aantast.

Het probleem van de vrije beroepsuitoefening

Volgens verzoekster in het hoofdgeding wordt tengevolge van het verbod tot aanplant van nieuwe wijnstokken de vrije uitoefening van haar beroep als wijnbouwster beperkt.

Dit aldus in de constitutionele orde van verscheidene Lid-Staten gewaarborgde recht moet eveneens worden beschouwd in verband met de sociale functie der beschermde werkzaamheden.

In casu dient te worden opgemerkt dat de bestreden communautaire maatregel op geen enkele manier de toegang tot het beroep van wijnbouwer, noch de vrije uitoefening van dit beroep op de percelen waarop thans wijn wordt verbouwd, aantast. Dientengevolge kan niet van feiten of omstandigheden blijken die de geldigheid van verordening nr. 1162/76 kunnen aantasten wegens inbreuk op de eisen, ontleend aan de bescherming van de grondrechten in de Gemeenschap.

Zaak 34/79 — Strafgeding tegen Henn en Darby (prejudiciële zaak) — 14 december 1979 — *Kwantitatieve beperkingen*.

De heren Henn en Darby zijn strafrechtelijk vervolgd wegens het in het Verenigd Koninkrijk invoeren van een aantal dozen met ontuchtige films en tijdschriften van Deense oorsprong en vervoerd met de veerboot uit Rotterdam.

Appellanten zijn van hun veroordeling in beroep gegaan en het geding is voor het House of Lords gekomen, dat van oordeel was dat het zich tot het Hof van Justitie diende te wenden, omdat in deze zaak vragen van gemeenschapsrecht rezen ter zake van kwantitatieve invoerbeperkingen en beperkingen van het vrije verkeer om redenen van openbare zedelijkheid (artikelen 30 en 36 EEG-Verdrag).

Appellanten betoogden dat het Verenigd Koninkrijk geen samenhangend beleid met betrekking tot de openbare zedelijkheid had voor aanstotelijke of ontuchtige artikelen. In dit verband wezen zij op verschillen in de wetten van de verschillende delen van het Verenigd Koninkrijk.

Zij betoogden dat het algemene verbod van invoer van aanstotelijke of ontuchtige artikelen tengevolge had dat op invoer strengere voorschriften werden toegepast dan die welke op nationaal vlak van toepassing waren en een willekeurige discriminatie in de zin van artikel 36 EEG-Verdrag opleverde.

Het is waar dat in het Verenigd Koninkrijk de criteria voor het begrip aanstoot of vergriep tegen de goede zeden van elkaar verschillen ; zij komen van verschillende rechtsbronnen : sommige uit het «common law», andere uit het geschreven recht.

De voornaamste bepalingen betreffende invoer van pornografische artikelen vloeien voort uit de douanewetgeving. Zij bepalen dat aanstotelijke of ontuchtige artikelen in beslag moeten worden genomen en bij aankomst in het Verenigd Koninkrijk moeten worden vernietigd en dat eenieder die dergelijke artikelen bedrieglijk binnen het Verenigd Koninkrijk poogt in te voeren, zich schuldig maakt aan een misdrijf.

Het House of Lords heeft een aantal prejudiciële vragen gesteld, in antwoord waarop het Hof voor recht verklaarde :

1. Een wet van een Lid-Staat, die elke invoer van pornografische artikelen in die Staat verbiedt, vormt een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag.

2. De eerste zin van artikel 36 moet aldus worden opgevat dat een Lid-Staat in principe gerechtigd is de invoer van goederen uit andere Lid-Staten te verbieden wanneer die goederen aanstotelijk of ontuchtig van aard zijn in de zin van de nationale wettelijke regeling, en dat die regeling wettig van toepassing kan zijn op het gehele nationale grondgebied, ook indien ter zake verschillen bestaan tussen de wettelijke regelingen van de verschillende delen van de betrokken Lid-Staat.

3. Indien een invoerverbod voor bepaalde goederen gerechtvaardigd kan zijn om redenen van openbare zedelijkheid en uit dien hoofde wordt opgelegd, kan, wanneer binnen de betrokken Lid-Staat geen geoorloofde handel in die goederen bestaat, de toepassing van dat verbod geen middel vormen tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel, in strijd met artikel 36.

4. Wanneer een Lid-Staat gebruik maakt van het in artikel 36 EEG-Verdrag opgenomen voorbehoud betreffende de bescherming van de openbare zedelijkheid, verzetten de bepalingen van artikel 234 zich er niet tegen, dat die Lid-Staat de verplichtingen nakomt die voortvloeien uit het Verdrag van Genève van 1923 tot beteugeling van de verspreiding van en de handel in ontuchtige uitgaven, en het Algemeen Postverdrag (hernieuwd te Lausanne in 1974 en in werking getreden op 1 januari 1976).

Zaak 12/79 — Firma Wagner/ Commissie van de EG — 12 december 1979 — *Gemeenschappelijk landbouwbeleid*.

Verzoekster vordert dat de Europese Economische Gemeenschap, te deze vertegenwoordigd door de Commissie, krachtens artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag, wordt veroordeeld tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden tengevolge van de afwijzing van haar verzoek tot nietigverklaring van het uitvoercertificaat voor 500 ton witte suiker, dat haar was verstrekt na een deelinschrijving in het kader van de permanente inschrijving voor de uitvoer, voorzien bij verordening nr. 2101/75 van de Commissie van 11 augustus 1975 betreffende een permanente inschrijving voor de bepaling van een heffing en/of een restitutie bij uitvoer van witte suiker.

Het Hof verklaarde dit beroep niet ontvankelijk en verwees verzoekster in de kosten.

Zaak 93/79 — Commissie van de EG/ Italiaanse Republiek
— 14 december 1979

Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie op 14 juni 1979, heeft de Commissie krachtens artikel 169 EEG-Verdrag bij het Hof beroep ingediend teneinde te doen vaststellen dat de Italiaanse Republiek een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet is nagekomen door niet binnen de gestelde termijn de noodzakelijke bepalingen in te voeren om te voldoen aan richtlijn 75/410 van de Raad

van 24 juni 1975 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake continu totaliserende bandwegers. De termijn van 18 maanden om aan de richtlijn te voldoen was op 27 december 1976 verstreken.

Het Hof stelde vast, dat de Italiaanse Republiek door niet binnen de gestelde termijn de noodzakelijke bepalingen in te voeren om te voldoen aan richtlijn 75/410 van de Raad van 24 juni 1975 een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet is nagekomen. De Italiaanse Republiek werd verwezen in de kosten.

KANTTEKENINGEN

DE RECHTSPERSOON EN HET STRAFRECHT

Een extra-penale oplossing¹

Tijdens de bespreking van het preadvies van mevrouw J. Colaes in de sectie strafrecht van het XXIXe Rechtscongres behoorde de heer W. Carsau, raadsheer in het Hof van Beroep te Gent en lid van de Commissie voor de hervorming van het strafwetboek, tot de radicale tegenstanders van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon (R.W. 1979-80, 2897). Zijn standpunt is in deze bijdrage uiteengezet.

1. Het probleem

1. De betwistingen betreffende de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon duren voort.

De problemen die rijzen zijn overbekend: er zij slechts even aan herinnerd in de vorm van enkele vragen².

In welke hoedanigheid pleegt de rechtspersoon feiten die als misdrijven omschreven worden?

Kan de rechtspersoon opgetreden zijn als wezen, zelfstandig en afgescheiden van de personen die in zijn werkingssfeer handelen?

Is het niet altijd een fysieke persoon die in werkelijkheid de daad, het verzuim, de onvoorzichtigheid begaan heeft?

Hoe kunnen deze daden aan het wezen, dat ze niet kan plegen aangerekend worden?

Wat is eventueel de aard en de grondslag van de band tussen de rechtspersoon en de persoon voor wie hij instaat?

Hoe kan het abstract wezen aansprakelijk gesteld worden, wanneer het begrip aansprakelijkheid noodzakelijk een bewustzijn vooropstelt, dat zich door een intellectueel proces veropenbaart, waartoe dit wezen onbekwaam is?

Het is een vergissing te beweren dat er bij de rechtspersoon een «collectieve wil» aanwezig is: de beslissingen, door de rechtspersoon genomen, zijn niets anders dan het resultaat van zoveel wilsuitingen, uitgebracht door zoveel fysieke personen, die de communautaire beslissing genomen hebben volgens de regels door de statuten bepaald.

Hoe kan de rechtspersoon, die geen bewustzijn bezit, een penale sanctie ondergaan, waarvan de uitwerking enkel doorheen het bewustzijn nagestreefd en bereikt kan worden?

2. Binnen het raam van het strafrecht, correct bepaald, is het enige zinnige antwoord op die vragen dat de rechtspersoon niet schuldig kan zijn en dat hij ten gevolge van zijn natuur niet geschikt is een penale sanctie te ondergaan³.

Deze principes zijn niet aan een tijd gebonden, ze zijn essentieel.

Ze kunnen niet evolueren zonder dat een zekere afbraak van het strafrecht teweeggebracht zou worden.

Het strafrecht is exceptierecht en het impact ervan is beperkt door strenge waarborgen.

Indien het essentieel karakter van het strafrecht verloochend wordt, al was het maar op één punt, dan zou het rechtsvertrouwen verloren gaan en een bres geslagen worden in een systeem dat uiteraard strikte bescherming tegen dissidentie moet waarborgen. Vernieuwingen kunnen worden ingevoerd wanneer ze niet uit de puinen van het strafrecht opgroeien. Wanneer de onkreukbare regels niet in principe en onder alle voorwaarden geëerbiedigd worden, dan doet men er op andere ogenblikken mee wat men wil en wordt het strafrecht, exceptierecht, een passe-partout om alles en nog wat te beteugelen.

¹ Stelling uiteengezet op de studiedag, georganiseerd te Brussel op 25 januari 1980 door de Europese Gemeenschappen, het «Centro internazionale di ricerca e studi sociologici, penali e penitenziari, Messina» en het Nationaal centrum voor criminologie. Ze werd ook onderworpen aan de Commissie voor de hervorming van het Strafwetboek.

² «It is already clear that the transfer of individual responsibility to some form of collective responsibility raises a series of exceptionally difficult problems», A new penal system. The national Swedish council for crime prevention, p. 60.

³ Prof. Verhaegen, lid van de Commissie voor de hervorming van het Strafwetboek, raakte op de vermelde studiedag het probleem van de culpa aan en legde de nadruk op het vereiste van de «mens rea», op het congres van Hamburg nog beklemdoend, en prof. Falzea (Italië) antwoordde dat van deze principes geen afstand gedaan werd en hij voegde eraan toe: «c'est une conquête», zoals ook Huss (proc.-gen. Luxemburg) reeds gezegd had.

Men moet de zaken zo scherp stellen opdat het voortbestaan van het strafrecht nog zin zou hebben.

3. Verwijzen naar het Engels (en Iers) systeem, waar de penale verantwoordelijkheid van de rechtspersoon bestaat, is verwijzen naar de, wellicht Elisabethaanse, voorgeschiedenis van een recht, op grond waarvan het niet te verwonderen zou zijn dat er nog honden gestraft worden⁴.

Het systeem is in het Nederlands recht na harde betwistingen en uitdrukkelijk voorbehoud ingevoerd⁵; voordien bestond er reeds een wet op de economische delicten: maar men ziet niet in waarom men niet zou opteren voor een oplossing, die even volmaakt de doelstellingen van de hervorming zou verwezenlijken, maar die het strafrecht gaaf houdt. Men begrijpt niet waarom men zich halsstarrig zou blijven vastklampen aan de klakkeloze intrede van de rechtspersoon in het strafrechtelijk systeem.

De onderneming, rechtspersoon, is dus ongetwijfeld een uitdaging voor het strafrecht.

Wanneer men de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon kost wat kost in het strafrecht wil binnenbrengen, zal het afgetakeld worden en iets zal stuk gaan dat in de loop der tijden na een moeizame ontwikkeling als een kostbare aanwinst van de rechtscultuur verworven is⁶.

II. De stelling

4. Indien men tegen de rechtspersoon wil optreden, dan moet het, bij afwezigheid van enige band van strafrechtelijke verantwoordelijkheid tussen de rechtspersoon en het misdrijf, buiten het strafrecht gebeuren en moeten daartoe nieuwe rechtsfiguren gevonden, uitgevonden, worden⁷.

De oplossing zal ook proceduraal uitgebouwd moeten worden⁸.

De onderneming is ook een uitdaging voor de maatschappij. De oplossing zal aan de verwachtingen van de maatschappij moeten beantwoorden waar deze bescherming betracht tegen schade, gevaar en onrust, die voortvloeien uit ongeoorloofde handelingen van sommige ondernemingen, die als onaantastbare machten ervaren worden.

Wanneer bij een rechtspersoon een misdrijf begaan wordt, is de dader daarvan een fysieke persoon: hij is het die de sluizen van de onderneming opengezet heeft ten gevolge waarvan het bevuilde afvalwater in het kanaal terechtgekomen is en er pollutie optreedt.

Maar de verlangens die de maatschappij koestert kunnen niet verwezenlijkt worden door middel van vervolgingen

tegen de dader: wat ze wenst is bv. het stopzetten van bepaalde onwettige activiteiten, de uitvoering van werken en maatregelen tot het voorkomen van schadelijke gevolgen, de verbeurdverklaring van de ongeoorloofde voordelen, de sluiting van de onderneming...

De maatschappij wil geen vrede nemen met de eenvoudige vervolgingen tegen de dader omdat het verhaal op deze ontoereikend is.

5. Wanneer de maatschappij zich dan wil keren naar de rechtspersoon, moet haar hiertoe een vordering toegekend worden, die als een rechtsfiguur, verwant met een verhaalsrecht, zou kunnen worden bepaald.

Het is een openbare, subsidiaire, recursoire vordering.

Ze wordt bijgevolg uitgeoefend door het O.M. en zal aangespannen en vervolgd worden parallel aan de gewone penale vordering, tegen de fysieke dader van het misdrijf gericht.

Na het afsluiten van het onderzoek zal het O.M. de beslissingen nemen door de opportuniteit aangewezen en zal het de rechtspersoon dagvaarden voor dezelfde gewone strafrechter.

De dagvaarding is facultatief omdat er in talrijke gevallen geen enkele grond zal bestaan om een veroordeling van de rechtspersoon na te streven.

De bevoegdheid van het O.M. en van de rechter zal in verband met de nieuwe procedure uitgebreid worden.

Het proces is in twee takken gesplitst, tegelijk behandeld, waarvan die welke tegen de rechtspersoon gericht is zich volledig buiten het strafrecht beweegt.

6. De feiten, ambtshalve vastgesteld of door klacht kenbaar gemaakt, zullen aanleiding geven tot het instellen van een instructie: een enig dossier wordt samengesteld, dat ten grondslag aan de twee vorderingen zal liggen.

De rechtspersoon beschikt in het proces over alle rechten van de verdediging en zal o.m. de feiten kunnen betwisten, de waarachtigheid van een bekentenis kunnen aanvallen, nagaan of het feit bedreven is in de sfeer van zijn bedrijvigheid en door een persoon die behoort tot de aangestelden of de organen.

7. Nu de rechtspersoon op geen enkele wijze enig penaal gevolg mag oplopen voor het misdrijf dat hij niet begaan heeft, is het onontbeerlijk dat er tussen de rechtspersoon en het misdrijf een ander verband wordt aangetroffen, dat de elementaire voorwaarde tot en de rechtvaardiging van de veroordeling zal zijn.

Dit verband is gevormd door twee bestanddelen: 1° het feit is gepleegd in de sfeer van de bedrijvigheid van de rechtspersoon, 2° het is bedreven door een persoon die de aangestelde (bv. de directeur) of het orgaan van de rechtspersoon is.

Het is duidelijk dat de rechtspersoon de materiële voorwaarden tot het plegen van het misdrijf opgeleverd heeft en het past dan ook, bij uitsluiting van elke veroordeling met een strafrechtelijk karakter, dat de rechtspersoon de verwezenlijking van de voorzieningen, prestaties en interdicties, die de gemeenschap van deze terecht eist, op zich neemt: assumeert.

8. De fysieke persoon, ten laste van wie het feit, als misdrijf omschreven, voor de strafrechter bewezen is, zal penaal veroordeeld worden en ten opzichte van de rechtspersoon zal gestatueerd worden over de specifieke vordering, door deze namelijk te verwijzen tot het assumeren van de voorzieningen, prestaties en interdicties, die de strafrechter zal bepalen.

⁴ De Ierse vertegenwoordiger, Costello, zei op een zeker ogenblik: it doesn't matter, civil or criminal courts.

⁵ Nederland: Rummelink, Wetboek van strafrecht, art. 51, p. 398: «Wij hebben ons daar steeds tegen verzet ... omdat het een zaak is van schuld en boete.» en p. 398a: «Ik zie van een praktische toepassing van dit aan het Europese continentale strafrechtsdenken vreemde instituut in de commune misdrijfsector althans voorlopig niet veel terecht komen.» Ook G.E. Mulder en Fokkens, *N.J.B.*, 1976, 496, zijn «niet overtuigd». Contra ook: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1978, p. 180 en Schultz (Zwitserland).

⁶ Zie noot 3: ook Huss en Falzea spreken zich in die zin uit.

⁷ Huss sprak zich uit voor «un droit autonome» en Falzea wou «un ordre juridique différent».

⁸ Door Bekaert werd in het licht gesteld dat het probleem ook een procedurerechtelijke oplossing moest krijgen. Cuchiara (It.) en Schalkens (Ned.) in dezelfde zin.

De term «op zich nemen» of «assumeren» doelt op de uitvoering van de veroordelingen op grond van een verhouding/verplichting, waarbij de oorzaak, die niet in het strafstelsel kan worden aangetroffen, de juridische noodzakelijkheid van strafrechtelijke gevolgen niet impliceert.

De uit te vaardigen wet zal deze verhouding een dwingende vorm verlenen.

9. De prestaties en interdicties, waarvan hier sprake is, mogen niet gelijkgesteld worden met sancties, een term die, correct gebruikt, uitsluitend gereserveerd is voor penale gevolgen van een misdrijf.

Niets als: sancties, straffen, maatregelen mag beoogd worden⁹.

Men dient dus als term te gebruiken: «specifieke voorzieningen¹⁰», waarin begrepen zijn de hele gamma van middelen om de eis van de maatschappij te bevredigen, zoals uitvoering van bepaalde werken, nemen van maatregelen ter voorkoming van gevaar, uitwerking van een veiligheidsplan, verbeurdverklaring van de winst en afschaffing van ongeoorloofde voordelen, gerechtelijke voogdij, verbod van gebruik van bestaande inrichtingen, sluiting van de onderneming, ontbinding van de rechtspersoon.

Er dient op gewezen te worden dat men er niet mee kan volstaan de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon los te maken van het strafrecht door niet van straffen, maar van «maatregelen» te spreken. Straffen en maatregelen komen op hetzelfde neer: het doel ervan is de bescherming van de maatschappij tegen de misdrijven en het gevaar, dat erdoor veroorzaakt wordt, in het raam van een repressief optreden tegen de veroordeelde in zijn persoon. Maatregelen houden zo goed als andere sancties beperkingen van de individuele rechten in. Er is meer bepaald een strekking waar te nemen om straffen en maatregelen te versmelten¹¹.

Uit de voorafgaande beschouwingen kan een eerste tekst afgeleid worden.

«Wanneer een persoon, die de aangestelde van een rechtspersoon is, of die er het orgaan van is, of die een van de personen is die het orgaan vormen, vervolgd wordt uit hoofde van een misdrijf, bedreven in de bedrijfs sfeer van de rechtspersoon, en het feit bewezen is, statueert de rechter, aan wie de penale vordering onderworpen is, over de vordering, gericht tegen de rechtspersoon, en veroordeelt hij deze ertoe de specifieke prestaties en interdicties te assumeren, die hij aangewezen oordeelt volgens het geval».

10. De aldus ontstane rechtsfiguur heeft geen ander doel dan de rechtmatige eisen van de maatschappij te beantwoorden met een adequate oplossing, die als enige referentie het nut en de doelmatigheid bezit. Het gaat hier

om louter pragmatisch recht¹². De wetgever bedient er zich van om een pragmatisch systeem op te bouwen waarvan de legitimiteit te vinden zal zijn in de motieven die hij inroept.

De oplossing onderwerpt de fysieke persoon aan het klassieke strafrecht en de rechtspersoon aan een specifiek recht: ze behouden ieder hun eigen aard.

11. Er moet opgemerkt worden dat de strafrechtelijke vordering, die ertoe strekt het feit ten laste van de fysieke dader uit te maken¹³, onontbeerlijk is wil er spraak kunnen zijn van de ondergeschikte recursoire vordering tegen de rechtspersoon, die immers de prestaties en interdicties zal moeten assumeren, die juist voortvloeien uit het strafbaar feit, bij gebreke waarvan er slechts een burgerrechtelijke grond tot een gebeurlijke vordering tegen de rechtspersoon zou bestaan.

12. Nu de nieuwe rechtsfiguur buiten het raam van de strafrechtsregels ligt, kan ze oplossingen bieden die van die regels afwijken.

De pragmatische uitbouw van het voorgesteld systeem vereist enkel dat het feit bewezen is om als basis te dienen voor de veroordeling van de rechtspersoon, ook wanneer de identiteit van de dader van het misdrijf ongekend gebleven is, op voorwaarde dat het uit de omstandigheden van de feiten zelf blijkt dat de dader niemand anders kan zijn dan een van de personen behorend tot de aangestelden of de organen. *

In dezelfde zin vervalt de vordering tegen de rechtspersoon niet door de dood van de verdachte en de veroordeling van de rechtspersoon zal nog mogelijk zijn ingeval de verdachte wordt vrijgesproken bij aanvaarding van een rechtvaardigingsgrond of een oorzaak van niet-imputatie.

De vrijspraak wegens het motief dat het feit niet bewezen is brengt vanzelfsprekend de afwezigheid van grondslag voor de vordering ten laste van de rechtspersoon mede.

Hieruit volgt een tweede tekst.

«Wanneer de rechter oordeelt dat het feit, bedreven onder de voorwaarden bepaald in het voorgaand artikel, bewezen is, maar in het voordeel van de verdachte een rechtvaardigingsgrond of een oorzaak van niet-imputatie aanneemt, of ingeval de dader van het feit overleden of onbekend gebleven is, zal hij de rechtspersoon veroordelen zoals aangeduid in het voorgaand artikel, na de verwezenlijking van het feit vastgesteld te hebben».

13. Een uitdrukkelijke wetsbepaling zal aan de rechter, die statueert over de specifieke vordering ten laste van de rechtspersoon, de bevoegdheid verlenen om over de civielrechtelijke vordering van de schadelijgende partij te beslissen.

De rechter, die over de civielrechtelijke vordering statueert, zal niet gehouden zijn door het gezag van het ge-

⁹ Schultz stelt «mesures de sûreté» voor.

¹⁰ Het congres van Messina beveelt aan: «un système répressif (au sens large) comprenant des sanctions de nature soit pénale, soit administrative, soit même spécifique»: Rev.dr.intern. et de dr. comp. 1979, Comptes-rendus, Journées d'études, Messina. De Belgische commissie voor de hervorm. van het Strafwb. voorziet in «een zekere vorm» van verantwoordelijkheid en heeft, na consultatie van de leden betreffende de voorgestelde tekst van het verslag, het woord «strafrechtelijke» (verantwoordelijkheid) weggelaten (Verslag 1979).

¹¹ Frans voorontwerp hervorm. Strafwb.

¹²Costello (zie noot 4) zei dat het om een «practical» en «pragmatic approach» ging. Voor Leigh (Londen) gaat het over «society control». Schultz spreekt van «raisons d'utilité».

¹³ Wanneer d'Haenens Rev.dr.pén. 1976, p. 739) gewag maakt van een «état infractionnel», die zou bestaan in de schoot van de rechtspersoon, moet opgemerkt worden dat dit begrip verschillend is van «le comportement constitutif d'infraction» en dat er enkel een aanwijzing van een misdrijf kan zijn, dat nog moet bewezen worden. Wanneer hij zegt dat er een misdrijf begaan is «ainsi que l'accident survenu le démontre», houdt hij een stelling voor die neerkomt op: «lésion donc fautive», die in ons recht verworpen wordt.

rechtelijk gewijsde op strafgebied wanneer het betrekking heeft op de vrijspraak bij aanvaarding van een rechtvaardigingsgrond of een oorzaak van niet-imputatie.

De vordering op civielrechtelijk gebied zal gegrond worden op de klassieke fouten, die door de rechtspersoon begaan zijn in zijn hoedanigheid van juridisch wezen, die verband houden met het beheer ervan: niet enkel via de fout van de aangestelde, voor wie hij persoonlijk verantwoordelijk is op grond van de eigen fout in de keuze van de aangestelde, de fout van het orgaan vereenzelvigt zich met de eigen fout van de rechtspersoon — maar ook de fout in de bewaring van de zaak en, uit hoofde van rechtstreekse verantwoordelijkheid, de fout van slecht beheer.

14. Er dient nog opgemerkt te worden dat de geldboete niet denkbaar is als specifieke veroordeling ten laste van de rechtspersoon. Deze sanctie strekt ertoe het gedrag van de natuurlijke persoon te beïnvloeden. Ze is zelfs geen beveiligingsmaatregel aangezien ze op geen enkele wijze de gestoorde toestand in de maatschappij, veroorzaakt door het gepleegde feit, kan herstellen.

Daartegenover zouden de opbrengst van het misdrijf en de ongeoorloofde winst eventueel verbeurd verklaard kunnen worden en toegewezen worden aan de uitvoering van bepaalde prestaties in het raam van de voorbehouding ten voordele van de maatschappij. De kosten verbonden aan de uit te voeren prestaties en het verlies dat voortvloeit uit de interdicties vallen in elk geval ten laste van de rechtspersoon.

BALIELEVEN

Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen Samenstelling van het bestuur en openingszitting

Voorzitters: mr. Herman Dierckxens; leden: mrs. Herman De Winter, Luc Nelis, Corneel Masson, Jean Mertens de Wilmars, Stefan Luyten, Eric Van der Mussele, Beatrijs Clijsters, Jan Six.

De plechtige openingszitting vindt plaats in de zittingszaal van het Hof van Assisen, Gerechtsgebouw Antwerpen, op zaterdag 18 oktober 1980 te 15.00 u.

Mr. Paul Smolderen houdt de openingsrede met als onderwerp: «Schuld en straf».

Orde van advocaten te Veurne - Samenstelling van de Raad der Orde

Stafhouder: mr. W. Vanhuyse, leden: mrs. R. Leper, G. Lagrou, H. Gevaert, H. Dewulf, J. Tryhou, C. Verslype.

MEDEDELINGEN

Wijziging in Nederland van een voorwaarde tot benoeming in de Hoge Raad en in de Raad van State

In Nederland werd onder verantwoordelijkheid van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken een wetsontwerp ingediend tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en de Wet op de Raad van State.

Het gaat om een voorstel tot schrapping van de eis voor benoeming bij de Hoge Raad der Nederlanden dat de doctorsgraad of hoedanigheid van meester in de rechten tenminste tien jaar vóór de benoeming moet zijn verkregen. Dit geldt voor de benoeming tot raadsheer, procureur-generaal of griffier. Een uitzondering ten opzichte van alle andere leden van de rechterlijke macht wordt hiermede weggenomen.

Ook ten aanzien van de voorzitter en de leden van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, voor wie thans dezelfde tienjaartermijn geldt, wordt schrapping van dat vereiste voorgesteld.

De tienjaartermijn is eertijds kennelijk ingegeven door de hoge posities van de genoemde rechtscolleges. Tot 1972 bestond er een vijfjaartermijn voor benoeming in de gerechtshoven maar die is toen geschrapt. In 1978 is voor de Hoge Raad de tienjaartermijn in zoverre verzacht dat die eis niet meer werd gesteld voor een aanvullend examen. De beide ministers menen dat er geen gewichtige reden is een termijn voor de Hoge Raad en de Afdeling rechtspraak te handhaven, terwijl die voor andere rechtsprekende functies niet bestaat. Integendeel, de handhaving ervan zou betekenen dat bijvoorbeeld iemand die grote kennis en ervaring heeft opgedaan in het rechtsleven niet zou kunnen worden benoemd, omdat hij eerst op latere leeftijd de theoretische studie heeft afgerond.

De strafbaarheid van rechtspersonen bij verkeersdelicten

De procureurs-generaal bij de gerechtshoven in Nederland hebben besloten twee onlangs vastgestelde richtlijnen voor het Openbaar Ministerie en de politie in de openbaarheid te brengen. Deze richtlijnen, die vrijwel uitsluitend een technisch karakter hebben, worden voor belangstellenden ter inzage gelegd bij de arrondissementsparketten en de griffies van de rechtbanken, alsmede bij de Centrale Bibliotheek van het Ministerie van Justitie.

De twee richtlijnen hebben betrekking op de strafbaarheid van rechtspersonen bij verkeersdelicten en de opsporing en vervolging van omvangrijke vuurwapenzaken die arrondissementsgrenzen overschrijden.

Sinds 1 september 1976 kent de Nederlandse Wetgeving de strafbaarheid van rechtspersonen voor de delicten van het Wetboek van Strafrecht en de meeste strafbare feiten in andere wetten. Het is daarmee mogelijk een strafvervolgung in te stellen tegen een rechtspersoon naast een strafvervolgung tegen de dader zelf (natuurlijke persoon). In een der bedoelde richtlijnen is dit uitgewerkt speciaal voor strafbare gedragingen in het verkeer. Als voorbeelden daarvan worden genoemd: het geval dat een chauffeur bij een overtreding zich beroept op een opdracht van zijn werkgever; overtredingen van de Rijtijdenwet en het Rijtijdenbesluit; ernstige technische gebreken aan het voertuig die wijzen op onvoldoende onderhoud; overbelading van het voertuig; geen wettelijke aansprakelijkheidsverzekering voor het voertuig; foute registratie van het kenteken.

De richtlijn is gegoten in de vorm van een instructie van elke hoofdofficier van justitie aan de politie in zijn arrondissement over de personen die in dergelijke gevallen moeten worden gehoord (bestuurder van de rechtspersoon, directeur, chef) en over de inrichting van het proces-verbaal.

De bedoeling van een en ander is de officier van justitie in staat te stellen te beoordelen of hij mede een strafvervolgung zal instellen tegen de rechtspersoon.

BERICHTEN

Studiedag van de Belgische en Nederlandse Vereniging voor Agrarisch Recht te Tilburg

De Belgische en Nederlandse Vereniging voor Agrarisch Recht organiseren op vrijdag 17 oktober 1980 een studiedag te Tilburg over de onteigeningsvergoedingen in land- en tuinbouw.

Als preadviseurs zullen optreden: voor België mr. F. Van Laer, advocaat te Wezemael en voor Nederland mr. J.G. de Vries, advocaat te Den Haag.

De studiedag begint om 10 uur en eindigt omstreeks 16 uur. De deelnemers dienen zich schriftelijk in te schrijven bij de heer M. Heyerick, secretaris B.V.A.R., Guldenvlieslaan 72, 1060 Brussel (tel. 052/538.81.60).