

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

ECHTSCHIEDING OP GROND VAN VIJF JAAR FEITELIJKE SCHEIDING : DE WET VAN 2 DECEMBER 1982

I. Inleiding

1. Bij de wet van 2 december 1982 zijn in art. 232 B.W. en art. 1270*bis* Ger. W. de woorden «tien jaar» vervangen door de woorden «vijf jaar».

Door deze wetwijziging wordt het mogelijk om de echtscheiding te vorderen op grond van de feitelijke scheiding van de echtgenoten van minstens vijf jaar.

De wet van 1 juli 1974, waarbij de echtscheiding op grond van de duurzame ontwrichting van het huwelijk werd ingevoerd, was op verschillende vlakken een compromis tussen een liberaliserende en een meer behoudende strekking, en kwam slechts tot stand na langdurige parlementaire beraadslaging¹. Al onmiddellijk na het goedkeuren ervan werden bij het parlement voorstellen ingediend om de termijn van de voor de echtscheiding vereiste feitelijke scheiding te verkorten².

De nieuwe wet is, zoals zo dikwijls het geval is inzake hervormingen op het gebied van het personen- en familierecht, het resultaat van een parlementair initiatief³. Het is merkwaardig dat de wetwijziging in het parlement bijna unaniem werd goedgekeurd⁴. Dit wijst erop dat in minder dan een decennium tijd de opvattingen toch wel zijn geëvolueerd. Het is dan ook te verwachten dat de huidige hervorming slechts een etappe is op weg naar een verdergaande liberalisering van het echtscheidingsrecht.

¹ Zie hierover VAN LOOK, M., «De wet van 1 juli 1974: doorbraak van de schuldloze echtscheiding», *R.W.*, 1974-75, 961-998, inzonderheid nrs. 17-80.

² *Parl. St.*, Kamer, B.Z. 1974, nr. 212-1, wetsvoorstel-Dinant; *Parl. St.*, Kamer, 1974-75, nr. 429-1, wetsvoorstel-Degroeve.

³ Wetsvoorstel-Boel, *Parl. St.*, Kamer, 1979-1980, nr. 393/1, 12 december 1979. Zie hierover De Busschere, C., «De echtscheidingswetgeving in evolutie: het wetsvoorstel-Boel», *R.W.*, 1981-82, 209-226.

⁴ *Parl. Hand.*, Kamer, 9 juli 1981, p. 2893: 154 ja-stemmen, geen neen-stemmen noch onthoudingen; *Beknopt Verslag (F)*, Senaat, 25 november 1982, p. 155-156: 145 ja-stemmen, 4 neen-stemmen, 9 onthoudingen.

II. Kwantitatieve gegevens

2. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel-Boel in de Kamer, werden door de minister van Justitie — onvolledige — cijfergegevens bekendgemaakt over de toepassing van art. 232 B.W. voor de rechtbanken⁵. Hieruit kan worden opgemaakt dat tussen 1975 en 1981 gemiddeld per jaar een duizendtal echtscheidingen op grond van feitelijke scheiding werden toegestaan⁶. Voor ogen houdend dat tot nu toe tien jaar afzonderlijk leven vereist waren — wat meer dan een vijfde van de gemiddelde levensduur van een volwassene is! — mag men concluderen dat de wet in de praktijk een, zij het bescheiden, succes heeft. Met de huidige hervorming valt te verwachten dat de echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting nog in belang zal toenemen, zowel in absolute cijfers als in verhouding tot de andere echtscheidingsgronden, hoewel natuurlijk in de eerste jaren rekening gehouden zal moeten worden met een inhaaleffect.

III. De aard van de echtscheidingsgrond van art. 232 B.W.

3. Met de wetwijziging van 2 december 1982 heeft de wetgever er zich toe beperkt de termijn te verkorten van de voor de echtscheiding vereiste feitelijke scheiding, zowel in het gewone geval (art. 232, 1e lid, B.W.) als in het geval de feitelijke scheiding het gevolg is van de krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid van de andere echtgenoot (art. 232, 2e lid, B.W.). Op het eerste gezicht zou de commentator van deze nieuwe wet er voor het overige mee kunnen volstaan te verwijzen naar de commentaren die verschenen zijn op de wet van 1 juli 1974, ware het niet dat deze wet

⁵ *Parl. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 393-2, p. 6.

⁶ Ter vergelijking: in 1979 werden in totaal 9.044 echtscheidingen toegestaan op bepaalde grond (artt. 229, 231 en 232 B.W.) en 5.171 door onderlinge toestemming, in totaal 14.215 (bron: Nationaal Instituut voor de Statistiek, Brussel).

aanleiding heeft gegeven tot heel wat uiteenlopende interpretaties.

Hoewel men had kunnen verwachten dat de wetgever, bekend met deze twistpunten, ze bij het voorbereiden van de hervorming zou hebben trachten op te lossen, is het tegendeel waar: sommige werden tijdens de parlementaire voorbereiding helemaal niet aangeraakt, betreffende andere werden in het parlement tegenstrijdige verklaringen afgelegd. Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste punten van discussie.

a) Scheiding van tafel en bed op grond van feitelijke scheiding van minstens vijf jaar

4. Men kent de uiteenlopende opvattingen die in de rechtspraak en de rechtsleer verdedigd worden omtrent de mogelijkheid om op grond van art. 232 B.W. de scheiding van tafel en bed te vorderen. Bij de voorbereiding van de wet van 2 december 1982 heeft de wetgever eens te meer niet aan die mogelijkheid gedacht. De algemene bewoordingen van art. 1305 Ger. W. doen ons evenwel besluiten dat scheiding van tafel en bed op grond van vijf jaar feitelijke scheiding wél mogelijk is⁷.

b) Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van minstens vijf jaar door van tafel en bed gescheiden echtgenoten

5. Volgens een minoriteitsstelling in rechtspraak en rechtsleer⁸ kunnen echtgenoten die van tafel en bed gescheiden zijn geen vordering tot echtscheiding op grond van art. 232 B.W. inleiden, omdat het gescheiden leven van die echtgenoten geen feitelijke scheiding zou zijn. Ook hierover is met geen woord gerept tijdens de voorbereiding van de wet van 2 december 1982. O.i. snijdt genoemde stelling, die inhoudt dat de wetgever in art. 232 B.W. alleen het afzonderlijk wonen op het oog had van echtgenoten die *wettelijk* gehouden zijn tot samenwonen, geen hout: nergens heeft de wetgever de term «feitelijke scheiding» in art. 232 B.W. gedefinieerd, maar het is duidelijk dat hij hiermee bedoeld heeft het gescheiden leven zonder dat er een echtscheiding is ingetreden. Daarenboven zijn de echtgenoten ook in andere gevallen niet meer gehouden samen te leven, inzonderheid op basis van een beschikking van de vrederechter in het kader van art. 223 B.W. — een situatie die door het Hof van Cassatie uitdrukkelijk, zij het in een ander verband, als een feitelijke scheiding is bestempeld⁹ — of van de voorzitter rechtsprekend in kort geding in het kader van

art. 1280 Ger. W.: ook deze situaties zijn in de strikte zin van het woord geen *feitelijke* scheidingen, hoewel niemand zal durven te beweren dat ze de echtscheiding op grond van art. 232 B.W. verhinderen. Het is ook arbitrair zich te baseren op het feit dat in laatstgenoemde gevallen de samenwoningplicht slechts wordt geschorst, terwijl ze bij een scheiding van tafel en bed wordt opgeheven. Last but not least kan voor de hier verdedigde stelling het *a fortiori* argument worden aangevoerd, waarvan men niet inzielt waarom het niet in het personen- en familierecht toepasselijk zou zijn.

c) De onderbreking van de termijn van feitelijke scheiding door een tijdelijke hereniging

6. Art. 232 B.W. zegt niet dat de feitelijke scheiding ononderbroken moet zijn. Hieruit wordt door sommigen afgeleid dat de feitelijke hereniging, zelfs als er een tijdelijke verzoening heeft plaatsgehad, de echtscheiding niet in de weg staat, als de periodes van afzonderlijk leven in het geheel meer dan (thans) vijf jaar bedragen¹⁰. Maar ook sommige tegenstanders van die interpretatie gaan ermee akkoord dat een kortstondig samenwonen van de echtgenoten met het oog op een — uiteindelijk mislukte — verzoening, niet gelijkgesteld mag worden met een eigenlijke verzoening die de termijn van feitelijke scheiding stuit¹¹, wat uiteindelijk een nog soepeler standpunt inhoudt dan het voorgaande. Ook hierover zal men tevergeefs enige aanwijzing zoeken in de voorbereidende werkzaamheden van de nieuwe wet.

d) Automatische of beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank

7. Het laatste en meest essentiële twistpunt m.b.t. de toepassing van art. 232 B.W. betreft de vraag of de feitelijke scheiding van minstens vijf jaar automatisch tot het gegrond verklaren van de echtscheidingsvordering dient te leiden. Bepaalde auteurs wijzen erop dat art. 232 B.W. nog twee andere vereisten voor het toestaan van de echtscheiding vooropstelt en inzonderheid dat het huwelijk duurzaam ontworcht dient te zijn; hieruit leiden zij af dat het een autonoom vereiste betreft, waarvan de vervulling zelfs ambtshalve door de rechtbank onderzocht zou dienen te worden¹². Anderen zijn terecht van oordeel dat het afzonderlijk leven gedurende de vooropgestelde periode, een weerlegbaar vermoeden van duurzame ontworcht van het huwelijk inhoudt, zodat het aan de verweerder of aan het O.M. die het tegendeel beweert is om zulks te bewijzen¹³.

Onder de wet van 1 juli 1974 hield het voorgaande in hoofdzaak een academische discussie in; uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt in elk geval niet dat ooit een vor-

⁷ Voor verwijzingen, zie DE BUSSCHERE, *art. cit.*, 220-221; *adde*: in dezelfde zin: PAUWELS, J.M., *Personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 1982, nr. 311; *contra*: BAETEMAN, G., en GERLO, J., «Overzicht van rechtspraak (1975-1980), Personen- en familierecht», *T.P.R.*, 1981, 868-869, nr. 152.

⁸ Rb. Marche-en-Famenne, 17 februari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1977, 329; DE BUSSCHERE, C., «Kan, na een scheiding van tafel en bed, nog een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding worden verkregen?», *R.W.*, 1981-82, 2391-2398, met verwijzingen naar de tegenovergestelde stelling.

⁹ Cass., 10 oktober 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 387, noot RENCHON.

¹⁰ Rb. Hasselt, 18 januari 1977, *Lim. Rechtsl.*, 1977, nr. 2, 49, noot; PAUWELS, *o.c.*, nr. 440.

¹¹ DE BUSSCHERE, *art. cit.*, *R.W.*, 1981-82, 218.

¹² DE BUSSCHERE, *art. cit.*, 214.

¹³ Rb. Tongeren, 23 mei 1975, *R.W.*, 1975-76, 240; Rb. Charleroi, 23 juni 1975, *J.T.*, 1976, 97; PAUWELS, J.M., noot bij Rb. Brussel, 22 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2027.

dering op grond van art. 232 B.W. afgewezen werd hoewel de feitelijke scheiding van tien jaar bewezen was. Men begrijpt evenwel dat, met de halvering van de vereiste termijn van gescheiden leven, de voorgaande discussie aan belang wint; het is inderdaad niet ondenkbaar dat, niettegenstaande de echtgenoten sinds meer dan vijf jaar uit elkaar zijn, een toekomstige verzoening niet geheel irreëel is.

8. Over dit punt vindt men wel aanwijzingen in de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 2 december 1982, maar zoals in die van de wet van 1 juli 1974¹⁴ zijn ze tegenstrijdig. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel-Boel en in een verklaring van de minister van Justitie bij de bespreking in de Senaat wordt erop gewezen dat de rechtbank telkens tot taak heeft na te gaan of het uiteengaan van de echtgenoten een onherroepelijk karakter heeft¹⁵. In het verslag-Defraigne namens de commissie voor de Justitie van de Kamer wordt er daarentegen met nadruk op gewezen dat, wanneer de echtgenoten daadwerkelijk sinds minstens vijf jaar gescheiden leven, de mislukking van het huwelijk niet meer moet worden bewezen¹⁶. O.i. is er geen reden om onder de gelding van de nieuwe wet de stelling van het (weerlegbaar) vermoeden van de duurzame ontwrichting, als eenmaal de feitelijke scheiding van vijf jaar bewezen is, te verlaten.

IV. Indirecte versoepeling van het afstammingsrecht

9. Zoals men weet, werd bij het tot stand komen van de wet van 1 juli 1974 een versoepeling doorgevoerd in het afstammingsrecht. Met name werd een nieuwe categorie van in overspel verwekte kinderen gecreëerd die, met machtiging van de rechtbank, erkend en eventueel gewettigd kunnen worden (art. 331, 2e lid, B.W.). Hoewel door de huidige wet genoemde bepaling niet gewijzigd is, betekent de halvering van de voor de echtscheiding vereiste termijn van feitelijke scheiding, eigenlijk, dat voortaan kinderen erkend en gewettigd kunnen worden die het niet konden onder de gelding van de vroegere wet. Voortaan kunnen in overspel verwekte kinderen erkend en gewettigd worden voor zover ze geboren zijn 300 dagen of meer na het ontstaan van de feitelijke scheiding, voor zover naderhand de echtscheiding wordt toegestaan op grond van de feitelijke scheiding van vijf jaar. Niet vereist is dat de echtscheiding effectief is geworden¹⁷.

Men staat ver af van de *ratio legis* van het oorspronkelijke art. 331 B.W. zoals ingevoerd door de wet van 10 februari 1958¹⁸.

Dit voordelig rechtsgevolg dat aan de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding verbonden wordt, zal er, met

de aanzienlijke verkorting van de termijn, wellicht toe leiden dat in een aantal gevallen de echtscheiding op deze grond zal worden gevorderd, ook al zou een echtscheiding op schuldgronden of door onderlinge toestemming evenzeer realiseerbaar zijn¹⁹.

10. Meer fundamenteel kan men evenwel de vraag stellen of art. 331, 2e lid, jo. art. 335 B.W. niet in strijd is met art. 8 jo. art. 14 E.V.R.M. in de interpretatie eraan gegeven in het arrest-Marckx, in zoverre het een (ongeoorloofde) discriminatie inhoudt van het kind dat in overspel verwekt is door een persoon wiens huwelijk niet het voorwerp was van een tijdig ingestelde procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten of door onderlinge toestemming, of naderhand niet het voorwerp uitmaakt van een procedure tot echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding²⁰.

V. Overgangsrecht

a) Onmiddellijke werking van de nieuwe wet

11. De nieuwe wet is gepubliceerd in het Staatsblad van 21 december 1982 en trad in werking op de tiende dag na de publikatie, d.i. op 31 december 1982.

Daar de wet geen uitdrukkelijke overgangsbepalingen bevat, dient voor de toepassing ervan in de tijd een beroep gedaan te worden op de algemene beginselen van het overgangsrecht.

Gezien het beginsel van de onmiddellijke en exclusieve werking van nieuwe wetten, zijn deze onmiddellijk van toepassing, niet alleen op de feiten die zich voordoen na het in werking treden ervan, maar ook op de toekomstige rechtsgevolgen van feiten die zijn ontstaan onder de oude wet²¹.

12. Toegepast op gevallen zoals de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, waarbij de totstandkoming van het rechtsgevolg de tussenkomst van een gerechtelijke uitspraak vereist, betekent zulks dat wanneer het relevante feit een voortdurende toestand is die reeds bestond onder de vroegere wet en verder loopt onder de nieuwe wet — in tegenstelling tot direct aflopende feiten — de nieuwe wet in zulk een feit kan ingrijpen vanaf het moment van haar inwerkingtreding²². Wanneer aldus de wetgever de feitelijke scheiding van vijf jaar invoert als grond tot echtscheiding, dan betekent dit dat de in het verleden ontstane toestand van feitelijke scheiding vanaf 31 december 1982 aangevoerd kan worden als grond tot echtscheiding, voor zover die op

¹⁹ Cf. DE BUSSCHERE, *art. cit.*, 224 (die ook wijst op het gelijkaardige effect dat de toepassing van art. 1278, 3e en 4e lid, Ger. W. kan hebben).

²⁰ De rechtspraak is hierover verdeeld; neemt de strijdigheid aan: Rb. Turnhout, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, te publiceren, noot PAUWELS; *contra*: Rb. Antwerpen, 30 september 1982, *onuitg.*, A.R. 73.085; Rb. Gent, 22 november 1982, *onuitg.*, A.R.V. 710/82 (impliciet); vgl., m.b.t. het vereiste, gesteld in art. 331 B.W., van de voorafgaande machtiging van de rechtbank: Rb. Mechelen, 7 april 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 320.

²¹ DE PAGE, H., *Traité*, I, nr. 231ter, p. 336; VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, Antwerpen, 1969, nr. 24, p. 70.

²² ROUBIER, P., *Le droit transitoire*, Parijs, 1960, 2e uitg., p. 307.

¹⁴ Zie hierover RENCHON, J.-L., «A propos de l'article 232 nouveau du Code civil: un arrêt important de la Cour d'Appel de Bruxelles», *J.T.*, 1977, 89-97.

¹⁵ *Parl. St.*, Kamer, 1979-80, nr. 393/1, p. 1; *Beknopt Verslag (F)*, Senaat, 25 november 1982, p. 153.

¹⁶ *Parl. St.*, Kamer, 1979-80, nr. 393/2, p. 2.

¹⁷ Zie SENAËVE, P., *Het vaderschap van de echtgenoot*. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 205 *in fine*, p. 154-155.

¹⁸ Zie hierover SENAËVE, o.c., nr. 202.

het ogenblik van het inleiden van de procedure reeds minstens vijf jaar duurt. De nieuwe wet wordt immers geacht beter te zijn dan de oude en moet dus zo ruim mogelijk worden toegepast; daardoor wordt er geen retroactieve werking aan toegekend, aangezien niet geraakt wordt aan vroeger definitief geregelde rechtsverhoudingen²³. Deze oplossing druist evenmin in tegen de rechtszekerheid, daar de burgers nooit aanspraak kunnen maken op de onveranderlijkheid van de wetgeving die de openbare orde raakt²⁴.

b) Toepasselijkheid van de nieuwe wet op hangende echtscheidingsgedingen

13. Moeilijker is de vraag naar de toepasselijkheid van de nieuwe wet op de echtscheidingsgedingen die op 31 december 1982 voor de rechter hangende waren.

Als algemene regel heeft een nieuwe wet op het gebied van het materiële recht — in tegenstelling tot het procesrecht — geen uitwerking op de op het ogenblik van de inwerkingtreding ervan hangende processen, daar in de regel een proces *in se* slechts een toevallig en bijkomstig element is in de rechtsverhoudingen tussen de burgers, zodat de stand van het rechtsgeding niet vermogen enig belang te hebben voor de oplossing van de problemen van overgangsrecht²⁵.

Op dit principe moet nochtans een uitzondering gemaakt worden voor de gevallen waarin de rol van de rechter er zich niet toe beperkt een vooraf bestaande rechtstoestand te erkennen, maar waarin hij dient op te treden om een nieuwe juridische situatie te creëren; de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding is een typisch voorbeeld hiervan, zoals de andere gevallen waarin het te wijzen vonnis *constitutief* is voor de staat van personen. In deze gevallen heeft men te maken met een toestand die gebaseerd is, aan de ene kant, op de feiten die er de grondslag voor vormen (bv. de gronden tot echtscheiding) en, aan de andere kant, op de rechterlijke uitspraak, die er de juridische bezegeling van vormt²⁶.

14. Aldus wordt geleerd dat wanneer een nieuwe wet een grond tot echtscheiding zou afschaffen of een bijkomstige voorwaarde voor het verkrijgen van de echtscheiding zou invoeren, de echtscheiding niet meer zou mogen worden toegestaan wanneer de in een hangende procedure aangevoerde feiten, die een grond tot echtscheiding vormden op het ogenblik dat zij zich hebben voorgedaan, hebben opgehouden een echtscheidingsgrond te vormen onder de nieuwe wet of niet beantwoorden aan de bijkomende voorwaarde²⁷.

Omgekeerd, wanneer de in de hangende procedure aangevoerde feiten onder het oude recht geen grond tot echtscheiding vormden of wellicht daartoe niet voldoende waren, maar dit wél zijn geworden onder de nieuwe wet, dan mag de echtscheiding in de loop van het geding worden gevorderd op grond van de nieuwe wet. Dit is het standpunt dat in de rechtspraak en rechtsleer wordt verdedigd²⁸. Deze oplossing moet o.i. evenwel beperkt worden tot de gevallen waarin het relevante feit een voortdurende toestand is die reeds bestond of zich aan het ontwikkelen was op het ogenblik van het inleiden van het geding en thans nog verder loopt (cf. het onder nr. 12 gemaakte onderscheid, dat hier *a fortiori* van toepassing is).

15. Toegepast op de wet van 2 december 1982 betekent dit dat de feitelijke scheiding van minstens vijf jaar niet alleen als grond tot echtscheiding mag worden aangevoerd in vanaf 31 december 1982 in te leiden echtscheidingsgedingen, maar evenzeer in de gedingen die op deze datum nog hangende waren.

Onmiddellijk rijst dan de vraag naar het ogenblik waarop de feitelijke scheiding sinds minstens vijf jaar voltrokken dient te zijn om als grond tot echtscheiding in hangende gedingen te kunnen worden aangevoerd. Men weet dat rechtspraak en rechtsleer in die zin gevestigd zijn dat de in art. 232 B.W. vereiste duur van de feitelijke scheiding bereikt moet zijn op het ogenblik van de aanbidding van het inleidend verzoekschrift tot echtscheiding, en dat de tijdens de echtscheidingsprocedure verlopen duur van de feitelijke scheiding niet in aanmerking komt²⁹. Deze regel kan evenwel niet worden aangewend voor de oplossing van genoemd probleem van overgangsrecht. Het zou inderdaad weinig logisch zijn te vereisen dat wanneer men zich, in een echtscheidingsprocedure die op 31 december 1982 hangende was, beroept op de nieuwe wet, de echtgenoten minstens vijf jaar gescheiden dienden te hebben geleefd op het ogenblik van het indienen van het verzoekschrift, omdat op dat ogenblik de feitelijke scheiding van vijf jaar nog geen echtscheidingsgrond was. Voldoende is dat de feitelijke scheiding sinds minstens vijf jaar voltrokken is op het ogenblik dat de eiser zich in rechte op de nieuwe wet beroept. Overigens zal de rechter ook ambtshalve, in de echtscheidingsgedingen die op 31 december 1982 hangende waren, de wet van 2 december 1982 dienen toe te passen, aangezien het feit van de feitelijke scheiding van vijf jaar noodgedwongen begrepen ligt in het door de eiser oorspronkelijk aangevoerde feit van feitelijke scheiding van tien jaar.

²³ DE PAGE, I, nr. 231ter, p. 335-336.

²⁴ Cf. DE PAGE, I, nr. 231ter, p. 336, en nr. 232, p. 342.

²⁵ ROUBIER, *o.c.*, p. 347-348; ROUBIER, P., «De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours», in *Mélanges Maury*, Parijs, 1960, II, p. 513 e.v., op 521-522. Over de uitzonderingen op die regel gemaakt door bepaalde Franse rechtspraak, zie o.m. ROUJOU DE BOUBÉE, G., «La loi nouvelle et le litige», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1968, 479-501, inz. nrs. 14-20.

²⁶ ROUBIER, *art. cit.*, p. 523-524; ROUJOU DE BOUBÉE, *art. cit.*, nr. 14 *in initio*.

²⁷ ROUBIER, *art. cit.*, p. 524; p. 524; DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Jurisl. civ.*, tw. «Conflits de lois dans le temps», nr. 26.

²⁸ Rb. Antwerpen, 28 november 1960, *R.W.*, 1960-61, 1301, *Rev. Comm.*, 1961, 101 (m.b.t. de wet van 27 juni 1960 inzake het I.P.R.); VAN GERVEN, *o.c.*, nr. 24, p. 69-70; DEKEUWER-DEFOSSEZ, *o.c.*, nr. 26. In de Franse Echtscheidingswet van 11 juli 1975 werd, bij een uitdrukkelijke overgangsbepaling, de toepassing van de nieuwe wet op de hangende echtscheidingsgedingen uitgesloten, wat er evenzeer op wijst dat de algemene beginselen van het overgangsrecht in de tegenovergestelde zin gevestigd zijn (cf. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *o.c.*, nr. 99). Zie voorts art. 25 van het voorontwerp van voorafgaande titel voor een nieuwe Franse Code civil en de toelichting van ROUBIER: *Travaux de la commission de réforme du code civil*, Année 1948-1949, Parijs, 1950, p. 270-271 en 275.

²⁹ DE BUSSCHERE, *art. cit.*, 217.

O.i. is er geen enkele reden om het voorgaande niet tevens toe te passen op de beslechting van de echtscheidingsgedingen waarin op 31 december 1982 reeds een uitspraak in eerste aanleg bestond waartegen evenwel hoger beroep is ingesteld³⁰. Zeker in materies van staat van de persoon kan er geen sprake zijn, bij de partij die het vonnis in eerste aanleg verkregen heeft, van een verworven recht dat niet aangetast zou kunnen worden door een tijdens het geding in hoger beroep afgekondigde nieuwe wet³¹.

16. Zoals men weet, kan de eiser in echtscheiding op schuldgronden, tijdens de procedure de juridische kwalificatie van zijn eis veranderen naar een echtscheiding op grond van art. 232 B.W., op voorwaarde dat het feit van de feitelijke scheiding waarop de nieuw gekwalificeerde vordering berust, reeds aangevoerd is in het oorspronkelijk ver-

zoekschrift en dat de wijziging plaatsheeft bij op tegenspraak genomen conclusies³³. In de op 31 december 1982 hangende procedures van echtscheiding op grond van bepaalde feiten zal de eiser gerechtigd zijn, onder de voorwaarden vervat in art. 807 Ger. W., om de kwalificatie van zijn eis te wijzigen en thans de echtscheiding te vorderen op basis van het gewijzigde art. 232 B.W., voor zover de feitelijke scheiding al meer dan vijf jaar duurt op het ogenblik dat de kwalificatie van de echtscheidingseis gewijzigd wordt (d.i. dat van het neerleggen van de conclusies daartoe)³³. Vanzelfsprekend kan in zo'n geval de rechtbank niet ambtshalve de kwalificatie van de echtscheidingseis wijzigen.

Ten slotte kan de verweerder in een echtscheidingsprocedure op grond van art. 229 en/of 231 B.W. die op 31 december 1982 hangende was, in reconventie de echtscheiding vorderen op grond van het nieuwe art. 232 B.W., indien de echtgenoten sinds meer dan vijf jaar feitelijk gescheiden leven op het ogenblik van het neerleggen van de conclusies ter zake.

Patrick SENAËVE

³⁰ Cf. impliciet: Hof Brussel, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1979-80, 1923, noot PAUWELS (m.b.t. de wet van 1 juli 1974).

³¹ Cf., over het probleem van de toepasselijkheid van de nieuwe wet op de gedingen die in hoger beroep hangende zijn: ROUBIER, *art. cit.*, 525-529; ROUJOU DE BOUBÉE, *art. cit.*, nrs. 27-28; DEKEUWER-DEFOSSEZ, *art. cit.*, nr. 30.

³² Zie o.m. SENAËVE, P., noot bij Rb. Hasselt, 8 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 586.

³³ Cf. Hof Brussel, 18 oktober 1977, *aangeh.*

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 15 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Châtel

Raadshere-rapporteur: de h. Vervloet

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaat: mr. Mertens

Voorlopige hechtenis — Uitlevering — Specialiteitsbeginsel.

Krachtens art. 10 van de Uitleveringsovereenkomst tussen België en Frankrijk van 15 augustus 1874, als vervangen door art. 1 van de Verklaring van 18 juli 1900, kan de overgeleverde persoon niet vervolgd of veroordeeld worden wegens een misdrijf dat vóór de uitlevering is gepleegd en dat verschilt van dat naar aanleiding waarvan de uitlevering geschiedt, tenzij hij er uitdrukkelijk in heeft toegestemd om vervolgd of geoordeeld te worden, in welk geval zijn toestemming zal worden medegedeeld aan de regering die hem overgeleverd heeft, of zo hij, binnen een maand nadat hij voorgoed op vrije voeten is gesteld, het land waaraan hij overgeleverd werd niet heeft verlaten, of, bij niet-toestemming van de uitgeleverde, zo de overtreding in de termen van de Overeenkomst valt en zo de regering, aan welke hij is overgeleverd, vooraf de toestemming heeft verkregen van de regering die de uitlevering heeft verleend.

Nu ten deze niet blijkt dat aan een van de voormelde vereisten is voldaan, vermocht de kamer van inbeschuldigingstelling niet verdacht voorlopige hechtenis te handhaven op grond van een misdrijf dat vóór de uitlevering is gepleegd en verschilt van dat naar aanleiding waarvan de uitlevering is geschied.

D.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 mei 1982 door het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, gewezen;

Overwegende dat de onderzoeksrechter te Brugge op 6 december 1980 tegen eiser een bevel tot aanhouding heeft verleend wegens: A. diefstal met braak; B. bendevoorming met het doel andere misdaden te plegen dan die waarop doodstraf of dwangarbeid is gesteld; C. valsheid in geschriften en gebruik ervan; D. oplichting; E. diefstallen; dat dezelfde onderzoeksrechter op 22 december 1980 tegen eiser een bevel tot aanhouding heeft afgeleverd wegens heiling; dat de raadkamer, na eisers uitlevering door de Franse overheid, die aanhoudingsbevelen heeft bevestigd bij beschikking van 11 december 1981; dat het bestreden arrest de beschikking van de raadkamer van 27 april 1982, waarbij eisers voorlopige hechtenis wordt gehandhaafd, bevestigt;

Overwegende dat eiser op 7 mei 1982 twee voorzieningen heeft ingesteld tegen het arrest van 7 mei 1982, de ene tegen

de beslissing waardoor het bevel tot aanhouding afgeleverd op 6 december 1980 wordt gehandhaafd en de andere tegen de beslissing waardoor het bevel tot aanhouding afgeleverd op 22 december 1980 wordt gehandhaafd; dat er termen zijn om de voorzieningen, die tegen hetzelfde arrest zijn gericht, te voegen;

Over het eerste middel, hieruit afgeleid: Het bevel tot aanhouding van 6 december 1980 vermeldt onder de telastlegging B het feit van «bendevorming». Tot op het huidig ogenblik wordt die telastlegging nog steeds in aanmerking genomen ter gelegenheid van de bevestiging en nadien van de handhaving van de hechtenis en dit ten onrechte. Immers, uit het dossier, dat het decreet van uitlevering van 2 april 1981 van de Franse regering bevat — welk decreet het gedeeltelijk gunstig advies van 18 maart 1981 van de Kamer van Inbeschuldigingstelling te Parijs beaamde —, blijkt dat geen uitlevering werd toegestaan voor de thans nog steeds in aanmerking genomen telastlegging B van bendevorming. Overeenkomstig het specialiteitsbeginsel, nl. dat een verdachte enkel mag worden vervolgd in het Rijk voor die feiten waarvoor de uitlevering uitdrukkelijk is toegestaan, dient de telastlegging B te worden verwijderd uit het bevel tot aanhouding en de beschikkingen tot handhaving van de hechtenis:

Overwegende dat het middel, in zoverre het de geldigheid van het aanhoudingsbevel van 6 december 1980 en de beschikkingen van bevestiging en handhaving van de voorlopige hechtenis betwist, opkomt tegen beslissingen waartegen het cassatieberoep niet is gericht;

Dat het middel in dat opzicht niet ontvankelijk is;

Overwegende dat, blijkens het decreet van 2 april 1981 van de Franse regering, eisers uitlevering aan de Belgische overheden is toegestaan voor de misdrijven bedoeld in de tegen hem afgeleverde bevelen tot aanhouding, behalve voor het feit van vereniging van boosdoeners (bendevorming) vermeld in het aanhoudingsbevel van 6 december 1980;

Overwegende dat, krachtens artikel 10 van de Uitleveringsovereenkomst tussen België en Frankrijk van 15 augustus 1874, als vervangen door artikel 1 van de Verklaring van 18 juli 1900, de overgeleverde persoon niet kan worden vervolgd of veroordeeld wegens een misdrijf dat vóór de uitlevering is gepleegd en dat verschilt van die naar aanleiding waarvan de uitlevering geschiedt, tenzij hij er uitdrukkelijk in heeft toegestemd om vervolgd of geoordeeld te worden, in welk geval zijn toestemming zal worden medegedeeld aan de regering die hem overgeleverd heeft, of zo hij, binnen de maand dat hij voorgoed op vrije voeten werd gesteld, het land waaraan hij overgeleverd werd, niet heeft verlaten, of, bij niet-toestemming van de uitgeleverde, zo de overtreding in de termen van de Overeenkomst valt en zo de regering, aan welke hij werd overgeleverd, vooraf de toestemming heeft bekomen van de regering die de uitlevering heeft verleend;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat ter zake aan een van de voormelde vereisten is voldaan;

Dat derhalve het arrest eisers voorlopige hechtenis niet vermocht te handhaven op grond van het misdrijf van bendevorming (telastlegging B);

Dat het middel in zoverre gegrond is;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van artikel 5 van de wet van 20 april 1874 betreffende de voorlopige hechtenis,

(...)

Overwegende dat de onderzoeksgerechten, hoewel zij in geval van handhaving van de voorlopige hechtenis hun beslissing met redenen moeten omkleden zoals voorgeschreven door artikel 5 van de wet van 20 april 1874, evenwel bij ontstentenis van conclusie dienaangaande, zoals ten deze, niet verplicht zijn bovendien uitdrukkelijk vast te stellen dat er voldoende bezwaren tegen de verdachte bestaan;

Overwegende dat het arrest, met overneming van de redenen aangevoerd in de schriftelijke vordering van het openbaar ministerie, vaststelt dat de feiten zeer ernstig zijn en in dat verband omstandigheden vermeldt die eigen zijn aan de persoon van eiser en die wijzen op zijn uiterst gevaarlijke geestgesteldheid; dat het voorts vaststelt dat eiser geen enkel gekend verblijf in België of in het buitenland heeft, dat hij slechts na uitlevering vanuit Frankrijk aangehouden en opgesloten kon worden en «dat de voorlopige hechtenis verder noodzakelijk is om te verhinderen dat hij zich door de vlucht naar het buitenland aan het verder onderzoek en de rechtsvervolgingen zou onttrekken»;

Dat het arrest aldus, met aanwijzing van de aan eiser en aan de zaak eigen gegevens, de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden preciseert die dermate de openbare veiligheid aanbelangen dat de voorlopige hechtenis van eiser moet worden gehandhaafd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel, hieruit afgeleid: De loutere verdere aanhouding op grond van de noden van het onderzoek, namelijk meer bepaald het afhalen van overtuigingsstukken in Frankrijk om ze naar België te brengen, is op zichzelf niet voldoende om de hechtenis van eiser te blijven handhaven, daar deze noden van het onderzoek vanzelfsprekend ondergeschikt zijn aan het eventueel bestaan van ernstige bezwaren met betrekking tot de telastleggingen tegen eiser, quod non. Trouwens kan worden opgemerkt, wat betreft het thans nog hangende onderzoek, dat er reeds een plicht van onderzoeksrechter D'Hoest met opdracht dagtekent van 4 december 1980 en 21 januari 1981, dat is ruim vijftien maanden geleden, zonder dat die opdracht intussen is uitgevoerd, wat een ontoelaatbare verlenging van de hechtenis heeft meegebracht:

Overwegende dat het onderzoeksgerecht — bij ontstentenis van een conclusie van de verdachte waarin vertraging in het onderzoek van de zaak wordt aangevoerd — de handhaving van de hechtenis van de verdachte regelmatig motiveert en wettelijk verantwoordt door, overeenkomstig artikel 5 van de wet van 20 april 1874, onder vermelding van de gegevens eigen aan de zaak of de persoonlijkheid van de verdachte, nauwkeurig de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden te omschrijven die de openbare veiligheid aanbelangen en die de handhaving van de voorlopige hechtenis noodzakelijk maken;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is gewezen;

Om die redenen,

Voegt de voorzieningen; vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de voorlopige hechtenis van eiser handhaaft wegens de telastlegging B (bendevoorming); verwerpt de voorzieningen voor het overige; beveelt dat van het thans gewezen arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing; veroordeelt eiser in viervijfde van de kosten en laat het overige vijfde ten laste van de Staat; zegt dat er geen grond is tot verwijzing.

NOOT—*Betreffende de uitleveringen*

1. Bovenstaand cassatiearrest gaat van het beginsel uit dat de overgeleverde persoon, behoudens de uitdrukkelijk in de Frans-Belgische Overeenkomst vermelde uitzonderingen, niet vervolgd of veroordeeld kan worden wegens een misdrijf dat vóór de uitlevering is gepleegd en dat verschilt van de misdrijven naar aanleiding waarvan de uitlevering geschiedt.

Bij een oppervlakkige lezing van het arrest zal men wellicht de indruk opdoen dat het evident is dat daden van vervolging, zoals het bevel tot aanhouding, de bevestiging van de voorlopige hechtenis en de handhaving ervan, uiteraard niet mogen worden verricht uit hoofde van feiten waarvoor de verdachte niet is uitgeleverd.

Een beter inzicht in deze problematiek leert ons evenwel dat het allemaal niet zo eenvoudig en vanzelfsprekend is. Daarom deze kanttekeningen bij het arrest.

2. We laten hier in het midden of het Hof van Cassatie zich bij de formulering van dit beginsel heeft laten inspireren door artikel 6 van de wet van 1 oktober 1833 op de uitleveringen, door de gedeeltelijke vertaling van de Frans-Belgische Overeenkomst zoals ze voorkomt in het werk van P.E. Trousse en J. Vanhalewijn (*Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken*, p. 104, nr. 223, A.P.R.) of door enige — niet gepubliceerde — vroegere cassatierechtpraak.

In elk geval vermelden zowel het oorspronkelijk artikel 10 van de Overeenkomst van 15 augustus 1874 als artikel 1 van de Verklaring van 18 juli 1900, dat het vorige artikel heeft vervangen, dat de «overgeleverde persoon niet op tegenspraak kan worden vervolgd of veroordeeld...»

3. Gaat het om een nuance of mag men zelfs beweren dat de precisering «op tegenspraak» overbodig is omdat het evident is dat de betrokkene steeds bij verstek kan worden vervolgd of veroordeeld uit hoofde van feiten waarvoor hij niet is uitgeleverd, hetzij de uitlevering voor deze feiten niet is aangevraagd of geweigerd, hetzij de uitlevering verboden is.

Het vervolgingsrecht wordt niet aan banden gelegd door de uitlevering, het specialiteitsbeginsel beperkt de uitoefening van de strafvordering in zoverre ze de fysieke tegenwoordigheid van de overgeleverde impliceert, maar op grond van de uitleveringsovereenkomst kunnen de verzoevende staat geen rechten ontzegd worden die deze staat ook zonder de uitlevering had kunnen uitoefenen.

4. Aan de hand van de Belgische rechtspraak (Cass., 3 januari 1881, *Pas.*, 1881, I, 41; Cass., 6 oktober 1882, *Pas.*, 1882, I, 346) en rechtsleer (J. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e ed., II, p. 231, nr. 965; *Pand.*

B., tw. «Extradition», nr. 212; A. Matthieu, «Essai sur l'extradition», *B.J.*, 1877, 1117; M. Goddyn en E. Mahiels, *Le droit criminel belge au point de vue international*, p. 220; M. Theys, «L'extradition», nr. 113 in *Nov.*, *Procédure pénale*, I, 2; V. Godefroid en P. Tassin, «Extradition», nr. 191 in *R.P.D.B.*, A. De Geest, «De wederzijdse rechtshulp op strafrechtelijk gebied», *Jaarboek van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1958-59, 247; P.E. Trousse en L. Vanhalewijn, *o.c.*, p. 107, nr. 236) kan men inderdaad aannemen dat het specialiteitsbeginsel de bij verstek ingestelde vervolgingen niet in de weg staat.

5. Hetzelfde beginsel geldt ook in Frankrijk (Cass. fr., 2 augustus 1883, *Sir.*, 1885, 2, 509; Parijs, 12 december 1906, *Pas.*, 1907, IV, 75; Cass. fr., 27 februari 1908, *Sir.*, 1912, 1, 68; Cass. fr., 1 augustus 1908, *Pas.*, 1909, IV, 68; Cass. fr., 13 juli 1938, *Bull. crim.*, nr. 178; Cass. fr., 30 oktober 1962, *Bull. crim.*, nr. 296; Th. Ducrocq, *Théorie de l'extradition*, p. 49; L. Beauchet, *Traité de l'extradition*, pp. 435-436, nr. 821; F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, 4e ed., I, p. 57; M. Travers, *Traité de droit pénal international*, V, p. 363, nr. 2556; M. Travers, *Traité de droit pénal international*, V, p. 363, nr. 2556; M. Travers, *L'entraide répressive internationale*, p. 298, nr. 365; E. Bomboy en H. Gilbrin, *Traité pratique de l'extradition*, p. 142; H. Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, p. 295; G. Levasseur, «Extradition», nrs. 47-48 in *Jurisclasseur de droit international*, V; P. Aymond, «Extradition», nrs. 383-384 in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz; Cl. Lombois, *Droit pénal international*, 2e ed., p. 596, nr. 476; P. Bouzat en J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2e ed., II, p. 1677, nr. 1755; R. Merle en A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 3e ed., I, p. 413, nr. 308).

6. Evenzo in Luxemburg (Corr. Luxembourg, 8 april 1905, *Pas.*, 1908, IV, 141; Corr. Luxembourg, 17 juillet 1905, *Pas.*, 1908, IV, 142; V. Godefroid en P. Tassin, *o.c.*, nr. 191), in Zwitserland (H. Hess, *Der Grundsatz der Spezialität im Auslieferungsrecht*, p. 99; H. Schultz, *Das Schweizerische Auslieferungsrecht*, p. 364) en in Italië (Cass. it., 29 oktober 1896, *Riv. pen.*, XLV, 100; Cass. it., 1 maart 1973 vermeld in Ph. Neyroud, *L'extradition et l'asile politique en Suisse*, p. 42, noot 91a; P. Fiore, *Traité de droit pénal international et de l'extradition*, II, p. 748, nr. 462; *Relazione al Re sul codice di procedura penale*, nr. 210; V. Manzini, *Diritto penale*, (1950), I, p. 467, nr. 191).

Eertijds was het twijfelachtig of Duitsland aanvaardde dat de overgeleverde persoon bij verstek werd vervolgd of veroordeeld wegens feiten waarvoor hij niet was uitgeleverd (R.G.St., 30 november 1899, *Entsch.*, XXXII, 425; R.G.St., 8 juni 1905, *Entsch.*, XXXVIII, 111; R.G.St., 32 147; Joel, *Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 48, 1928, 491; H. Lammasch, *Auslieferungspflicht und Asylrecht*, VI, p. 743; W. Mettgenberg, *Deutsches Auslieferungsgesetz*, p. 290; V. Godefroid en P. Tassin, *o.c.*, nr. 192; M. Theys, *o.c.*, nr. 113), en ook Nederland scheen hiertegen bezwaren in te brengen (V. Godefroid en P. Tassin, *o.c.*, nr. 192; M. Theys, *o.c.*, nr. 113).

7. Nu artikel 14, tweede lid, van het Europees Uitleveringsverdrag en artikel 13.2 van het Beneluxverdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken uitdrukkelijk het instellen van een verstekprocedure toelaten,

zullen ook Duitsland en Nederland hun opvattingen gewijzigd hebben.

Maar zelfs indien alle Europese landen het Uitleveringsverdrag zouden bekrachtigen — en zoals gewoonlijk is België hierin geen koploper! — dan blijft het nog van belang dat de verstekprocedure uitdrukkelijk zou worden vermeld in de bilaterale overeenkomsten met andere landen, daar het beginsel niet universeel aanvaard wordt (cf. de Frans-Chilense Overeenkomst van 11 april 1860, art. 7; de Mexicaanse uitleveringswet van 19 mei 1897, artt. 4 en 5).

8. Voor zover ze enige fysieke medewerking van de overgeleverde impliceert, mag geen enkele daad van onderzoek, vervolging, veroordeling of tenuitvoerlegging worden verricht uit hoofde van feiten waarvoor geen uitlevering is verleend.

De betrokkene mag bijgevolg niet worden verhoord betreffende deze feiten (Grenoble, 18 november 1892, *Journ. de dr. int. pr.*, 1893, 866; M. Travers, *Le droit pénal international*, V, p. 343-344, nr. 2540; M. Theys, *o.c.*, nr. 113) noch geconfronteerd worden met verdachten of getuigen, noch in beschuldiging worden gesteld (E. Bomboy en H. Gilbrin, *o.c.*, p. 119; P. Aymond, *o.c.*, nr. 384). Hij mag noch voorgeleid, noch aangehouden worden; zijn aanhoudingsbevel mag noch bevestigd, noch gehandhaafd worden; een beschikking tot gevangenneming is onwettig; hij mag niet onderworpen worden aan een bloedproef, aan een onderzoek aan het lichaam, noch aan een deskundig onderzoek (psychiatrische expertise, medische diagnose of laboratoriumproeven); men zal van hem geen vingerafdrukken mogen nemen, noch andere prelevementen; hij zal ook niet gedwongen mogen worden een wedersamenstelling van de feiten bij te wonen (cf. H. Schultz, *o.c.*, p. 364).

9. Daar men aanneemt dat hij bij verstek kan worden veroordeeld, moet ook aangenomen worden dat hij gedagvaard mag worden (E. Lemonon, *Journ. de dr. int. pr.*, 1908, 774; H. Donnedieu de Vabres, *o.c.*, p. 296; M. Travers, *Le droit pénal international*, V, p. 379, nr. 2568; M. Theys, *o.c.*, nr. 113). De Franse rechtspraak heeft zich sedert lang in deze zin uitgesproken (Cass. fr., 9 februari 1883, *Sir.*, 1884, 1, 172; Parijs, 12 december 1906, *D.P.*, 1907, 2, 15; Cass. fr., 27 februari 1908, *D.*, 1908, 1, 257).

De betekening geschiedt natuurlijk aan persoon, daar de betrokkene in hechtenis verkeert, en niet overeenkomstig artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek (cf. Cass., fr., 9 februari 1883, *Sir.*, 1884, 1, 172; Parijs, 12 december 1906, *D.P.*, 1907, 2, 15; Cass. fr., 27 februari 1908, *D.*, 1908, 1, 257; E. Lemonon, *Rev. gén. de dr. int. publ.*, 1907, 173; M. Travers, *Le droit pénal international*, V, p. 379-380, nrs. 2567-2568).

10. Hoewel Cl. Lombois van oordeel is dat de betekening van het verstekvonnis rechtsgeldig kan geschieden, maar dat de betekening de termijn van verzet of hoger beroep niet doet lopen (*o.c.*, p. 595, nr. 478), menen wij dat verstekvonnissen niet aan de overgeleverde mogen worden betekend (cf. Cass. fr., 27 februari 1908, *D.*, 1908, 1, 257; M. Travers, *Le droit pénal international*, V, p. 342, nr. 2536, en p. 378, nrs. 2567-2569; M. Theys, *o.c.*, nr. 113).

De betekening zal ongetwijfeld de toestand van de overgeleverde verslechteren, ze zal beschouwd worden als aan persoon gedaan en op een bepaald ogenblik de termijn van verzet of hoger beroep doen lopen, hetgeen steeds verrassingen kan meebrengen. Het zou dan ook een misbruik zijn

de tegenwoordigheid van de overgeleverde te benutten om hem een verstekvonnis te betekenen.

11. Blijft dan nog de vraag of de overgeleverde door de raadkamer of door de kamer van inbeschuldigingstelling kan worden verwezen uit hoofde van misdrijven waarvoor hij niet is uitgeleverd. De Franse rechtspraak en rechtsleer maken geen bezwaar tegen de verwijzing (Cass. fr., 5 september 1845, *Sir.*, 1846, 1, 157; Cass. fr., 31 mei 1905, *Rev. de dr. int. pr.*, 1906, 741; G. Le Poittevin, *Code d'instruction criminelle annoté*, appendice aux artt. 5-7, nr. 287), maar de rechtspleging voor de Franse kamer van inbeschuldigingstelling was eertijds niet contradictoir en zelfs nu verloopt ze slechts «quasi-contradictoir» (M. Gagne, «La chambre d'accusation», in *Mélanges Patin*, p. 531; P. Chambon, *La chambre d'accusation*, p. 45, nr. 61).

Ook de oudere Belgische rechtspraak en rechtsleer moeten met omzichtigheid gehanteerd worden (o.m. A. Matthieu, *o.c.*, 753; M. Goddyn en E. Mahiels, *o.c.*, p. 220), daar ze grotendeels achterhaald zijn sedert de wet van 19 augustus 1920 de regeling van de rechtspleging voor de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling contradictoir heeft gemaakt (Cass., 13 december 1954, *Arr. Cass.*, 1955, 265; Cass., 29 september 1947, *R.W.*, 1947-48, 243).

Het lijkt bijgevolg onmogelijk om een overgeleverde naar de correctionele rechtbank of naar de assisen te verwijzen uit hoofde van feiten waarvoor hij niet is uitgeleverd, daar een verstekprocedure in strijd is met het contradictoir karakter van de rechtspleging ter zake.

12. A fortiori verloopt de rechtspleging inzake voorlopige hechtenis contradictoir en de overgeleverde kan zich zelfs niet laten vertegenwoordigen door zijn raadsman (Cass., 27 oktober 1975, *R.W.*, 1976-77, 1272, met noot van A. Vandeplass).

Ten deze heeft het Hof van Cassatie dan ook terecht beslist dat de handhaving van de voorlopige hechtenis niet rechtsgeldig kon geschieden wegens een misdrijf dat vóór de uitlevering is gepleegd en dat verschilt van die naar aanleiding waarvan de uitlevering geschiedt, nu de behandeling van deze aangelegenheid niet bij verstek kon plaatshebben voor de kamer van inbeschuldigingstelling. Maar was dat niet ons uitgangspunt?

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 5 MEI 1982

Voorzitter: de h. Legros

Raadshere-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaat: mr. Bronckart

Wegverkeer — Sleepkosten na toepassing van art. 4.4, tweede lid, Wegverkeersreglement.

De firma die door de bevoegde overheid belast wordt met het wegslepen van een stilstaand of geparkeerd voertuig, waarvan de bestuurder afwezig is of weigert het te verplaatsen.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 21 SEPTEMBER 1982

Voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Caenepeel

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Advocaten : mrs. Bayart en Houtekier

Jacht — Jachtterrein — Aaneengesloten oppervlakte.

Uit de feitelijke vaststellingen dat de verbinding van 125 meter aan de straat, tussen twee jachtgebieden, bestaat uit een huizenblok van 34 meter, een ongebouwd perceel met een breedte van 27 meter, een huizenblok van 30 meter en een ongebouwd perceel met een breedte van 34 meter, heeft het hof van beroep niet wettig kunnen afleiden dat die beide gebieden verbonden zijn door delen waarin wegens hun afmetingen een cirkel met een straal van ten minste 25 meter kan worden getrokken.

De C. e.a. t/ W. e.a.

sen, kan haar vordering tot betaling der sleepkosten gronden op art. 4.4, tweede lid, van het Wegverkeersreglement, volgens hetwelk het in dergelijke gevallen en onder de daarin aangegeven voorwaarden toegestaan is om ambtshalve, op risico en kosten van de bestuurder, een voertuig te verplaatsen. De gemeente dient niet, alvorens in rechte op te treden, te bewijzen dat de factuur van de takeldienst betaald is.

B. t/ Stad Luik

Gelet op het bestreden vonnis, op 27 november 1981 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Luik ;

I. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de tegen eiser ingestelde strafvordering :

Overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest ;

II. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de beslissing op de tegen eiser ingestelde burgerlijke rechtsvordering :

(...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het vonnis eiser veroordeelt om aan verweerster het bedrag van 1.150 frank te betalen dan van haar gevorderd werd door de vennootschap «Les Dépanneurs réunis» wegens het slepen van eisers wagen,

terwijl de factuur van verweerster die eiser verschillende rappelbrieven en ingebrekestellingen had gestuurd ten einde betaling te krijgen van de sleepkosten, niet betaald was en het vonnis vaststelt dat niet gebleken is van de betaling van die factuur noch van het feit dat verweerster schuldeiseres was van eiser :

Overwegende dat het vonnis, na eiser op de strafvordering tot een straf te hebben veroordeeld, met name ter zake dat hij in strijd met artikel 24 van het Wegverkeersreglement zijn voertuig heeft laten stilstaan of parkeren op een plaats waar het verboden is, in de uitspraak over de burgerlijke rechtsvordering vaststelt dat verweerster aan wie de vennootschap «Les Dépanneurs réunis» de litigieuze factuur had toegezonden, haar vordering grondt op artikel 4.4, tweede lid, van het Wegverkeersreglement volgens hetwelk het in dergelijke gevallen en onder de daarin aangegeven voorwaarden toegestaan is om ambtshalve, op risico en kosten van de bestuurder, een voertuig te verplaatsen, waarna het eiser veroordeelt tot betaling van die kosten ;

Dat het vonnis aldus zonder schending van artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek beslist dat verweerster het bewijs had geleverd van de verbintenis waarvan ze de uitvoering vorderde ; dat verweerster alvorens in rechte op te treden niet diende te bewijzen dat de factuur van de takeldienst betaald was ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

(...)

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1981 door het Hof van Beroep te Brussel op verwijzing gewezen ;

Gelet op het arrest van het Hof van 10 juni 1980 ;

Overwegende dat de voorziening, in zoverre zij gericht is tegen de beslissing op de tegen de verweerders ingestelde strafvordering, slechts ontvankelijk is voor zover de eisers veroordeeld zijn in de kosten van die strafvordering ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 2bis van de Jachtwet van 28 februari 1882, ingevoegd bij artikel 3 van het koninklijk besluit van 10 juli 1972, 1319, 1320, 1322, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest — na overeenkomstig het verslag van de gerechtelijk aangestelde deskundige geconstateerd te hebben dat de verweerders het jachtrecht bezitten over een gebied van ongeveer 80 ha, gelegen te T., in twee zones verdeeld, namelijk een eerste zone ten noorden van de Scouselestraat met een oppervlakte van ongeveer 52 ha en een tweede zone, ten zuiden van die straat gelegen en omringd door de jachtterreinen van de eisers, die geen 25 ha bereikt, dat beide zones aan elkaar palen aan de Scouselestraat over een afstand van 125 m, dat deze verbinding bestaat uit a) een blok woonhuizen met een totale breedte van 34 m, b) een onbebouwd perceel met een breedte van 27 m, c) een blok woonhuizen met een totale breedte van 30 m en d) onbebouwde percelen met een breedte van 34 m — beslist dat de telastlegging ten laste van de verweerders niet bewezen is, namelijk de telastlegging met een geweerd gejaagd te hebben op een terrein waarvan de aaneengesloten oppervlakte minder bedraagt dan 25 ha ten noorden en ten westen van de lijn Samber en Maas, de vorderingen van de eisers ongegrond verklaart, de eisers veroordeelt in alle kosten, waaronder die jegens het openbaar ministerie, en het middel verwerpt waardoor de eisers deden gelden dat de erven waarop huizen staan, geen jachtgronden zijn en niet in rekening kunnen worden gebracht bij de berekening van de verbinding tussen beide zones, zodat enkel de onbebouwde percelen, respectievelijk 27 m en 34 m breed, door-gangen tussen de twee zones uitmaken, waarin echter geen

cirkel met een straal van 25 m kan worden getrokken — en doordat het arrest zijn beslissing laat steunen op de beschouwingen dat uit de gegevens van het deskundigenverslag blijkt dat de twee groepen woningen met aanpalende hovingen, waarop de verweerders trouwens het jachtrecht bezitten, geen hindernissen vormen, die het trekken van een cirkel met straal van 25 m beletten, ook wanneer de jacht daarop niet is toegestaan; dat de wetgever een onderscheid maakt tussen jachtgebieden met een minimum oppervlakte en plaatsen waarop in geen geval met het geweer mag worden gejaagd, namelijk elk gedeelte van een terrein, welke ook de oppervlakte van dit laatste zij, waarin geen cirkel met een straal van 25 m kan worden getrokken, dat de aanwezigheid van een hekken, een chalet of afsluiting met draad geen beletsel vormt voor de beschrijving van een cirkel met een straal van 25 m in de zin van de Jachtwet, en dat hieruit blijkt dat de bedoelde twee zones met de Scouselestraat aan elkaar palen over een afstand van 125 m en één jachtgebied vormen waarop de verweerders over de hele uitgestrektheid mogen jagen,

terwijl nu, onverschillig of het gaat om verbindende delen van jachtgebieden als bedoeld in het derde lid, meer bepaald 2°, van artikel 2bis, § 1, van de wet van 28 februari 1882, dan wel om delen van een jachtterrein als bedoeld door het vierde lid van dat artikel, de aanwezigheid van woonhuizen, of ook eventueel van chalets, wel degelijk een beletsel vormt voor de beschrijving van een cirkel met een straal van 25 m in de zin van de Jachtwet, en namelijk in deze zin dat de omtrek voor die cirkel niet over de grond mag worden beschreven waarop het woonhuis of het chalet is gebouwd, nu uit de hierboven gepreciseerde constateringen, welke het arrest uit het deskundigenverslag overneemt, blijkt dat de verbinding tussen de twee zones van het jachtterrein van de verweerders gevormd wordt door tussen blokken woonhuizen gelegen tussenruimten met respectievelijk een breedte van 27 m en 34 m, zodat op die verbindingen geen cirkel met een straal van 25 meter kan worden beschreven, en nu derhalve de twee zones van het jachtterrein van de verweerders niet aaneengesloten zijn in de zin van gezegd artikel 2bis, § 1, hieruit volgt dat het arrest deze wettelijke bepaling schendt, alsook de bewijskracht mist welke door de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek wordt gehecht aan het verslag van 15 mei 1979 van de gerechtelijke deskundige R., en ten onrechte weigert de ten laste van de verweerders gelegde feiten te beschouwen als een fout als bedoeld in de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek :

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat het hof van beroep diende uit te maken of een jachtterrein van ongeveer 80 hectaren, bestaande uit een eerste gebied ten noorden van de Scouselestraat en een tweede gebied ten zuiden van die straat met een oppervlakte die geen 25 hectaren bereikt, kan worden beschouwd als een aaneengesloten terrein doordat in de verbindende delen een cirkel met een straal van ten minste 25 meter kan worden getrokken; dat het arrest vaststelt dat beide gebieden aan elkaar palen over een lengte van 125 meter aan de straat, welke lengte achtereenvolgens ingenomen wordt door een huizenblok met een breedte van 34 meter, een ongebouwd perceel met een breedte van 27 meter, een hui-

zenblok met een breedte van 30 meter en een ongebouwd perceel met een breedte van 34 meter;

Overwegende dat het arrest opmerkt dat «de wetgever de jacht op de kleine percelen blijkbaar verbiedt, omdat het wild er geen dekking noch rust vindt, terwijl de veiligheid van personen, bij het schieten, in gevaar kan komen»; dat het arrest voorts oordeelt dat «uit de door de deskundige gegeven plaatsbeschrijving, zijn situatietekening en de bij het dossier voorhanden zijnde foto's blijkt dat de 2 groepen woningen met aanpalende hovingen, waarop de verweerders trouwens het jachtrecht bezitten, geen hindernis vormen die het trekken van een cirkel met straal van 25 m beletten, ook wanneer de jacht daarop niet toegestaan is»;

Overwegende dat het hof van beroep uit zijn feitelijke vaststellingen dat de verbinding van 125 meter aan de straat, tussen het gebied ten zuiden van de Scouselestraat en het gebied ten noorden van de Scouselestraat, bestaat uit een huizenblok van 34 meter, een ongebouwd perceel met een breedte van 27 meter, een huizenblok van 30 meter en een ongebouwd perceel met een breedte van 34 meter, niet wettig heeft kunnen afleiden dat die beide gebieden verbonden zijn door delen waarin wegens hun afmetingen een cirkel met een straal van ten minste 25 meter kan worden getrokken;

Dat het arrest derhalve artikel 2bis, § 1, derde lid, 2°, van de Jachtwet schendt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—In deze zaak werd reeds een cassatiearrest gewezen op 10 juni 1980, gepubliceerd in *R.W.*, 1980-81, 768, met noot van A. Vandeplass. Op verwijzing heeft het Hof van Beroep te Brussel beslist dat een huizenblok geen hindernis vormt die de vrije loop van het wild verhindert en aldus het trekken van een cirkel met een straal van ten minste 25 meter belet.

Deze zienswijze werd door het Hof van Cassatie afgewezen. Ce sont les lapins qui se sont étonnés...

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 13 SEPTEMBER 1982

Voorzitter : de h. Meeùs

Raadsheer-rapporteur : de h. Sury

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaat : mr. Bützler

Werkloosheid — Wachtijd — Verlenging — Werkneemster die voor haar kleine kinderen zorgt.

De werkneemster-moeder die haar dienstbetrekking onderbreekt om voor haar kleine kinderen te zorgen, moet haar aanvraag om uitkering niet indienen binnen drie jaar te rekenen vanaf de geboorte van het jongste kind. Zij mag het doen op onverschillig welk tijdstip, waarbij dan de datum van de aanvraag het vertrekpunt is van de al dan niet

verlengde referentieperiode (art. 118, vierde lid, Werkloosheidsbesluit).

Van A. t/ R.V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 maart 1981 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 118 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 22 november 1976 en 14 maart 1975,

doordat het arrest verweerders beslissing bekrachtigt, waarbij eiseres niet toegelaten wordt tot de werkloosheidsuitkeringen vanaf 7 september 1979, datum van de aanvraag, na te hebben vastgesteld dat eiseres op 28 februari 1975 haar werk verliet om voor haar op 1 januari 1975 geboren kind te zorgen, dat op 3 september 1976 een kind geboren werd, dat haar uitkeringsaanvraag van 7 september 1979 dateert, en dat op die datum eiseres 24 jaar was, op grond: dat ten deze de referentieperiode in principe liep van 7 november 1978 tot 7 september 1979, dat «wat de eventuele verlenging van de referentieperiode betreft, dient te worden vastgesteld dat de periode (waarmee de referentieperiode mag worden verlengd) niet meer mag bedragen dan drie jaar te rekenen vanaf elke geboorte», dat «op het ogenblik van de uitkeringsaanvraag het jongstgeboren kind de leeftijd van drie jaar niet (mag) hebben bereikt»; dat ten deze de referentieperiode mocht worden verlengd tot 3 september 1979 ingevolge de geboorte van een kind op 3 september 1975, doch dat ten deze de verlengingen vervielen, nu het jongstgeboren kind de leeftijd van drie jaar overschreden had op het ogenblik van de uitkeringsaanvraag, zodat met de gewone referentieperiode van tien maanden diende rekening gehouden te worden,

(...)

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres een kind baarde op 1 januari 1975, haar werk verliet op 28 februari 1975 om voor het kind te zorgen, een tweede kind het leven schonk op 3 september 1976 en haar uitkeringsaanvraag op 7 september 1979 indiende;

Overwegende dat, luidens artikel 118, vierde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, de referentieperiode mag worden verlengd met het aantal dagen dat de werkneemster-moeder haar betrekking in loondienst werkelijk onderbroken heeft om voor haar kleine kinderen te zorgen en om zich aan hun opvoeding te wijden, maar dat deze periode niet meer mag bedragen dan drie jaar te rekenen vanaf elke geboorte;

Overwegende dat uit voormelde tekst niet blijkt dat de werkneemster-moeder haar aanvraag om uitkering moet indienen binnen drie jaar te rekenen vanaf de geboorte van het jongste kind; dat zij op om het even welk tijdstip die aanvraag mag formuleren, verstaan zijnde dat de datum van de aanvraag als vertrekpunt geldt voor de al dan niet verlengde referentieperiode;

Dat het arrest, door te oordelen dat op het ogenblik van de aanvraag het jongstgeboren kind de leeftijd van drie jaar niet mag hebben bereikt, aan voormelde wettelijke bepaling een voorwaarde toevoegt die ze niet inhoudt;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT-Het K.B. van 14 maart 1975, dat een vierde lid heeft ingevoegd in art. 118, en een 4^o heeft toegevoegd aan § 3 van art. 123 van het K.B. van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, past in een geheel van maatregelen tot verbetering van de sociaal-rechtelijke positie van de werkneemster-moeder. Net zoals het K.B. van 7 maart 1975, dat een § 3bis invoegde in art. 6, K.B. 21 december 1967 over de pensioenen voor werknemers, strekt het ertoe de werkneemster die gedurende niet meer dan drie jaren na elke geboorte de arbeid onderbreekt om voor haar kind te zorgen, in dezelfde toestand te stellen alsof zij de arbeid niet onderbroken zou hebben. De *ratio legis* is duidelijk: het thuisblijven om in de eerste jaren voor een kind te zorgen wordt als een sociaal nuttige taak beschouwd, die bevorderd moet worden. Dit houdt ten minste in dat het op sociaalrechtelijk gebied geen nadeel mag opleveren of geen verlies van rechten mag veroorzaken.

In de werkloosheidsverzekering is het recht op uitkeringen in de eerste plaats afhankelijk — in het normale geval — van het vervullen van een wachttijd. Deze bestaat uit twee elementen: een bepaalde periode voorafgaand aan de aanvraag om uitkeringen, en een aantal aanvaardbare arbeidsdagen en gelijkgestelde dagen; beide zijn naar omvang bepaald volgens leeftijdscategorieën. De bijzondere regeling voor thuisblijvende moeders-werkneemsters bestaat in een verlenging van de duur van de referentieperiode met de tijd waarin zij de arbeid onderbroken heeft om voor haar kind te zorgen, met een maximum van drie jaar na elke geboorte. Vanaf de leeftijd van drie jaar kan een kind aan de kleuterschool worden toevertrouwd, en is het de moeder normaal weer mogelijk de beroepsarbeid op te nemen.

Blijkbaar heeft de R.V.A. deze regeling geen goed hart toegedragen. In kringen die met de werkloosheidsverzekering te maken hebben heerst een stevig ingeworteld wantrouwen tegenover gehuwde vrouwen en moeders met kinderen, van wie wordt aangenomen dat zij doorgaans verkiezen niet te werken, en dat zij geneigd zijn zich «te installeren in de werkloosheid» die het hun mogelijk maakt hun huishoudelijk werk in alle rust te verrichten met behoud van een extra-inkomen.

Dit wantrouwen is o.m. tot uiting gekomen in het K.B. van 5 december 1979, dat een tweede, derde, vierde en vijfde lid heeft toegevoegd aan art. 150, K.B. 20 december 1963, waardoor, o.m., voor 26 weken uitgesloten worden van de werkloosheidsuitkeringen «de werknemer of werkneemster (die) zijn betrekking in loondienst werkelijk onderbroken heeft om voor de kleine kinderen te zorgen en om zich aan hun opvoeding te wijden». Wat de wetgever wil bevorderen, wordt door de R.V.A. dus gesanctioneerd en nog wel met een uitsluiting van niet minder dan een half jaar. Zie meer hierover in *Sancties in de werkloosheid*, Kluwer, Antwerpen, Serie Sociaal Recht, nr. 16, blz. 20-22.

Het is blijkbaar vanuit dezelfde negatieve houding dat de R.V.A. de verlenging van de referentieperiode zo restrictief mogelijk uitlegt, en o.m. op het standpunt staat dat de aanvraag om werkloosheidsuitkeringen moet worden gedaan ten laatste drie jaar na de geboorte van het jongste kind.

Zoals het Hof van Cassatie terecht opmerkt, vindt deze opvatting nergens steun in de wet. Art. 118, vierde lid, zegt alleen dat «de referentieperiode mag worden verlengd met het

aantal dagen dat de werkneemster-moeder haar betrekking in loondienst werkelijk onderbroken heeft om voor haar kleine kinderen te zorgen en om zich aan hun opvoeding te wijden; deze periode mag niet meer bedragen dan drie jaar te rekenen vanaf elke geboorte». Hier wordt niets gezegd over de datum van de aanvraag om uitkeringen. De referentieperiode eindigt op de datum van de aanvraag (art. 118, eerste lid).

Indien de tijd tussen de aanvraag en het einde van de driejarige opvoedingsperiode korter is dan de voorziene referentieperiode voor de leeftijdsgroep van de aanvraagster, zal de rest van die referentieperiode verschoven worden naar de tijd vóór de arbeidsonderbreking om voor de kinderen te zorgen. Dus kan de aanvraag worden gedaan zoveel tijd na de driejarige opvoedingsperiode, als de duur is van de normale referentieperiode. Dat is de evidente betekenis van deze regeling. De tegenovergestelde interpretatie kan slechts worden gehandhaafd door de uitlegging van de tekst te forceren, of door er voorwaarden aan toe te voegen die de wet niet stelt.

J. Van Langendonck

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 27 SEPTEMBER 1982

Voorzitter-rapporteur: de h. Meeùs

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Burgerlijke rechtspleging — Uitspraak over niet gevorderde zaken — Ziekte- en invaliditeitsverzekering werknemers — Vordering van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen sinds een bepaalde datum.

Nu het geschil ten deze de vraag omvatte of eiseres zich, sinds de datum van geschiktheidsverklaring door de M.R.I., in een toestand bevond waarin de voorwaarden van arbeidsongeschiktheid, bepaald bij art. 56 Z.I.V.-wet, vervuld waren, deed het arbeidshof geen uitspraak over niet gevorderde zaken door te beslissen dat eiseres twee en een half jaar later wel arbeidsongeschikt was.

R.I.Z.I.V. t/ D.

Gelet op de bestreden arresten, op 17 september 1979 en 5 januari 1981 door het Arbeidshof te Gent geweest;

(...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 704, eerste lid, 807, 1042, 1068 en 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, en van de algemene rechtsbeginselen inhoudende het verbod uit te spreken over niet gevorderde zaken en de regel «tantum devolutum quantum appellatum»;

doordat het arrest van 5 januari 1981 voor recht zegt dat verweerster vanaf 16 mei 1977 geen arbeidsongeschiktheid vertoonde in de zin van artikel 56 van de wet van 9 augustus 1963, doch dat zij met ingang van 15 november 1979

wegens de verergering van haar toestand ten minste 66 pct. arbeidsongeschikt is,

terwijl, eerste onderdeel, het voorwerp van de door verweerster ingestelde vordering de vernietiging was van de beslissing van 12 mei 1977 van de Medische Raad voor Invaliditeit, waarbij verweerster vanaf 16 mei 1977 minder dan 66 pct. arbeidsongeschikt werd verklaard, zodat het arrest, door te zeggen voor recht dat verweerster met ingang van 15 november 1979 ten minste 66 pct. arbeidsongeschikt was, zich uitspreekt over een niet gevorderde zaak (schending van de artikelen 704, eerste lid, 807, 1042 en 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, en van het algemeen rechtsbeginsel inhoudende het verbod uit te spreken over niet gevorderde zaken);

tweede onderdeel, het door verweerster ingestelde hoger beroep tegen het vonnis van de eerste rechter de beslissing betrof waarbij verweerster vanaf 16 mei 1977 minder dan 66 pct. arbeidsongeschikt werd verklaard en zij vroeg vanaf die datum wel 66 pct. arbeidsongeschikt verklaard te worden, zodat het arrest door voor recht te zeggen dat verweerster met ingang van 15 november 1979 ten minste 66 pct. arbeidsongeschikt was, zich uitspreekt over een niet gevorderde zaak, die door het hoger beroep niet aan de kennisgeving van het arbeidshof was onderworpen (schending van de artikelen 704, eerste lid, 807, 1042, 1068 en 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, en van de twee algemene rechtsbeginselen):

Overwegende dat verweerster bij de arbeidsrechtbank is opgekomen tegen de administratieve beslissing waarbij haar het recht op invaliditeitsuitkering vanaf 16 mei 1977 werd ontzegd, omdat zij de voorwaarde van arbeidsongeschiktheid, bepaald bij artikel 56 van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, niet meer vervulde;

Overwegende dat het aan de arbeidsgerechten voorgelegde geschil niet beperkt was tot de vraag of de voorwaarde vervuld was op een bepaalde datum, maar de vraag omvatte of verweerster sinds die datum in een toestand verkeerde waarbij de voorwaarde als vervuld moest worden beschouwd;

Overwegende dat het arrest van 5 januari 1981 beslist dat verweerster vanaf 16 mei 1977 geen arbeidsongeschiktheid vertoonde in de zin van voormeld artikel 56, doch dat zij met ingang van 15 november 1979 wegens de verergering van haar toestand ten minste 66 pct. arbeidsongeschikt was;

Overwegende dat het arrest aldus geen uitspraak doet over niet gevorderde zaken;

Dat het middel feitelijke grondslag mist;

(...)

NOOT—Men zou er verkeerd aan doen uit bovenstaand arrest verregaande conclusies te trekken en uit het oog te verliezen dat het Hof, bij de beoordeling van de wettigheid van een beslissing in sociale zaken, niet buiten de in cassatie aangevoerde middelen vermag te gaan, ook al raakt de materie de openbare orde.

De enige rechtsvraag die ten deze door het tweede middel van het R.I.Z.I.V. aan de orde werd gesteld, was of de appelrechter uitspraak had gedaan over door de oorspron-

kelijke eiseres niet gevorderde zaken. Daarop stelt het Hof vast dat de vordering van eiseres ook de vraag omvatte of zij zich *sinds* 16 mei 1977, datum waarop zij door de Medische Raad voor Invaliditeit arbeidsgeschikt was verklaard, in een toestand verkeerde waarin de voorwaarde van arbeidsongeschiktheid, gesteld bij artikel 56 van de Z.I.V.-wet, als vervuld moest worden beschouwd. Derhalve — aldus het Hof — deed het bestreden arrest van het arbeidshof geen uitspraak *over niet gevorderde zaken* door te beslissen dat belanghebbende vanaf 15 november 1979 arbeidsongeschikt was. Het middel van het R.I.Z.I.V. mist dus *feitelijke* grondslag.

Die uitspraak van het Hof van Cassatie houdt evenwel geen antwoord in op de vraag of het bestreden arrest ook naar recht verantwoord is ten aanzien van de artikelen 46, 47, 48, 50, tweede lid, en 100 van de Z.I.V.-wet. Immers, nu de rechters aannamen dat eiseres niet meer arbeidsongeschikt was vanaf 16 mei 1977, rijst de vraag of het arbeidshof haar na een periode van twee en een half jaar arbeidsongeschiktheid opnieuw ongeschikt kon verklaren, hoewel belanghebbende zich opnieuw in een tijdvak van *primaire* arbeidsongeschiktheid bevond, geen aangifte van die nieuwe ongeschiktheid had gedaan en de adviserend geneesheer derhalve daarover geen beslissing had genomen.

W.R.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 5 OKTOBER 1982

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Strafvordering — Rechtstreekse dagvaarding na gerechtelijk onderzoek.

De voor het vonnisgerecht gebrachte strafvordering is niet ontvankelijk, wanneer de zaak het voorwerp van een gerechtelijk onderzoek heeft uitgemaakt en de rechtspleging door het onderzoeksgerecht niet geregeld is.

Van H.

Gelet op de navolgende vordering van de procureur-generaal in het Hof van Cassatie:

«Aan de tweede kamer van het Hof van Cassatie,

De ondergetekende procureur-generaal heeft de eer hierbij kenbaar te maken dat, bij een brief van 18 maart 1982, bestuur der wetgeving, nummer 7/130.836/470/AP/Div.-LD/LV, de minister van Justitie hem gelast heeft bij het Hof, overeenkomstig artikel 441 van het Wetboek van Strafvordering, aangifte te doen van het in kracht van gewijsde gegane vonnis, op 25 maart 1981 uitgesproken door de Correctionele Rechtbank te Brugge in zover daarbij Martine Van H., geboren te (...), tot een geldboete van 26 frank en een vervangende gevangenisstraf van acht dagen wordt veroordeeld ter zake van overspel.

Tegen de beklagde was op 15 oktober 1980 wegens dat misdrijf onderzoek gevorderd. Op 9 januari 1981 vorderde de procureur des Konings haar verwijzing naar de correctionele rechtbank. Doch, zonder dat de rechtspleging door het onderzoeksgerecht geregeld was, werd Martine Van H. op 9 februari 1981 voor de correctionele rechtbank gedagvaard, die uitspraak deed zoals vermeld. De in die omstandigheden voor het vonnisgerecht gebrachte strafvordering was onontvankelijk.

Om die redenen, vordert de ondergetekende procureur-generaal dat het aan het Hof moge behagen het aangegeven vonnis te vernietigen in zover het Martine Van H. strafrechtelijk veroordeelt, te bevelen dat van zijn arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing en de zaak, aldus beperkt, te verwijzen naar de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge.»

Gelet op artikel 441 van het Wetboek van Strafvordering, met overneming van de gronden van de bovenstaande vordering;

Vernietigt het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brugge van 25 maart 1981, in zoverre het Martine Van H. strafrechtelijk veroordeelt; beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing; verwijst de aldus beperkte zaak naar de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge.

NOOT—*Betreffende de rechtstreekse dagvaarding*

1. Art. 182 Sv. bepaalt dat de zaken die tot de bevoegdheid van de correctionele rechtbank behoren bij haar ahangig worden gemaakt, hetzij door de verwijzing overeenkomstig de artikelen 130 en 160 Sv. hetzij door een rechtstreekse dagvaarding door de burgerlijke partij, en, «in alle gevallen door de procureur des Konings».

2. Deze laatste zinsnede is niet alleen misleidend, maar zelfs onjuist. Immers, de procureur des Konings mag niet «in alle gevallen» dagvaarden voor de correctionele rechter.

Wanneer de onderzoeksrechter met het onderzoek belast is, kan het openbaar ministerie de zaak niet onttrekken aan het onderzoek en de strafvordering rauwelings aanhangig maken bij het vonnisgerecht door middel van een rechtstreekse dagvaarding. Ook het openbaar ministerie kan een zaak niet onttrekken aan de rechter ten einde ze voor een andere rechter te brengen, hetgeen zou neerkomen op het kiezen van zijn rechter.

3. Dit beginsel werd voor het eerst vastgelegd in een Frans cassatiearrest van 18 juni 1812 op eensluitende conclusie van procureur-generaal Ph. Merlin (*Répertoire de jurisprudence*, 5e ed., XXXV, p. 166). Het is sedertdien vaste rechtspraak geworden in Frankrijk (Cass. fr., 7 juni 1821, *Bull. crim.*, nr. 88; Cass. fr., 17 september 1836, *Bull. crim.*, nr. 304; Cass. fr., 5 januari 1878, *Bull. crim.*, nr. 7; Cass. fr., 19 april 1929, *D.P.*, 1931, I, 47; Cass. fr., 5 mei 1933, *Sir.*, 1935, I, 39).

Ook de Franse rechtsleer heeft zich hierbij aangesloten (A. Morin, *Répertoire*, tw. «Citation», p. 449, nr. 9; Cl. Bourguignon, *Jurisprudence des codes criminels*, I, pp. 270-273; J.F.C. Carnot, *De l'instruction criminelle*, 3e ed., III, pp. 25 en 36; J. Massabiau, *Manuel du ministère public*, 4e ed., II, p. 98, nr. 2531; J.A. Rogron, *Code de*

l'instruction criminelle, éd. belge, p. 105; J. Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel*, éd. belge, p. 414, nr. 719; J.M. Legraverend, *Traité de la législation criminelle en France*, 3e ed., II, p. 386; Ch. Berriat-Saint-Prix, *Traité de la procédure des tribunaux criminels*, 2e partie: *Tribunaux correctionnels*, I, p. 355, nr. 441; F. Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, 3e ed., I, p. 380, nr. 121; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e ed., VI, p. 523, nr. 2816; F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, 4e ed., I, p. 347, nr. 437; L. Le Poittevin, *Code d'instruction criminelle*, art. 182, nr. 111; R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, IV, p. 593, nr. 1524; P. Bouzat en J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2e ed., II, p. 921, nr. 976; R. Merie en A. Vitu, *Traité de droit criminel*, 3e ed., II, p. 355, nr. 1107).

4. In België bestaat dienaangaande weinig rechtspraak (Cass., 31 oktober 1955, *Pas.*, 1956, I, 189) en ook de rechtsleer is vrij schaars (G. Beltjens, *Le code d'instruction criminelle*, art. 182, nr. 4; *R.P.D.B.*, tw. «Procédure pénale», nr. 603; R. Warlomont, *L'action publique et civile*, nr. 494, *Novelles, Procédure pénale*, I, 1; R. Declercq, *Strafvordering*, 6e ed., II, p. 144).

Toch lijkt het geen twijfel dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk is in zijn vordering, wanneer de zaak aanhangig is bij het onderzoeksgerecht.

5. Hetzelfde beginsel geldt trouwens voor de benadeelde, zelfs al heeft hij zich niet burgerlijke partij gesteld voor het onderzoeksgerecht (Parijs, 29 november 1850, *D.*, 1851, 2, 15; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, VI, p. 522, nr. 2815).

De burgerlijke vordering kan slechts samen met de strafvordering aanhangig gemaakt worden bij het vonnisgerecht: een rechtstreekse dagvaarding door de benadeelde is niet ontvankelijk wanneer niet meteen de strafvordering voor het vonnisgerecht kan worden gebracht... en de strafvordering blijft voor het onderzoeksgerecht aanhangig tot de rechtspleging geregeld is.

6. Het Hof van Cassatie gaat zelfs een stap verder en poneert dat «wanneer de raadkamer de verdachte naar het vonnisgerecht verwezen heeft, de burgerlijke partij hem niet meer voor hetzelfde feit rechtstreeks mag dagvaarden» (Cass., 18 juni 1974, *Pas.*, 1974, I, 1072).

Luidens art. 182 Sv. maakt de verwijzing de zaak aanhangig bij het vonnisgerecht, de dagvaarding is in dit geval slechts een akte van rechtspleging die de beklagde inlicht over dag en uur van de behandeling van zijn zaak voor het vonnisgerecht (Cass., 23 januari 1894, *Pas.*, 1894, I, 95; Cass., 19 februari 1912, *Pas.*, 1912, I, 123; Cass., 30 maart 1936, *Pas.*, 1936, I, 206; G. Beltjens, *o.c.*, art. 215, nr. 27; G. Schuind, *Traité pratique de droit criminel*, 3e ed., II, p. 240; A. Braas, *Précis de procédure pénale*, 3e ed., II, nr. 670; A. Vandeplass, noot onder Hof Antwerpen, 18 maart 1976, *R.W.*, 1975-76, 2233).

7. Met R. Declercq zou men zich kunnen afvragen waarom de benadeelde, evengoed als het openbaar ministerie, niet zou mogen dagvaarden ten einde dagbepaling te verkrijgen (R. Declercq, *Strafvordering*, II, p. 144).

Is de zaak eenmaal verwezen en aldus aanhangig bij het vonnisgerecht, dan zou elke belanghebbende partij — en zelfs de benadeelde die nog geen procespartij is — het recht hebben dagbepaling te verkrijgen door middel van een

oneigenlijke rechtstreekse dagvaarding. De benadeelde is er niet alleen mee gediend dat de zaak zo spoedig mogelijk voor het vonnisgerecht wordt gebracht, maar eventueel is het voor hem van uitzonderlijk belang dat hij zich burgerlijke partij kan stellen voordat de strafvordering verjaard is.

8. Hoe verleidelijk deze stelling ook klinkt, toch ben ik van mening dat de benadeelde of de burgerlijke partij niet het recht hebben de strafvordering voor het vonnisgerecht te brengen buiten het in art. 182 Sv. bedoelde geval van rechtstreekse dagvaarding, m.a.w. buiten het geval dat het om een werkelijke rechtstreekse dagvaarding gaat.

Buiten dit uitzonderlijke geval, wanneer het om een dagvaarding gaat die louter als dagbepaling geldt, blijft het monopolie van het openbaar ministerie gehandhaafd. Anders zou de burgerlijke partij ook in hoger beroep op eigen initiatief dagbepaling kunnen krijgen door middel van een dagvaarding en de zaak alzo voor het vonnisgerecht in beroep brengen op een door haar gekozen tijdstip.

Het initiatiefrecht ligt m.i. bij het openbaar ministerie dat de dag bepaalt of medebepaalt, zonder dat de benadeelde of de burgerlijke partij of enige andere procespartij hierin medezeggenschap heeft door middel van een dagvaarding. Het komt mij voor dat het cassatiearrest van 18 juni 1974 het alleenrecht van het openbaar ministerie heeft willen beklemtonen. Het door art. 182 Sv. aan de benadeelde verleende initiatiefrecht dient uitzonderlijk te blijven en restrictief geïnterpreteerd te worden.

Beweerde R. Stammler niet: «Sobald jemand einen Paragraphen eines Gesetzbuches anwendet, so wendet er das ganze Gesetzbuch an»?

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 22 NOVEMBER 1982

Voorzitter-rapporteur: de h. Meeüs

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid — Jonge werknemers die hun studie beëindigen — Wachtijd — Verlenging van de termijn van een jaar — Arbeid in loondienst.

De in art. 124, tweede lid, van het Werkloosheidsbesluit bepaalde termijn van een jaar tussen het einde van de studie en de aanvraag om uitkeringen wordt niet verlengd met een duur gelijkwaardig aan die waarin de belanghebbende arbeid in loondienst heeft verricht.

R.V.A. t/ De B.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

(Uittreksel)

Artikel 124, tweede lid, van het Werkloosheidsbesluit bepaalt niet, zoals het arbeidshof heeft beslist, dat de wachtijd van één jaar verlengd wordt met de tijd dat de betrokkene arbeid in loondienst heeft verricht, maar alleen met de

tijd dat hij niet kon werken en zich zelfs niet als werkzoekende kon laten inschrijven. Dat lijkt mij ook logisch, want de voorwaarde om op werkloosheidsuitkering recht te hebben, is predies dat men gedurende het jaar na het beëindigen van de studies 75 dagen arbeid in loondienst heeft verricht of als werkzoekende ingeschreven is geweest. Waarom moet dat jaar dan nog eens met dezelfde dagen worden verlengd? Heeft men die 75 dagen gewerkt, dan heeft men recht op uitkering en dan is het niet meer nodig de wachttijd te verlengen om de afgestudeerde de gelegenheid te geven de voorwaarden te vervullen om recht te hebben.

Het geval van verweerster illustreert dit duidelijk. Zij heeft haar secundaire studies beëindigd op 20 juni 1972. Om recht te hebben op werkloosheidsuitkering moest zij vóór 30 juni 1973 75 dagen gewerkt hebben of als werkzoekende ingeschreven geweest zijn. Aangezien zij op die datum reeds 5 maanden gewerkt had, vervulde zij de vereiste voorwaarde en had zij geen verlenging meer nodig.

Dat zij na het behalen van haar onderwijzersdiploma in 1975 geen recht op uitkering meer had, ligt hieraan dat het voordeel van artikel 124 alleen wordt verleend na het beëindigen van het *secundair* onderwijs en niet na het hoger onderwijs, waaronder het normaalonderwijs wordt gerangschikt. Hoger onderwijs geeft alleen recht op verlenging van de wachttijd. Om het voordeel van artikel 124 te kunnen genieten moet de student zijn hogere studies dus aanvatten binnen het jaar na het beëindigen van zijn secundaire studies, tenzij hij intussen zijn militaire dienst doet of door overmacht niet heeft kunnen werken en zich zelfs niet als werkzoekende heeft kunnen laten inschrijven.

Wil men in gevallen als dat van verweerster artikel 124 toepasselijk maken, dan moet men bepalen dat 75 (of 150) dagen moet gewerkt zijn binnen het jaar na het beëindigen van om het even welke studies, en niet dat de periode van een jaar verlengd wordt met de tijd dat men arbeid in loondienst heeft verricht.

Volledigheidshalve moge worden opgemerkt dat artikel 118 van het Werkloosheidsbesluit een analoge regeling als die van artikel 124 bevat, wat de voorwaarden betreft waaraan de werknemers normaal moeten voldoen om op werkloosheidsuitkering gerechtigd te zijn: zij moeten, naar gelang van hun leeftijd, gedurende een bepaald aantal dagen arbeid in loondienst hebben verricht tijdens de wachttijd, d.i. een bepaald aantal maanden vóór de aanvraag om uitkering; maar die wachttijd wordt verlengd met het aantal dagen dat men wegens militaire dienst, gevangenschap of overmacht niet heeft kunnen werken. Ook hier is natuurlijk geen sprake van verlenging van de wachttijd met de dagen dat men gedurende die wachttijd heeft gewerkt.

Het middel is gegrond.

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 9 november 1978 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 124, inzonderheid eerste lid, 2°, en tweede lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, gewijzigd door de koninklijke besluiten van 3 oktober 1968 en 29 januari 1974, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest vaststelt dat verweerster haar op werkloosheidsuitkering rechtgevend studies van hoger secundair niveau beëindigde op 30 juni 1972 en dat derhalve de vervaltermijn van één jaar bepaald bij artikel 124, eerste lid, 2°, een aanvang nam op 1 juli 1972, doch niettemin beslist dat de door verweerster op 29 september 1975 gedane aanvraag tot het verkrijgen van werkloosheidsuitkering binnen de wettelijke termijn geschiedde op grond: dat verweerster vanaf 1 februari 1973 tot en met 30 juni 1973 arbeid verrichtte ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst; dat, ofschoon de tekst van artikel 124 niet uitdrukkelijk bepaalt dat het tijdvak tijdens hetwelk arbeid werd gepresteerd waarvoor afhoudingen voor sociale zekerheid werden verricht, de vervaltermijn van één jaar met een zelfde tijdvak verlengt, zulks impliciet vervat ligt in het tweede lid van dit artikel, aangezien in een dergelijke verlenging wel wettelijk wordt voorzien wanneer de betrokkene om redenen van overmacht niet in staat zou zijn geweest te werken of zich als werkzoekende te laten inschrijven; dat inderdaad uit het feit dat het niet tewerkgesteld zijn wegens een wettelijk beletsel, de termijn vermag te verlengen, a contrario volgt dat een effectieve tewerkstelling dit ook vermag, binnen dezelfde perken; dat aldus de termijn van één jaar verlengd wordt met het tijdvak van tewerkstelling, zijnde vijf maanden, en met de periode tijdens welke verweerster studies van de hogere cyclus volgde, dus met een totale verlengduur van 29 maanden,

(...)

Overwegende dat artikel 124, tweede lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, in de ten deze toepasselijke tekst, bepaalt dat de erin vermelde termijn van een jaar wordt verlengd, onder meer wanneer de betrokkene om redenen van overmacht niet in staat was gedurende de voorgeschreven tijd arbeid in loondienst te verrichten, doch niet dat de bedoelde termijn wordt verlengd met een duur gelijkwaardig aan die tijdens welke de betrokkene arbeid in loondienst heeft verricht;

Dat het middel gegrond is;

(...)

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 20 OKTOBER 1981

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Baeteman en Suetens

Auditeur: de h. Jacquemijn

Advocaten: mrs. Vanhaesendonck en Denys

1. Raad van State — Procedure — Belang — 2. Aanvechtbare rechtshandeling — Voorbereidende maatregel — 3. Raad van State — Procedure — Termijn — Uitgangsdatum — 4. Benoeming — Vergelijking van titels en verdiensten — Invloed van hangend straf- of tuchtproces — 5. Draagwijdte van art. 11, § 1, van het K.B. van 22 juli 1976 betreffende de toestand van het personeel van gemeente en O.C.M.W. na de fusies der gemeenten.

1. Een verzoeker doet niet blijken van het wettelijk vereist belang om de vernietiging te vorderen van een gemeenteraadsbesluit dat de benoemingsvoorwaarden tot het ambt van gemeentesecretaris vastlegt als hij krachtens de bepalingen van het K.B. van 22 juli 1976 van rechtswege in aanmerking komt om in die betrekking te worden benoemd.

2. De vordering tot nietigverklaring van een louter voorbereidende maatregel is niet ontvankelijk; de eventuele onrechtmatigheid ervan kan worden aangevoerd als een grond tot vernietiging van de echte beslissing waartoe die voorbereidende maatregel heeft geleid.

3. Een benoemde overheid is niet alleen verplicht aan de benoemde kandidaat het benoemingsbesluit te betekenen, maar is tevens ertoe gehouden aan alle gegadigden, die uitdrukkelijk hun kandidatuur voor de vacante betrekking hebben gesteld maar die niet zijn benoemd, bij individuele aanzegging mee te delen wat het resultaat van de benoemingsprocedure is geweest. Die handelwijze dient de rechtszekerheid aangezien aldus de termijn van verjaring ingaat op een niet betwistbare datum.

4. Een overheid die oordeelt dat het past in een betrekking te voorzien, is niet verplicht, indien tegen een van de kandidaten een strafproces of een tuchtproces hangende is, om de benoeming uit te stellen tot de hangende procedures volledig zijn afgewikkeld; de benoeming blijft geldig, ook al is de beslissing welke de strafprocedure of de tuchtprocedure besluit, gunstig voor de kandidaat die precies om die reden ongeschikt voor benoeming is geacht. De zoëven geformuleerde conclusie geldt echter niet indien de niet voor benoeming in aanmerking genomen kandidaat de benoemingsbeslissing met een annulatieberoep heeft bestreden en daardoor heeft voorkomen dat die benoeming te zijnen opzichte onaantastbaar zou worden: hij kan doen gelden dat de vergelijking van de wederzijdse aanspraken en verdiensten geëitueerd is.

5. Art. 11, § 1, van het K.B. van 22 juli 1976 betreffende de toestand van het personeel van gemeente en O.C.M.W. na de fusies van gemeenten verplicht de gemeenteoverheid, niet om een bepaald persoon te benoemen, maar wel om binnen de door artikel 11, § 1, bepaalde groep een keuze te doen, welke keuzemogelijkheid is uitgebreid door het K.B. van 17 augustus 1976 dat de toestand regelt van het personeel van de afgeschafte randfederaties.

L. t/ Gemeente R.
Arrest nr. 21.484

Gezien een eerste verzoekschrift dat L., secretaris van de vroegere gemeente R., op 13 april 1977 heeft ingediend om drie vorderingen in te stellen:

— de eerste zijnde de vernietiging van een eerste besluit van de gemeenteraad van de nieuwe gemeente R. van 1 januari 1977 waarin de voorwaarden voor benoeming van een gemeentesecretaris in vast verband werden vastgesteld;

— de tweede zijnde de vernietiging van een tweede raadsbesluit van 1 januari 1977 waarbij werd beslist niet eerst een tijdelijke aanstelling van een secretaris te doen, maar direct vast te benoemen;

— de derde zijnde de vernietiging van een derde besluit van 1 januari 1977 waarbij J. benoemd wordt tot gemeentesecretaris in vast verband;

Gezien een tweede verzoekschrift dat L. op 9 september 1977 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente R. van 3 mei 1977, dat hem benoemt tot onderbureauchef in vast verband;

1. Overwegende dat wat tot de onderhavige rechtszaken heeft geleid, zich als volgt heeft voorgedaan:

1.1. Verzoeker, die secretaris was van de gemeente R. vóór de fusie van die gemeente met twee andere gemeenten, had sinds 1974 moeilijkheden met het schepencollege dat hem grove tekortkomingen verweet en dat in de loop van 1974 en 1975 ten opzichte van verzoeker een reeks disciplinaire maatregelen nam, die evenwel telkens afstuiten op de afkeuring van de toeziende overheden.

1.2. Op 8 maart 1976 werd door de gemeenteraad een nieuwe maatregel tegen verzoeker genomen die erin bestond hem bij ordemaatregel te schorsen met inhouding van de helft van zijn wedde.

Die maatregel werd door verzoeker bestreden met een annulatieberoep dat hij op 19 mei 1976 instelde.

1.3. Krachtens artikel 61 van het bij de wet van 30 december 1975 goedgekeurde koninklijk besluit van 17 september 1975, werden de gemeenten R. en B. samengevoegd tot de nieuwe gemeente R. Verzoeker werd alzo, met ingang op 1 januari 1977 — datum waarop de fusie uitwerking had — van rechtswege personeelslid van de nieuwe gemeente R., zij het met een voorlopig onbepaalde graad en opdracht. Verzoeker had evenwel reeds met een brief van 31 december 1976 — terwijl hij nog steeds geschorst was — zijn kandidatuur ingediend voor benoeming tot secretaris van de nieuwe gemeente R. «in vast of tijdelijk verband».

1.4. Bij besluit van 1 januari 1977 stelde de gemeenteraad van de fusiegemeente R. de voorwaarden vast voor de benoeming en de bevordering in de betrekking van gemeentesecretaris. Verzoeker voldeed op grond van zijn vroegere functie aan de door de gemeenteraad vastgestelde vereisten voor de benoeming tot gemeentesecretaris. Evenvermeld besluit van 1 januari 1977 is het voorwerp van de eerste vordering aanhangig gemaakt door het eerste verzoekschrift.

1.5. Op diezelfde eerste januari 1977 benoemde de gemeenteraad J. tot gemeentesecretaris in vast verband met 11 stemmen, tegen 9 voor verzoeker en bij één onthouding.

Uit dit besluit worden volgende belangrijke passussen gelicht:

«Benoeming van gemeentesecretaris a) ofwel door benoeming in tijdelijk verband b) ofwel door de benoeming in vast verband. De burgemeester deelt mede aan de raad dat de twee gemeentesecretarissen-titularissen van de entiteiten waaruit het nieuwe R. is samengesteld, verhinderd zijn het ambt van gemeentesecretaris onmiddellijk op te nemen: de heer D. uittredend gemeentesecretaris van B., is verhinderd wegens het feit dat hij de maximumleeftijdsgrens van 65 jaar heeft overschreden en dus zijn oppensioenstelling wettelijk verplicht is; terwijl de heer L., gemeentesecretaris van de pilootgemeente, verhinderd is wegens de schorsing bij ordemaatregel welke hem is opgelegd door de gemeenteraad van R. op 8 maart 1976; het heeft dus geen zin een van de twee voornoemden als tijdelijk gemeentesecretaris aan te stellen en de burgemeester stelt voor onmiddellijk over te gaan tot een vaste benoeming. De Raad bespreekt

dit en beslist met 11 stemmen onmiddellijk over te gaan tot benoeming in vast verband van een gemeentesecretaris; 6 stemmen werden uitgebracht voor tijdelijke benoeming en 4 leden onthielden zich...

De voorzitter stelt vast dat de raad beslist heeft over te gaan tot onmiddellijke benoeming in vast verband en deelt mede de schriftelijke kandidatuur te hebben ontvangen van de heer L. gemeentesecretaris der pilootgemeente, en van mejuffrouw J., adjunct-secretaris der randfederatie A., licentiaat in de sociale wetenschappen van de Rijksuniversiteit te Gent. Tevens zijn kandidaat, hoewel zij hun kandidatuur niet hebben gesteld, de secretarissen der randfederaties, die zijn: P., H., R. en D., onderscheidenlijk secretarissen der randfederaties Asse, Halle, Vilvoorde en Zaventem.

De burgemeester verklaart dat hij de kandidatuur voordraagt van voornoemde juffrouw J., adjunct-secretaris der randfederatie Asse. Daarop wordt de stemverrichting geopend...»

Dit besluit is het tweede en derde voorwerp van het eerste verzoekschrift.

1.6. Op 9 februari 1977 liet de gouverneur van de provincie Brabant aan het college van burgemeester en schepenen weten dat hij «voor kennisneming de beslissingen had aangenomen van de gemeenteraad van 1 januari 1977, houdende: 1) vaststelling van de benoemingsvoorwaarden voor de betrekking van gemeentesecretaris, 2) benoeming van mej. J. tot gemeentesecretaris in vast verband» en dat «deze beslissingen derhalve mogen worden uitgevoerd».

Een afschrift van die brief werd aan verzoeker toegezonden met een door de burgemeester op 14 februari 1977 ter post aangetekende brief.

1.7. Op 28 februari 1977 liet de gouverneur van de provincie Brabant aan het college van burgemeester en schepenen weten «dat de Kamer van Inbeschuldigingstelling van het Hof van Beroep te Brussel op 31 december 1976 de buitenvervolginstelling heeft bevolen van de heer L., in verband met de wijze waarop de boekhouding van de gemeentelijke rijkschool door voornoemde werd gehouden». De gouverneur voegde daaraan toe dat deze gerechtelijke beslissing met zich meebrengt «dat er logischerwijze aan de schorsing bij ordemaatregel aan voornoemde opgelegd een einde zou worden gemaakt».

1.8. Op 3 mei 1977 werd A. tot bestuurschef en verzoeker tot onderbureauchef in vast verband benoemd door het daartoe bij gemeenteraadsbesluit van 25 februari 1977 gemachtigde college van burgemeester en schepenen van R. Dit besluit bestrijdt verzoeker met zijn tweede beroep voor zover hij tot onderbureauchef wordt benoemd.

Op 28 juli 1977 tekende verzoeker bij het college protest aan tegen die beslissing «daar (hij) als onderbureauchef benoemd wordt, hoewel (hij) de functie waarnam van gemeentesecretaris met de eraan verbonden wedde».

In zitting van 30 augustus 1977 handhaafde het college zijn beslissing van 3 mei 1977 op grond van de considerans «dat, op grond van artikel 48^{quater} van de bezoldigingsregeling van het gemeentepersoneel, vastgesteld door de Raad in zitting van 12 mei 1977 en door de gouverneur goedgekeurd op 24 juni 1977, genoemd personeelslid, in zijn functie van onderbureauchef, de wedderegeling die hij als gemeentesecretaris van R. genoot, verder blijft genieten».

Op 25 oktober 1977 schreef de gouverneur aan het sche-

pencollege dat «de beraadslaging van het college van 30 augustus 1977 ... voor kennisneming aangenomen is en haar uitwerking mag verkrijgen»;

1.9. Bij arrest van 15 januari 1980, nr. 20.038 sprak de Raad van State de vernietiging uit van het hiervoor, onder punt 1.2. vermelde gemeenteraadsbesluit van 8 maart 1976 houdende schorsing van verzoeker.

Ten aanzien van de eerste vordering

2. Overwegende dat verzoeker niet doet blijken van het wettelijk vereiste belang om de vernietiging te vorderen van het gemeenteraadsbesluit van 1 januari 1977 dat de benoemingsvoorwaarden tot het ambt van gemeentesecretaris vaststelt; dat hij immers alleszins krachtens de bepalingen van het koninklijk besluit van 22 juli 1976 van rechtswege in aanmerking kwam om in die betrekking te worden benoemd; dat zijn eerste vordering dan ook niet ontvankelijk is;

Ten aanzien van de tweede vordering

3. Overwegende dat zijn tweede vordering een louter voorbereidende maatregel betreft, waarvan de eventuele onrechtmatigheid kan worden aangevoerd als een — al dan niet voldoende — grond tot vernietiging van de echte beslissing waartoe die voorbereidende maatregel heeft geleid; dat ook de tweede vordering niet ontvankelijk is;

4. Ten aanzien van de derde vordering

a) Ten aanzien van de ontvankelijkheid

Overwegende dat verwerende partij als exceptie van niet-ontvankelijkheid aanvoert dat het op 13 april 1977 ingestelde beroep te laat werd ingediend, omdat verzoeker, die zijn kandidatuur voor de betrekking van gemeentesecretaris had gesteld, als belangstellende gegadigde ongetwijfeld onmiddellijk na 1 januari 1977 kennis heeft gekregen van de thans door hem bestreden benoeming, en in ieder geval wist dat hij niet benoemd was geworden;

Overwegende dat een benoemende overheid verplicht is niet alleen aan de benoemde kandidaat het benoemingsbesluit te betekenen, maar tevens ertoe gehouden is aan alle gegadigden, die uitdrukkelijk hun kandidatuur voor de vacante betrekking hebben gesteld maar die niet werden benoemd, bij individuele aanzegging mede te delen wat het resultaat van de benoemingsprocedure is geweest; dat die handelwijze bovendien de rechtszekerheid dient, vermits aldus de termijn van verjaring ingaat op een niet betwistbare datum; dat in voorliggend geval het gemeentebestuur aan de zoëven vermelde verplichting heeft voldaan door op 14 februari 1977 aan verzoeker te hebben medegedeeld, dat J. werd benoemd en de gouverneur van die benoeming kennis had genomen; dat de termijn voor het instellen van een beroep bij de Raad van State dan ook pas op die dag is ingegaan; dat het op 13 april 1977 ingestelde beroep binnen de termijn van zestig dagen werd ingesteld en derhalve ontvankelijk is;

b) Ten aanzien van de rechtmatigheid van de benoeming van J.

Overwegende dat verzoeker als vernietigingsgrond onder meer aanvoert dat de gemeenteraad, toen die met het oog op de benoeming van een gemeentesecretaris kennis heeft genomen van de aanspraken en verdiensten van de kandi-

daten, verzoekers kandidatuur niet op regelmatige en juiste wijze heeft onderzocht ;

Overwegende dat een benoeming die wordt gegeven terwijl ten onrechte met een bepaalde kandidatuur geen rekening wordt gehouden, onrechtmatig is en dus moet worden vernietigd indien die vernietiging nuttig voor de Raad van State wordt gevorderd ;

Overwegende dat niet wordt betwist — en uit het bestreden besluit blijkt — dat de kandidatuur van verzoeker voor de betrekking van gemeentesecretaris werd geweerd «wens de schorsing bij ordemaatregel welke hem werd opgelegd door de gemeenteraad van R. op 8 maart 1976» ;

Overwegende dat een overheid die oordeelt dat het past in een betrekking te voorzien, niet verplicht is, indien tegen een van de kandidaten een strafproces of een tuchtstrafproces hangende is, om de benoeming uit te stellen tot de hangende procedures volledig zijn afgewikkeld ; dat de overheid integendeel, zonder het verder verloop van de hangende procedures af te wachten, geldig in de vacante betrekking door een benoeming kan voorzien ; dat die benoeming geldig blijft, ook al is de beslissing welke de strafprocedure of tuchtstrafprocedure besluit, gunstig voor de kandidaat die, precies omdat tegen hem een straf- of tuchtstrafprocedure werd gevoerd, ongeschikt voor benoeming werd geacht ; dat de zoëven geformuleerde conclusie echter niet geldt indien de niet voor benoeming in aanmerking genomen kandidaat de benoemingsbeslissing met een annulatieberoep heeft bestreden en daardoor heeft voorkomen dat die benoeming te zijnen opzichte onaantastbaar zou worden ; dat die voorbijgegangene kandidaat meer bepaald ontvankelijk als middel tot annulatie van de benoeming van zijn concurrent kan doen gelden dat de vergelijking van de wederzijdse aanspraken en verdiensten gevestigd is doordat het vermoeden van ongeschiktheid dat werd afgeleid uit het feit dat tegen hem een straf- of tuchtstrafprocedure was ingesteld, gebleken is niet gegrond geweest te zijn aangezien de straf- of tuchtstrafprocedure in zijn voordeel besloten werd ;

Overwegende dat verzoeker voor de beschuldigingen, die aanleiding gaven tot de schorsing bij ordemaatregel, buiten vervolging werd gesteld door de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, op 11 oktober 1976, en die beschikking van buitenvervolginstelling werd bevestigd door een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling van 31 december 1976, arrest waarbij de gemeente R. met een tot een schadeloosstelling van één frank werd veroordeeld ;

Overwegende bovendien dat het beroep dat verzoeker op 19 mei 1976 bij de Raad van State had ingediend tegen zijn schorsing bij ordemaatregel, geleid heeft tot het vernietigingsarrest van 15 januari 1980 ;

Overwegende dat verzoeker door de benoeming van J. met een annulatieberoep te bestrijden de mogelijkheid heeft opengehouden om ook in verband met de benoeming van J. het rechtsherstel te bekomen, dat hem toekomt op grond van het arrest dat de vernietiging uitspreekt van de tegen hem door de gemeenteraad genomen ordemaatregel ;

Overwegende dat de handhaving van het gezag van het gewijsde van een arrest dat een administratieve beslissing vernietigt, de openbare orde aanbelangt ; dat de Raad van State derhalve van ambtswege de uitwerking van een uitgesproken vernietigingsarrest bij de beoordeling van een han-

gende zaak moet betrekken ;

Overwegende dat het retroactief effect van het vernietigingsarrest van 15 januari 1980 insluit dat op 1 januari 1977 de gemeenteraad ten onrechte verzoeker als een geschorst personeelslid heeft beschouwd ; dat de gemeenteraad derhalve ten onrechte geen rekening heeft gehouden met verzoekers kandidatuur ; dat de vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten derhalve gevestigd was, en de daarop gevolgde benoeming dientengevolge onrechtmatig is ; dat het door verzoeker aangevoerde annulatiemiddel gegrond is ;

5. Overwegende dat de verwerende partij de vordering gericht tegen het collegebesluit van 3 mei 1977 dat verzoeker tot bureauchef benoemt ten onrechte niet ontvankelijk acht, zoals blijkt uit het volgende :

5.1. De verwerende partij stelt dat het beroep tegen het besluit van het college van burgemeester en schepenen van R. van 3 mei 1977 dat verzoeker benoemt tot onderbureauchef in het gemeentebestuur, niet ontvankelijk is omdat verzoeker «overeenkomstig artikel 85bis van de Gemeentewet bij de Koning een beroep kon instellen tegen de beslissing van de bestendige deputatie waarbij de benoemingsbeslissing wordt goedgekeurd».

5.2. Artikel 85bis van de Gemeentewet luidt als volgt : «Wanneer de titularis van een bediening bezwaar inbrengt tegen het besluit van de gemeenteraad tot opheffing van die bediening of tot vermindering van de eraan verbonden wedde, wordt dit besluit onderworpen aan de controle van de bestendige deputatie van de provincieraad, die daaraan haar goedkeuring alleen mag onthouden voor zover de genomen maatregelen klaarblijkelijk strekken tot een bedekte afzetting. De raad en de titularis van de bediening kunnen bij de Koning beroep instellen tegen de beslissing van de bestendige deputatie, binnen vijftien dagen na de kennisgeving die hun ervan wordt gedaan». De verwerende partij tracht verzoekers vordering in het overgeschreven artikel 85bis in te passen door te stellen dat die vordering de vernietiging van het besluit van 3 mei 1977 nastreeft omdat dit besluit «in feite de opheffing inhoudt van zijn vroegere bediening, waarvan de uitoefening tijdelijk is geschorst in het belang van de dienst» ;

5.3. Die voorstelling van het voorwerp van het beroep is helemaal niet terug te vinden in het verzoekschrift of in andere stukken van de procedure. Ze kan overigens geen betekenis hebben omdat de vroegere betrekking van verzoeker, die van gemeentesecretaris van de vroegere gemeente R. door de fusie opgeheven is. Verzoekers benoeming tot onderbureauchef moest overigens niet worden goedgekeurd door de toezienende overheid. De exceptie mist dan ook elke grond.

6. Overwegende dat verzoekers vordering gericht tegen het collegebesluit van 3 mei 1977 gegrond is op de schending van artikel 11, § 1, van het koninklijk besluit van 22 juli 1976 in zover verzoekers benoeming tot onderbureauchef onverenigbaar is met de verplichting van het gemeentebestuur van R. om verzoeker, met toepassing van artikel 11, § 1, tot gemeentesecretaris te benoemen ;

Overwegende dat artikel 11, § 1, de gemeenteoverheid verplicht, niet om een bepaald persoon te benoemen, maar om binnen de door artikel 11, § 1, bepaalde groep een keuze te doen ; dat de keuzemogelijkheid van de gemeenteraad werd uitgebreid door het koninklijk besluit van 17 augustus

1976 dat de toestand regelt van het personeel van de bij de wet van 30 december 1975 afgeschafte randfederaties; dat meer bepaald ook J., die adjunct-secretaris was van de randfederatie Asse, behoort tot degenen waarop de gemeenteraad van R. zijn keuze kan vestigen op gelijke voet met verzoeker; dat verzoekers middel derhalve niet gegrond is in de mate dat hij stelt dat zijn benoeming tot onderbureaucheef onrechtmatig is omdat hij tot gemeentesecretaris moest worden benoemd;

Overwegende dat de benoeming van verzoeker tot onderbureaucheef evenwel toch met artikel 11, § 1, onverenigbaar is; dat, immers, de vernietiging van de benoeming tot gemeentesecretaris van J. tot gevolg heeft dat de gemeenteraad opnieuw geplaatst is voor de verplichting een gemeentesecretaris te benoemen; dat anderzijds uit het annulatiemotief, dat steunt op de werking van het annulatiearrest van 15 januari 1980, volgt dat verzoeker opnieuw in zijn hoedanigheid van gewezen secretaris van een in de fusiegemeente R. opgenomen gemeente als kandidaat in aanmerking moet worden genomen; dat de benoeming van verzoeker tot onderbureaucheef voor hem evenwel een hinderpaal uitmaakt om zijn kandidatuur voor het ambt van gemeentesecretaris in het kader van artikel 11, § 1, in aanmerking te doen komen; dat, in de mate dat de benoeming van verzoeker tot onderbureaucheef als effect heeft hem van de toepassing van artikel 11, § 1, voor benoeming tot het ambt van gemeentesecretaris uit te sluiten, dat effect als strijdig met artikel 11, § 1, moet worden vernietigd, zodat artikel 11, § 1, opnieuw ten volle op verzoeker toepasselijk wordt gemaakt;

Overwegende dat de andere door verzoeker aangevoerde middelen geen verderreikend rechtsherstel mogelijk en dus nodig maken, dan het volgende ten dele gegrond bevonden middel,

Besluit:

Artikel 1. Het besluit van de gemeenteraad van R. van 1 januari 1977 waarbij J. benoemd werd tot gemeentesecretaris, wordt vernietigd.

Artikel 2. Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van R. van 3 mei 1977 waarbij verzoeker tot onderbureaucheef werd benoemd wordt ten dele vernietigd, te weten in de mate dat die benoeming onverenigbaar is met de toepassing van artikel 11, § 1, van het koninklijk besluit van 22 juli 1976 op verzoeker.

Artikel 3. De beroepen worden verworpen voor het overige.

NOOT—Het uitgangspunt voor de aanvechting van administratieve rechtshandelingen

Ofschoon het hiervoor afgedrukt arrest meerdere juridische vragen oplost, verdient het bijzondere aandacht voor zijn beslissing over het uitgangspunt tot aanvechting van administratieve rechtshandelingen.

Het is bekend dat drie rechtsmomenten het uitgangspunt van de termijn — die meestal zestig dagen is — tot aanvechting van administratieve rechtshandelingen beheersen: de bekendmaking, de betekening of kennisgeving en ten slotte de loutere kennis.

— De bekendmaking is de onpersoonlijke mededeling van rechtshandelingen die de algemeenheid der burgers aanbelangen. Dit gebeurt door periodiek uitgegeven officiële bladen (Belgisch Staatsblad of Bestuursmemoriaal) of door aanplakking. Wanneer een administratieve rechtshandeling moet worden bekendgemaakt, gaat de beroepstermijn voor een derde pas in na die verplichte bekendmaking (R.v.St., De Wijngaert, nr. 21.482 van 20 oktober 1981) en moet niet worden onderzocht of de verzoeker er reeds kennis van had vóór de bekendmaking van het bestreden besluit (R.v.St., Boels, nr. 9415 van 29 mei 1962).

— De betekening of de kennisgeving is de individuele aanzegging van bepaalde administratieve rechtshandelingen.

Van besluiten die de rechtstoestand van de betrokkene zelf regelen, dient hem kennis te worden gegeven. In tegenstelling tot maatregelen die derden betreffen, begint de beroepstermijn niet met de feitelijke kennis, doch met de kennisgeving te lopen, aangezien deze verplicht is (R.v.St., Cloetens, nr. 20.791 van 9 december 1980).

Deze gevestigde regel wordt thans aangevuld met het hiervoor afgedrukt arrest. De aanzegging moet niet alleen aan de benoemde kandidaat geschieden, maar ook aan de niet-benoemde kandidaten moet meegedeeld worden wat het resultaat van de benoemingsprocedure is geweest. Verzuimt de overheid deze zorgvuldigheidsverplichting na te komen, dan gaat voor de andere kandidaten die geweerd zijn, de termijn van aanvechting niet op straffe van verval in. Duidelijk is daarmee de rechtszekerheid gediend, en de belangen van de geïnteresseerde kandidaten.

— Voor het overige blijft de regel gelden dat wanneer de bestreden rechtshandelingen noch bekendgemaakt, noch betekend dienen te worden, de termijn loop van het ogenblik dat de verzoeker kennis heeft van de bestreden besluiten.

W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 26 MEI 1982

Voorzitter: de h. Blockx

Raadsheren: de hh. Verschuere en Vandeplass

Advocaten: mrs. Hendrickx en Eliaerts

Binnenvaart — Vertraging vóór de lostijd veroorzaakt door de geadresseerde — Vergoeding — Uitgespaarde lostijd — Geen compensatie.

Er bestaat ten voordele van de geadresseerde geen compensatie tussen de uitgespaarde lostijd en de overtijd die door toedoen van de geadresseerde opgelopen is bij het vervullen van de douaneformaliteiten vóór de aanvang van de lostijd. Behoudens uitdrukkelijk andersluidend beding kan de termijn bedongen voor het lossen van het schip geen aanleiding geven tot dispatch money of enig ander voordeel ten gunste van de geadresseerde opleveren.

Van B. t/ N.V. A.

Overwegende dat het geschil zich beperkt tot een betwisting betreffende de aanrekening der ligdagen; dat beide partijen akkoord gaan dat het schip «Zeemeeuw» zich op 23 december 1975 in het Straatsburgdok heeft aangemeld voor inklinging;

Overwegende dat niet uitgemaakt kan worden hoe laat het was toen de «Zeemeeuw» zich aanmeldde, maar dat kan worden aangenomen dat het te laat was om diezelfde dag nog de goederen in te klaren, zodat voor deze formaliteit bijgevolg tot 24 december gewacht diende te worden;

Overwegende dat de formaliteiten van inklinging in het Straatsburgdok normaal, d.w.z. wanneer de documenten in orde zijn, hooguit een paar uur in beslag nemen, zodat voor deze formaliteiten geen extradag wordt overeengekomen; dat de «Zeemeeuw» normaal diezelfde voormiddag nog te Schoten had aangemeerd, indien geïntimeerde, die belast was met het verrichten van de douaneformaliteiten, ook gezorgd had voor de normale en tijdige inklinging van de goederen;

Overwegende dat, wegens moeilijkheden die zich bij het inklingen hebben voorgedaan en die uitsluitend aan geïntimeerde te wijten zijn, de inklinging pas op 29 december 1975 kon geschieden, zodat de «Zeemeeuw» pas op 29 december 1975 te Schoten kon aanmeren, waar het schip op 30 december 1975 gelost werd;

Overwegende dat appelland schadevergoeding vordert wegens het stilliggen van het schip gedurende een periode van vier dagen; dat deze periode niet beschouwd kan worden als ligdagen, daar het schip nog niet aangekomen was op de losplaats, maar dat appelland vraagt van deze vertering aan te rekenen overeenkomstig het tarief van de ligdagen;

Overwegende dat ook geïntimeerde niet betwist dat er wegens de problemen met de douaneformaliteiten vier dagen verloren gingen door haar toedoen en dat ook zij akkoord gaat om de verloren dagen aan te rekenen tegen het tarief van de ligdagen;

Overwegende dat geïntimeerde echter aanvoert dat zij over drie dagen beschikte om het schip te lossen en dat zij het schip in één dag heeft gelost, zodat zij appelland twee dagen tijd heeft doen winnen en dat zij deze dagen die zij ingelopen heeft door het lossen wenst af te trekken van de overtijd bij de douaneformaliteiten; dat zij trouwens reeds één dag overtijd tegen het tarief van de ligdagen betaald heeft aan appelland;

Overwegende dat er ten voordele van de geadresseerde geen compensatie bestaat tussen de uitgespaarde lostijd en de overtijd die opgelopen werd bij het vervullen van de douaneformaliteiten vóór de aanvang van de lostijd, daar, behoudens uitdrukkelijk andersluidend beding, de termijn bedongen voor het lossen van het schip geen aanleiding tot dispatch money of enig ander voordeel ten gunste van de geadresseerde opleveren kan;

Overwegende dat aan appelland bijgevolg vier dagen berekend tegen het tarief van de ligdagen verschuldigd zijn, maar dat reeds één ligdag uitbetaald werd zodat er nog verschuldigd zijn $(4.867 \times 3) = 14.601$ frank.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

4e KAMER — 16 SEPTEMBER 1981

Rechter: de h. Van Orshoven

Substituut-procureur des Konings: de h. Croes

Advocaten: mrs. De Maeseneer loco D'Haeyere en Boon loco Bergiers

Overeenkomst — Shoppingkaart — Diefstal — Gebruik van gestolen shoppingkaart — Aansprakelijkheid warenhuis — Analogische toepassing van art. 35, tweede lid, Chequewet.

Het gebruik van shoppingkaarten is in onze wetgeving niet geregeld en blijft onderworpen aan het gemene recht.

De bepaling van art. 35, tweede lid, van de Chequewet, volgens hetwelk de betrokkene, ten deze de leverancier, niet geldig bevrijd is indien hem bedrog of grove fout ten laste gelegd kan worden, is in principe hierop niet van toepassing.

Deze bepaling is zelf evenwel de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel dat de schuldenaar die betaalt met bedrieglijke benadeling van zijn werkelijke schuldeiser niet bevrijd is, en van het beginsel dat grove fout met bedrog wordt gelijkgesteld. Deze algemene rechtsbeginselen moeten ook op het gebruik van de shoppingkaart toepassing vinden.

Op het warenhuis rust dan ook de verplichting de handtekening van de klant op de leveringsbon te vergelijken met die welke voorkomt op de shoppingkaart.

Door dit niet te doen hebben de aangestelden van het warenhuis een grove fout begaan in de zin van het analogisch toepasselijke art. 35, tweede lid, van de Chequewet, zonder welke het misbruik van de shoppingkaart uitgesloten zou zijn geweest.

N.V. G. t/ M.-G.

Blijkens de overgelegde stukken heeft verweerster op 16 december 1974 een aanvraag tot het verkrijgen van een shoppingkaart ingediend. Verweerder heeft deze aanvraag «voor aval» ondertekend. Zij hebben zich hierbij uitdrukkelijk verbonden tot het naleven van de aanwendingsvoorwaarden van deze kaart. De kaart werd vervolgens aan verweerster afgeleverd. Nadat verweerster de kaart op 22 december 1978 nog gebruikt had, raakte zij deze kwijt met als gevolg dat een derde op 26 en 27 december verschillende aankopen deed met wederrechtelijk gebruik van de kaart, en dit voor een totaal bedrag van 64.552 frank. Nadat eiseres verweerders hiervan op 25 januari 1979 telefonisch verwittigd had tekenden verweerders bij aangetekend schrijven van 31 januari 1979 verzet aan tegen verder gebruik van de kaart.

Eiseres vordert betaling van dit bedrag op grond van artikel 9 van de algemene voorwaarden, luidens hetwelk verlies of diefstal van de kaart onmiddellijk ter kennis gebracht dient te worden van eiseres, en «de verantwoordelijkheid van de klant een einde neemt zodra de nodige maatregelen om misbruik van de kaart te beletten getroffen zijn».

Verweerster werpt vruchteloos op dat de verantwoordelijkheid van de klant in dit beding niet uitdrukkelijk wordt voorzien, doch dat er slechts gesproken wordt over het einde van deze verantwoordelijkheid. Zo de verantwoordelijkheid van de klant-houder een einde neemt op het ogenblik dat «de nodige maatregelen getroffen zijn», houdt dit immers noodzakelijk in dat hij voordien aansprakelijk was. Het beding legt weliswaar stilzwijgend doch ondubbelzinnig de verantwoordelijkheid voor onrechtmatig gebruik ten laste van de klant-houder.

Anderzijds doet verweerster gelden dat het beding geen toepassing kan vinden nu eiseres een grove fout begaan heeft door het gebruik van de kaart toe te laten daar de handtekening op de leveringsbons volledig afweek van die voorkomende op de shoppingkaart.

Het gebruik van shoppingkaarten is in onze wetgeving niet geregeld. Het blijft onderworpen aan het gemene recht. Het bepaalde in artikel 35, 2e lid, van de Chequewet van 1 maart 1961, volgens hetwelk de betrokkene (hier de leverancier) niet geldig bevrijd is indien hem bedrog of grove fout ten laste gelegd kan worden, is er in principe niet op van toepassing. Doch deze bepaling is zelf de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de schuldenaar die betaalt met bedrieglijke benadeling van zijn werkelijke schuldeiser niet bevrijd is, en dit volgens hetwelk grove fout met bedrog gelijkgesteld wordt. Deze algemene rechtsbeginselen moeten ook op het gebruik van de shoppingkaart toepassing vinden.

Op eiseres rust dan ook de verplichting de handtekening van de klant op de leveringsbon te vergelijken met die welke voorkomt op de shoppingkaart. Zij is zich hiervan trouwens bewust aangezien zij op 3 oktober 1980 aan verweerder schreef, dat de enige taak van de verkoper erin bestaat na te gaan of deze handtekening op de bon overeenstemt met die op de kaart. Om het begrip «grove fout» in deze aangelegenheid te omschrijven kan bij analogie verwezen worden naar dat begrip bij de toepassing van artikel 35, 2e lid, van de Chequewet. «De betrokkene moet eveneens de handtekening van de trekker nazien; ten deze heeft hij niet de verplichting de bekwaamheid van een deskundige in geschriften aan de dag te leggen. Indien uit een vluchtig en enigszins ernstig onderzoek niets ongewoons blijkt, zal de betrokkene geldig betalen (...). De handtekening van de trekker moet ongeveer overeenstemmen met de wijze waarop de trekker gebruikelijk naamtekent op het ogenblik van de ondertekening van de cheque» (J. Liebaert, *De cheque in de landen van de E.G.G.*, blz. 88-89). Ter zake is nu gebleken dat de handtekeningen die door de derde werden aangebracht op de leveringsbons niet de minste gelijkenis vertonen met die van verweerster. De aangestelden van eiseres hebben blijkbaar de handtekening voorkomend op de shoppingkaart die de derde hun vertoond heeft, niet vergeleken met die welke hij aangebracht heeft op de leveringsbons. Hadden zij dit gedaan, dan zouden zij het misbruik ongetwijfeld hebben kunnen beletten. Zij hebben zodoende een grove fout begaan zonder welke het misbruik uitgesloten was.

Vruchteloos werpt eiseres op dat de litigieuze feiten in moeilijke omstandigheden gebeurden, met name tijdens de oudejaarsdrukte en dat haar aangestelden bovendien niet dezelfde kwalificatie bezitten als bankbedienden. Indien zij verantwoordelijkheid opneemt die vergelijkbaar is met die

van een bankier, dient zij immers omstandigheden te scheppen en personeel aan te werven die het mogelijk maken deze verantwoordelijkheid ten volle te vervullen.

(...)

NOOT—Zie E. Wymeersch, «De kredietkaarten in België, Juridische aspecten», *T.P.R.*, 1971, 645-701, i.h.b. 679-682, nrs. 27-29.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TONGEREN

15 OKTOBER 1982

Voorzitter: de h. Schiepers

Rechters: de hh. Byvoet en Crijns

Openbaar ministerie: de h. D'Hooghe

Advocaten: mrs. Hanssen en Spaas loco Vrancken

Echtscheiding — Overspel — Strafvordering — Vervallen door effectief worden echtscheiding — Mogelijk grond tot echtscheiding.

Het feit dat het gepleegde overspel niet meer strafbaar is doordat de straffordering vervallen is wegens het effectief worden van de echtscheiding, toegestaan op vordering van een van de echtgenoten (hoofdeis of tegeneis), sluit niet uit dat, rechtdoende op de eis van de andere partij, de echtscheiding wordt toegestaan op grond van dit overspel.

V. t/ V.

Gezien het tussenvonnissen van 23 mei 1980, dat de echtscheiding toeliet in het voordeel van aanlegster op hoofdeis, de tegeneis ontvankelijk verklaarde en deze naar de algemene rol verzond, de uitspraak aanhield wat de door aanlegster op hoofdeis gevorderde uitkering tot levensonderhoud betreft, en voorbehoud verleende voor de kosten;

Overwegende dat verweerder op hoofdeis, aanlegger op tegeneis, de echtscheiding vordert op grond van de artt. 229-231 B.W.;

Overwegende dat het vonnis van 23 mei 1980 werd overgeschreven op 27 augustus 1980;

Dat om deze redenen de correctionele rechtbank de straffordering vervallen heeft verklaard;

Overwegende dat evenwel uit de bijgebrachte processen-verbaal van de politie te Genk, de materialiteit van het overspel bewezen is;

Dat bijgevolg de tegeneis gegrond is;

Overwegende dat de vordering tot levensonderhoud ongrond dient te worden verklaard;

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

3e KAMER — 29 OKTOBER 1982

Voorzitter: de h. De Craeye

Rechters in sociale zaken: de hh. Verleye en Delbaere

Advocaat: mr. De Vliegheer

Arbeidsongeval — Begrip — Vereiste van letsel — Beschadiging van prothese.

Het enkele feit van het breken van een prothese (bril) door een plotselinge gebeurtenis tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, maakt geen arbeidsongeval uit, nu er geen letsel is veroorzaakt.

B. t/ N.V. Z.

Bij exploit van dagvaarding van 1 februari 1982 betekend door gerechtsdeurwaarder R. De Valck met standplaats te Elsene, stelt eiser een vordering ten einde verweester te horen veroordelen tot betaling van de som van 4.825 fr. als vergoeding van de schade spruitende uit een arbeidsongeval en conform artikel 26 van de A.O.W.; de som te vermeerderen met de interesten bepaald in art. 42 van de A.O.W., en de kosten van het geding.

Eiser baseert zijn vordering op artikel 26, eerste lid, van de A.O.W. dat bepaalt: «De getroffen heeft recht op de herstellings- en vervangingskosten van de prothese en orthopedische toestellen, waaraan het ongeval schade heeft veroorzaakt.» Eiser stelt dat een bril een prothesetoestel is dat beschadigd werd door het arbeidsongeval.

De schade aan de prothese moet echter het gevolg zijn van het ongeval, m.a.w. het ongeval en de schade zijn twee verschillende elementen.

Overeenkomstig artikel 7 van de A.O.W. wordt, voor toepassing van de wet, als arbeidsongeval beschouwd elk ongeval dat een werknemer tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt en dat een letsel veroorzaakt.

Zo men dus het ongeval als een plotselinge gebeurtenis met schadelijke gevolgen kan omschrijven, moet het ongeval evenwel, om als arbeidsongeval te worden beschouwd, een aantasting van de fysieke integriteit in de ruimste zin van het woord tot gevolg hebben, d.w.z. een letsel (*Les Nouvelles, Droit social, IV, Accidents du travail, nr. A.272*).

Welnu, het breken van een bril is geen aantasting van de fysieke integriteit. Immers de bril, als prothese beschouwd, diende om een verminderde fysieke geschiktheid te verhelpen. Door het breken van een bril werd de fysieke geschiktheid niet meer aangetast dan ze reeds aangetast was vóór het ongeval.

Eiser bewijst hier dus geen letsel. Derhalve kan in casu niet gesproken worden van een arbeidsongeval.

(...)

BENELUXRECHT

**JAARVERGADERING VERENIGING VOOR VERGELIJKING VAN HET RECHT
IN BELGIË EN NEDERLAND — AMSTERDAM 26-27 NOVEMBER 1982**

De jaarvergadering had plaats in de gebouwen van de campus der Vrije Universiteit te Amsterdam. In de verschillende afdelingen werd grondig gedebatteerd over de vraagpunten die op basis van de ingediende preadviezen werden opgesteld.

Tijdens de slotzitting werden de hieronder staande verslagen van de respectieve afdelingsvergaderingen voorgebracht. Tevens werd beslist dat de e.k. jaarvergadering in België (25-26 november 1983) zou gewijd zijn aan de volgende thema's: de meerpartijovereenkomst; de strafbaarheid van leiders, beheerders, zaakvoerders van verenigingen, rechtspersonen of ondernemingen; de Minister-raad.

Meteen werd medegedeeld dat raadsheer Huib Drion, die op zo'n voortreffelijke wijze de Nederlandse sectie gedurende jaren heeft geleid, zou worden opgevolgd door prof. Jef Maeyer van de Universiteit van Nijmegen. Op een en ander zal bij de volgende jaarvergadering uitvoeriger worden ingegaan.

*Marcel Storme,
Secretaris Belgische Sectie*

Verslag afdeling Staatsrecht

Onderwerp: de procesvoering voor de afdeling administratie van de Raad van State van België en voor de afde-

ling rechtspraak van de Raad van State van Nederland.

Preadviseurs: prof. dr. A. Vander Stichele voor België en prof. mr. J.A. Borman voor Nederland.

Rapporteur: mr. H. Bolt.

De preadviezen zijn uitgegeven door W.E.J. Tjeenk Wilink te Zwolle.

Een belangrijk thema in de discussie betrof de vraag naar het karakter — in theoretisch opzicht — van beide procedures. Deze vraag kwam naar voren naar aanleiding van de terstond aan het begin van de vergadering geuite veronderstelling, dat de procedures een verschillend karakter zouden hebben. Zo werd verondersteld, dat aan de Belgische procedure een bescherming van het algemene juridische belang ten grondslag zou liggen; daartegenover kent de Nederlandse procedure voor de afdeling rechtspraak als uitgangspunt de rechtsbescherming van het individu. Van Belgische zijde werd opgemerkt, dat er sprake is van Franse invloed op de inrichting van de bedoelde procedure. In feite kent de Belgische Raad van State elementen van zowel de Franse Conseil d'Etat en het Belgische Hof van Cassatie. Intussen blijft dit een theoretische benadering. In de praktijk, zoals die door Grondwet en wet wordt bepaald, richt de Belgische Raad zich zeker ook op de rechtzoekende burger. In de discussie werd op verschillende punten gewezen, waaruit de meer algemene gerichtheid van de Belgische procedure zou blijken. Tegen verordeningen staat, anders dan in Ne-

derland, beroep open. De wet kent een strikte regeling van termijnen, die in de praktijk echter met de nodige soepelheid wordt toegepast. De Nederlandse figuur, dat de voorzitter de appellant wijst op het ontbreken van een motiveerling in het beroepschrift, en het bieden van de mogelijkheid tot herstel van dit gebrek, is in België niet bekend. Aanvulling van het verzoekschrift nadat de termijn van indiening is verstreken, wordt niet toegestaan, tenzij het middelen betreft die van openbare orde zijn of die men pas later heeft leren kennen. Een administratiefrechtelijk kort geding ontbreekt in de Belgische procedure.

Hiertegenover staat, zo bleek in de discussie, dat in voorbereidings- en onderzoeksfase het schriftelijk onderzoek degelijker dan in Nederland wordt aangevat. Het is namelijk principieel tweezijdig gestructureerd: nadat de procedure is ingezet met een verzoekschrift, krijgen zowel de verweerder als de appellant de gelegenheid een memorie van antwoord, resp. een memorie van wederantwoord te leveren; beide partijen krijgen, na elkaar, gelegenheid te reageren op het rapport van de auditeur. Daarenboven vindt er een dubbel onderzoek plaats; eenmaal door de auditeur die schriftelijk verslag doet en eenmaal door de staatsraad-verslaggever die ter zitting zijn bevindingen weergeeft. Dit accent op de schriftelijke voorbereiding heeft doorwerking op het belang (voor de instructie van de zaak) van de openbare zitting.

Ondanks de verschillende inrichting van beide procedures is er materieel weinig onderscheid. In de jurisprudentie van beide colleges zijn dezelfde rechtsvragen aan te treffen, die veelal ook op een zelfde wijze worden benaderd.

Wat is, zo kwam vervolgens ter sprake, het bereik van de uitspraak? Rust krachtens de uitspraak op het bestuur de verplichting om de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen met de rechtstoestand, ontstaan door de vernietiging van het bestreden besluit? De vergadering was het erover eens, dat naar Nederlands recht aan de uitspraak geen verplichting voor het bestuur valt te ontlenen tot herstel van de vorige toestand. Besluit een bestuursorgaan niettemin toch tot dit laatste, onder gebruikmaking van politiedwang, dan kan de rechtmatigheid van deze stap ter toetsing worden voorgelegd aan de afdeling rechtspraak. Van Belgische zijde werd in deze discussie over de tenuitvoerlegging van de uitspraak gewezen op de eenvormige Beneluxwet op de dwangsom. Het is wellicht niet uit te sluiten, dat deze wet aldus kan worden uitgelegd, dat ook een administratiefrechtelijk college in staat is aan een uitspraak een dwangsom te verbinden. Het Benelux-Gerechtshof is de bevoegde instantie om hierover duidelijkheid te verschaffen.

Ruime aandacht schonk de vergadering aan de vraag, in welke mate de procedure tot beslissing van bestuursgeschillen vereenvoudiging verdraagt. Wanneer over vereenvoudiging wordt nagedacht, kan in grote lijnen worden onderscheiden tussen het inperken van het schriftelijk onderzoek en het achterwege laten van de openbare behandeling.

Algemeen was de vergadering van oordeel, dat de openbare behandeling niet wezenlijk mag worden aangetast. Hierbij werd gewezen op het gevaar van schending van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Wel lag naar algemeen gevoelen een doelmatiger aanpak van de openbare behandeling binnen de grenzen van het toelaatbare; gedacht werd aan een aanpak, waarbij begonnen wordt

met een vraag- en antwoordronde en partijen vervolgens, zo zij daaraan dan nog de behoefte gevoelen, in de gelegenheid worden gesteld het woord te voeren. De gedachte dat, wanneer partijen daarmee instemmen, de openbare behandeling zou kunnen vervallen, vond weinig aanhang. Wel aanvaardbaar werd het geven van een mondelinge uitspraak direct na de behandeling in raadkamer geacht, mits door wetswijziging mogelijk gemaakt; het praktisch nut hiervan werd echter in twijfel getrokken. Over de Nederlandse regeling van afdoening door de voorzitter bij kennelijke niet-ontvankelijkheid, enz. (de artt. 78 en 79 Wet R.v.S.) werd opgemerkt, dat tot het horen van de appelland veelal slechts wordt overgegaan als deze daarom verzoekt: tegen de bedoelde uitspraak van de voorzitter, welke tot stand komt zonder openbare behandeling, kan een belanghebbende verzet doen; de afdeling, die op dat verzet uitspraak doet, kan hem die het verzet deed horen, met dien verstande dat een ongegrondverklaring van het verzet niet wordt uitgesproken zonder dat de indiener van het verzet-schrift die daarom vroeg, in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord.

De andere, in theorie mogelijke wijze van vereenvoudiging, te weten het inperken van het schriftelijk vooronderzoek kwam tevens ter sprake. Voor de Belgische situatie zou kunnen worden gedacht aan een striktere handhaving van de termijnen voor het indienen van de stukken — de Belgische preadviseur stelt vast dat al te veel aanvragen om verlenging van deze termijnen gunstig worden beantwoord (p. 37) — en aan een bespoediging van de verslaglegging door de auditeur. Aan Nederlandse zijde vroeg men zich af of vereenvoudiging van de procedure voor de afdeling rechtspraak nog wel verantwoord zou zijn, uitgaande van de gedachte, dat een bepaald minimum aan processuele waarborgen aanwezig moet zijn. Ten hoogste toelaatbaar, is een bedachtzame toepassing van een combinatie van de voorhanden wettelijke mogelijkheden tot vereenvoudiging van de normale procedure.

In het Nederlandse preadvies is ruime aandacht besteed aan de toepassing van art. 80 Wet R.v.S., de schorsings- en voorlopige voorzieningsprocedure. Daarbij is zelfstandiging van deze procedure voorgesteld. Deze gedachte ontvond in de vergadering geen tegenspraak; wel zou voor verwezenlijking vrij ingrijpende wetswijziging nodig zijn.

Ter vergadering werd uiteengezet, dat in België voorlopige voorzieningen hangende het geschil voor de afdeling administratie slechts kunnen worden verkregen voor de gewone rechter, afgezien van vreemdelingenzaken, waarbij een kort geding-achtige voorziening voor de afdeling administratie mogelijk is. Zowel in België als in Nederland valt een ontwikkeling te signaleren in de richting van het op zich zelf gaan staan van deze kort geding-achtige procedures, in die zin dat partijen in toenemende mate afzien van het doorzetten van het bodemgeschil, nadat een kort geding-uitspraak is verkregen.

H. Bolt
Rijksuniversiteit Groningen

Verslag afdeling Strafrecht

Onderwerp: strafbaarheid van voorbereidingshandelingen.

Preadviseurs: prof. mr. A. de Nauw en prof. mr. N. Keijzer.

Rapporteur: mr. A. Machielse.

De preadviezen zijn uitgegeven door het Ministerie van Justitie te 's-Gravenhage (W.O.D.C.)

De preadviezen van de heren Keijzer en de Nauw behandelen de wetsgeschiedenis, doctrine en rechtspraak betrekking hebbend op de onderscheiden pogingsartikelen (art. 45 Ned. WvS, art. 51 Belg. Sw.), benevens de strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen die de Belgische en Nederlandse wetgeving kennen. Aan de vergadering van de afdeling strafrecht legden zij in dit kader tien vraagpunten voor die in onderling verband beschouwd de grenzen van deze strafbaarstellingen en de wenselijkheid deze grenzen naar een eerder stadium op de iter criminis te verleggen aan de orde stelden. In het algemeen stelden de beide preadviseurs zich terughoudend op ten aanzien van voorstellen van deze strekking maar zij gaven tevens nadrukkelijk aan dat de belangen van preventie en opsporing van ernstige criminaliteit hierbij niet uit het oog mochten worden verloren.

Gezien de nauwe relatie die tussen verschillende vraagpunten bestaat, is het niet mogelijk de discussies met betrekking tot ieder afzonderlijk vraagpunt los van elkaar te bezien. Na ampel beraad constateerde de vergadering m.n. tussen de eerste twee vraagpunten en vraagpunt 9 enerzijds, en tussen vraagpunt 5 en vraagpunt 8 anderzijds een samenhang. Vandaar dat in het onderstaande is overgegaan tot een zekere herschikking van de vraagpunten opdat aan deze samenhang wordt recht gedaan.

1. Is, uit het oogpunt van criminele politiek, een zekere mate van uitbreiding van de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen gewenst?

2. Verdient het aanbeveling, de algemene grens van de strafbaarheid van de poging verder naar de voorbereidingsfase van het delict te verleggen

a. door jurisprudentiële uitbreiding van het begrip «begin van uitvoering»?

b. door zodanige wijziging van de wet dat een begin van uitvoering niet meer is vereist?

9. Zijn, uit het oogpunt van voldoende bepaaldheid, delictomschrijvingen acceptabel welke zijn geformuleerd als «het voorbereiden van» de uitvoering van een bepaald delict (zoals bijvoorbeeld art. 122, Sw., België, of art. 97, lid 2, of art. 98a, lid 3, Sr., Nederland), of als «zich zodanig gedragen dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zulks geschiedt om de openbare orde te verstoren of te bedreigen» of als «het bij zich hebben van voorwerpen die kennelijk zijn bestemd of meegebracht om de openbare orde te verstoren» (noodverordening Amsterdam, 11 oktober 1982)?

De vergadering kante zich tegen de gedachte art. 45 Sr. en art. 51 Sw. zodanig te herformuleren dat ook voorbereidingshandelingen daaronder zouden komen te vallen. De betreffende artikelen worden nu reeds gekenmerkt door een relatief hoge graad van abstractie die aan de rechter een grote interpretatieruimte laat. In België speelt daarbij een grote rol het feit dat het Hof van Cassatie minder dan de Nederlandse HR de hem voorgelegde uitspraken ten gronde toetst. Doordat in de praktijk de grenzen door de wetgever aan de poging gesteld worden beproefd, is er al een zekere spanning ontstaan tussen de woorden van de wet en de

rechtspraak betreffende de pogingsartikelen. Men dient hierbij te bedenken dat door het strafbaar stellen van de poging een zeer grote uitbreiding is gegeven aan het aantal gedragingen dat wettelijk strafbaar is gesteld. Aan vele toepasselijke delictomschrijvingen is immers een pogingsvorm als strafbaar feit toegevoegd. Ook nieuw te ontwerpen misdaden en misdrijven zijn aan deze werking van de pogingsartikelen onderworpen. Naar haar aard past het slechts — gelet op deze werking — aan zo een pogingsbepaling ten hoogste die werkingssfeer toe te kennen die men voor een doelmatige repressie van alle misdrijven resp. misdaden bepaald nodig heeft. De huidige pogingsartikelen voldoen aan deze eisen. Verruiming van de strafbaarheid volgens deze artikelen is daarom niet nodig.

M.b.t. de vraag of aan het begin van uitvoering een jurisprudentiële uitbreiding gegeven dient te worden, werd opgemerkt dat deze uitbreiding in België de facto reeds grotendeels mogelijk is gezien de grote vrijheid die de feitenrechter ten overstaan van het Hof van Cassatie heeft. Naar de mening van de Belgische afgevaardigden is de rechtspraak zelfs al tot het uiterste gegaan van wat nog wettelijk aanvaardbaar is. Er werd te verstaan gegeven dat de rechter weliswaar het «begin van uitvoering» erg ver heeft opgerekt, maar dat art. 45 Sr. resp. art. 51 Sw. steeds in het perspectief van de betreffende strafbepaling dient te worden beschouwd. Het «begin van uitvoering» is zo per delictomschrijving gedifferentieerd. Vandaar dat ervoor geen algemeen geldende hanteerbare omschrijving is te vinden. Het is de taak van de rechter per delictomschrijving de inhoud van het «begin van uitvoering» nader te omlijnen. Algemene uitspraken hierover zijn niet te geven. In dit licht moet vraagpunt 2a, betreffende de jurisprudentiële uitbreiding van het «begin van uitvoering» worden beschouwd.

Het antwoord op vraagpunt 1 vloeit in zekere zin uit het voorgaande voort. Een algemeen geldende uitbreiding van de strafbaarheid door het strafbaarstellen van voorbereidingshandelingen zonder meer kreeg in de vergadering geen steun. Men onderkende overigens de druk die vanuit de rechtspraak op de grenzen van de poging wordt uitgeoefend als er geen wettelijke mogelijkheden tot repressief ingrijpen tegen voorbereidingshandelingen voorhanden zijn, waar de noodzaak daartoe wel wordt gevoeld. Dat kan met name gelden in gevallen waarin de politie — in de woorden van vraagpunt 10 —, getoetst aan het huidig recht, niet beschikt over voldoende bevoegdheden tot ingrijpen. Of zo een geval zich voordoet dient echter wel te worden getoetst met inachtneming van de preventieve bevoegdheden waarover de politie beschikt. Waar een verruiming van bevoegdheden m.b.t. voorbereidingshandelingen nodig voorkomt is naar het oordeel van de vergadering zo een uitbreiding slechts aanvaardbaar indien:

a. de wetgever er zich aan de hand van een degelijk maatschappelijk onderzoek van heeft vergewist dat er inderdaad een dringende maatschappelijke behoefte tot uitbreiding van de strafbaarheid bestaat;

b. die uitbreiding beperkt is tot bepaaldelijk aangewezen delicten;

c. die voorbereidingshandelingen in kwestie zo concreet mogelijk zijn omschreven.

3. Welke vereisten naar omvang en organisatiegraad dienen te worden gesteld aan de «vereniging» van art. 322 Sw.

(België) resp. de «rechtspersoon» van art. 140 Sr. (Nederland)?

In de Nederlandse noch in de Belgische rechtspraktijk blijken de desbetreffende artikelen totnuotoe ruime toepassing te vinden. Zij veronderstellen drie elementen: 1. dat er meerdere personen bij betrokken zijn; 2. dat het in de wet geëiste oogmerk bestaat; 3. dat er een zekere graad van organisatie bestaat.

De eerste twee kenmerken leveren geen problemen op, i.t.t. het derde. De weinige jurisprudentie omtrent art. 322 Sw. laat blijken dat niet te zwaar getild moet worden aan de eis van organisatie. Er zijn bv. sterke aanwijzingen dat een interne hiërarchie binnen de organisatie niet nodig is. Evenmin is een zekere bestendigheid vereist. Voldoende om van «vereniging» in de zin van art. 322 Sw. te spreken is een bepaalde, embryonale organisatiegraad, al is het maar voor één delict. De feitenrechter geniet een grote vrijheid om al dan niet het bestaan van zo een «vereniging» aan te nemen. Het artikel biedt de mogelijkheid de auctor intellectuelis, die anders buiten schot kan blijven, strafrechtelijk aan te spreken. Gesuggereerd werd dat het intentioneel delict van art. 322 Sw. zich situeert tussen mededaderschap en medeplichtigheid enerzijds, en samenspanning anderzijds.

W.b. art. 140 Sr. werd erop gewezen dat dit een grotere bestendigheid van de organisatie vereist dan de Belgische tegenhanger. Maar de meerderheid ging niet zover de «rechtspersoon» in art. 140 aan civielrechtelijke eisen te willen toetsen, hoezeer dat ook wellicht door de wetgeschiedenis geïndiceerd lijkt. Volgens deze meerderheid mag het strafrecht zich in dit verband, gezien de relatieve autonomie die het tegenover andere rechtsgebieden bezit en het eigen karakter van de problemen waarmee het wordt geconfronteerd, een zekere vrijheid veroorloven. Het aanleggen van civielrechtelijke maatstaven zou i.c. met zich mee kunnen brengen dat er m.b.t. de organisaties waarvan hier sprake is, bij gebreke aan een geoorloofde oorzaak, niet eens een «rechtspersoon» zou kunnen bestaan. Omdat de deelnemingsregeling in het Nederlandse strafrecht klaarblijkelijk een ruimere werkingssfeer heeft dan de Belgische, bestaat in de praktijk in Nederland geen grote behoefte om van art. 140 Sr. gebruik te maken. In het bijzonder zal er in het Nederlandse strafrecht van medeplegen sprake kunnen zijn als tussen de betrokkenen een zekere mate van organisatie bestaat. Tevens kent het Nederlandse strafrecht in art. 51 Sr. de mogelijkheid van daderschap van de rechtspersoon en een daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van particulieren, waardoor wellicht minder praktische behoefte aan een bepaling als art. 140 Sr. bestaat. Toch spraken enige deelnemers er hun verbazing over uit dat een artikel met een dergelijke uitgebreide werkingssfeer nog niet vaker is toegepast. Tijdens de vergadering bleek overigens dat binnen afzienbare tijd enige vervolgingen op grond van art. 140 Sr. plaats zouden kunnen vinden.

4. Verdient het aanbeveling strafbaar te stellen, zoals in België is geschied bij de wet van 7 juli 1875, degene die een aanbod of voorstel doet een ernstig misdrijf te plegen alsmede degenen die een dergelijk aanbod of voorstel aanneemt?

In deze formulering is dit vraagpunt alleen voor de Nederlandse afdeling van belang. In de vergadering werd gewezen op de mogelijkheden die art. 133 en art. 134bis Sr.

hier wellicht bieden. In België blijkt de genoemde wet in de praktijk niet te worden toegepast.

5. Verdient het aanbeveling, aan de delictsomschrijving van samenspanning als wettelijk bestanddeel het vereiste toe te voegen dat op het aangaan van de overeenkomst nog een daad van de verdachte ter voorbereiding van het voorgenomen misdrijf is gevolgd?

8. Verdient het aanbeveling, de strafbaarheid van samenspanning op nog meer ernstige delicten te betrekken, zoals bijvoorbeeld de handel in verdovende middelen, of deze nog verder uit te breiden door de algemene strafbaarstelling van samenspanning tot enig misdrijf?

Voor het bewijs van de samenspanning zal men in de praktijk dikwijls moeten steunen op uitspraken van de samenspanners zelve. Deze afhankelijkheid bergt het gevaar in zich dat de politie, het belang van zulke uitspraken beëffend, gaat trachten op heimelijke wijze in het complot te infiltreren om aldus het nodige bewijsmateriaal te verzamelen.

Het gevaarlijk element ligt bij de samenspanning in het zich wederzijds verbonden hebben tot een strafbaar feit. Als zodanig is de samenspanning een specificum van de voorbereiding.

Een algemene uitbreiding van de strafbaarheid van de samenspanning achtte de vergadering ongewenst. Verruiming van de werkingssfeer van de samenspanning dient volgens de vergadering beperkt te blijven tot speciale door de wetgever aan te wijzen delicten. Een ruime meerderheid verlangde bovendien m.b.t. deze verruimde samenspanning dat enigerlei voorbereidingshandeling wordt gepleegd.

6. Verdient het aanbeveling aan de regeling van de strafbaarheid van samenspanning een bepaling toe te voegen volgens welke degene die vrijwillig tijdig de gesloten overeenkomst heeft opgezegd of daarvan aangifte heeft gedaan, of van het plegen van het voorgenomen feit heeft afgezien, of de voltooiing ervan heeft verhinderd of gepoogd heeft deze te verhinderen, wordt beloond met niet-vervolgbaarheid of niet-strafbaarheid?

De vergadering achtte het wenselijk dat de bevrijdende werking van de vrijwillige terugtred ook bij de samenspanning zou worden erkend. Het verbinden van dit effect aan de vrijwillige terugtred kan men als correctief beschouwen voor het via de samenspanningsregeling vervroegen van de strafbaarheidsgrens.

De vergadering was unaniem van mening dat een dergelijk correctief ten goede moet komen aan de samenspanner die zich nog voor het begin van uitvoering van het gronddelict tot de autoriteiten wendt of anderszins het beraamde grondfeit verhindert. Over verdere uitbreiding van deze regeling bestond geen eenstemmigheid. Overigens werd gerefereerd aan art. 6 van de Belgische wet tegen de verdovende middelen, dat een soortgelijke immuniteit kent na voltrokken misdrijf, die evenwel in de praktijk niet bevredigend blijkt te werken.

De vrijwillige terugtred zou zowel naar Belgisch als naar Nederlands recht als een vervolgingsuitsluitingsgrond zijn te beschouwen.

7. Verdient het aanbeveling, het doen van een voorstel om te komen tot een (strafbare) samenspanning strafbaar te stellen?

De vergadering meent unaniem dat het doen van een dergelijk voorstel geen steun verdient.

10. Beschikt de politie, of dient zij te beschikken, over de bevoegdheid om m.b.t. degene die een niet-strafbare voorbereidingshandeling tot het plegen van een strafbaar feit verricht, in te grijpen?

In de discussie kwamen de politieke bevoegdheden in het kader van het administratieve toezicht aan de orde. Van Nederlandse zijde werd gewezen op de mogelijkheden tot ingrijpen die art. 28 PolW, art. 28 WVV en verschillende andere bijzondere wetten bieden. De bevoegdheden van de politie op administratief vlak bleken in België grotendeels te berusten op decreten die nog dateren uit de tijd van de Franse revolutie. Uitbreiding van dergelijke bevoegdheden moet berusten op gebleken maatschappelijke noodzaak. De toe te kennen bevoegdheden zouden nauwkeurig omschreven moeten zijn, evenals de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn wil van die bevoegdheden gebruik gemaakt kunnen worden.

Wegens tijdgebrek kon de discussie over vraagpunt 10 overigens niet worden afgerond.

De vergadering besloot als thema voor volgend jaar voor te stellen de strafbaarheid van leiders, beheerders en zaakvoerders van verenigingen, rechtspersonen of ondernemingen.

A. Machielse

Verslag afdeling Privaatrecht

Onderwerp: het stakingsrecht in de particuliere sector.

Preadviseurs: mr. W. van Eeckhoutte en prof. mr. W.J.P.M. Fase.

Rapporteur: drs. A.T.J.M. Jacobs

De preadviezen zijn gepubliceerd in het *Belgische Tijdschrift voor sociaal recht (Revue de droit social)*, 1982, 241-320.

Vraagpunt 1 (reikwijdte stakingsrecht): Behoort de erkenning van een stakingsrecht beperkt te blijven tot het neerleggen van het werk als zodanig (de passieve variant) of houdt de erkenning een legitimering in van het stakingsfenomeen in zijn totaliteit (de actieve variant), zodat het collectief van stakers vrij is aan de collectieve actie de vorm te geven, die het verkiest?

Vraagpunt 1, zo bleek uit de bespreking in de sectie, werd ingegeven door een belangrijk Belgisch stakingsarrest van 21 december 1981, waarin voor het eerst de hoogste Belgische rechter dicht bij een erkenning van het recht van staking is gekomen. In België geldt geen enkele wets- of verdragsbepaling, die het recht tot staken uitdrukkelijk erkent. Dit in tegenstelling tot Nederland, waar met name door ratificatie van het E.S.H. het recht van staking deel van de rechtsorde is geworden. België heeft het E.S.H. nog niet geratificeerd.

Om die reden nu wordt in België dit cassatiearrest van vorig jaar december helemaal uitgespeld om te zien in hoeverre België nu zijn erkenning van het stakingsrecht van de hoogste rechter zou hebben gekregen.

De heer Van Eeckhoutte heeft daar in zijn preadvies op pag. 253-256 beschouwingen aan gewijd en deze ook nog eens toegelicht in de sectie.

Kernpunt daarvan is, dat het Belgisch Hof van Cassatie

niet zonder omwegen een recht tot staking erkend heeft. Het arrest spreekt van een «recht om de bedongen arbeid wegens staking niet te verrichten», welk recht gevonden is door een redenering vanuit een uit 1948 daterende Belgische wet, de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd. Die wet geeft een opsomming van werkzaamheden tot het verrichten waarvan stakende arbeiders kunnen worden verplicht en door een soort a-contrario-redenering construeert het Hof van Cassatie daar nu uit, dat er in al die gevallen waarin arbeiders niet tot bepaalde werkzaamheden kunnen worden verplicht, dus in beginsel een recht is om de «bedongen arbeid wegens staking niet te verrichten».

De preadviseur zou liever gezien hebben, dat het Hof van Cassatie het «recht tot staking» meer rechtstreeks zou hebben erkend. Volgens hem wordt in de formulering van het Hof van Cassatie slechts «de passieve variant» van het stakingsverschijnsel gelegitimeerd (de arbeiders worden louter gevrijwaard van civielrechtelijke consequenties van het niet verrichten van de bedongen arbeid). Een regelrechte erkenning van het recht tot staken zou ook de «actieve variant» van het stakingsfenomeen gelegitimeerd hebben, dat wil zeggen de stakende werknemer ook geïmmuniseerd hebben tegen een mogelijke aansprakelijkheid wegens het druk uitoefenen op zijn medewerkers, e.d. Aldus de visie van de preadviseur.

Uit de discussie in de sectie bleek, dat met name de Belgische deelnemers niet allen deze visie deelden. Men vroeg zich af, of de preadviseur niet te veel achter de redeneertrant van het Hof van Cassatie zoekt.

Voor de Nederlandse deelnemers vormde het eerste vraagpunt aanleiding om zich meteen toe te wenden naar de rechtmatigheid van zekere bijverschijnselen van de werkstaking, zoals het posten (picketten) en de poortblokkade. De Nederlandse preadviseur Fase schetste hoe in diverse uitspraken van rechters-in-kort-geding van de afgelopen jaren niet alleen consequent de poortblokkade onrechtmatig werd geacht, maar ook zelfs minder belemmerende vormen van posten zulk een veroordeling ondergingen.

In België daarentegen worden stakingsposten in de regel als rechtmatig beschouwd. Vroeger zag men ze wel aan als inbreuken op de «vrijheid van arbeid» van de werkwilligen (art. 310 Sw.), maar sinds 1921 is dit niet meer het geval.

Een van de Belgische deelnemers hield in dat kader de vergadering voor, dat men in België in de vorige eeuw slechte ervaringen had gehad met dit art. 310, dat werd aangegrepen om telkens weer tegen de stakers op te treden. Het is nu eenmaal inherent aan het stakingsfenomeen, dat zekere «bijverschijnselen» optreden en deze spreker zou die rechtmatig willen achten, tenzij met geweldpleging e.d. grenzen worden overschreden. Algemeen leefde in de vergadering het gevoel, dat het in ieder geval beter is, wanneer de politie zich niet met dergelijke bijverschijnselen hoeft te bemoeien, omdat zulks escalerend kan werken.

De Nederlandse preadviseur wees er nog op, dat in de over het algemeen negatieve Nederlandse rechtspraak met betrekking tot poortblokkades mogelijk een uitzondering wordt gemaakt ten aanzien van een poortblokkade die nodig is om de stakende werknemers de gelegenheid te bieden om in het belang van de veiligheid van het bedrijf het produktieproces rustig af te kunnen regelen.

De preadviseur stelde daarbij de vraag, wie zou moeten uitmaken of zo'n type poortblokkade plaats zou moeten

vinden, de ondernemer, de vakbond, de burgemeester?

Zelf was de preadviseur van oordeel, dat dit in overleg tussen vakbond en ondernemer geregeld zou moeten worden. Vanuit de vergadering werd erop gewezen, dat een en ander ook op last van de Arbeidsinspectie kan geschieden.

In België lijkt men dit probleem meester te zijn op basis van de al eerder genoemde Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd van 1948, die als gezegd voorzieningen bevat, volgens welke stakende arbeiders nog tot het verrichten van bepaalde werkzaamheden kunnen worden verplicht.

Dan kwam nog de vraag aan de orde, aan wie eventueel een vordering ten aanzien van hinder door stakingsposten of poortblokkades toewijsbaar zou zijn. Aan de gehinderde werkwillige werknemer, zeker, maar ook aan de werkgever? Uit de vergadering kwam een bevestigend antwoord wat dit laatste betreft, omdat de stakers het tenslotte niet gemunt hebben op hun collega's, maar zich tegen de werkgever richten.

Algemeen was in de vergadering trouwens het gevoelen, dat ook als «bijverschijnselen» van een staking door de rechter onrechtmatig worden geacht, dit nog niets zegt over het al dan niet geoorloofd zijn van de staking zelf. Dit zijn twee geheel los van elkaar te beantwoorden vragen.

Vervolgens kwam de vergadering te spreken over bepaalde vormen van collectieve actie, zoals de stiptheidsactie of de langzaam-actie. Moeten zij volgens dezelfde normen rechtmatig of onrechtmatig worden geacht als de staking? Beide preadviseurs brachten naar voren, dat zowel in Nederland als in België de rechtspraak ze over het algemeen onrechtmatig acht.

In Nederland vooral, omdat men het unfair acht om de werkgever schade toe te brengen, maar daarenboven dan toch ook nog loondoorbetaling te genieten. In België speelt ook het aansprakelijkheidsbeperkende artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet een rol. Beide preadviseurs en ook diverse woordvoerders ter sectievergadering zouden er wel voor voelen om dit soort acties volgens dezelfde rechtmatigheidscriteria te beoordelen als de staking («waarom het meerdere toestaan en het mindere verbieden?»), mits dan de loondoorbetalingsverplichting geheel of ten dele geschorst zou kunnen worden.

Wel werd onderkend, dat een en ander bewijsrechtelijk wel eens moeilijk zou kunnen liggen en dat een verminderde loonbetaling wel een arbeidsrechtelijk novum is («de te langzaam werkende, want te luie typiste, kun je toch ook niet minder loon betalen»).

Dan kwam aan de orde de selectieve staking. De Nederlandse preadviseur had op zichzelf geen moeilijkheid met de erkenning van de rechtmatigheid daarvan, nu z.i. de rechtspraak ten aanzien van loondoorbetaling aan niet-stakende arbeiders in Nederland wel zo duidelijk is, dat toch het hele loonrisico in dergelijke gevallen bij de werknemers wordt gelegd. Wel meent deze preadviseur, dat daarenboven werkgevers juist voor dergelijke gevallen een recht op uitsluiting moeten hebben.

Vervolgens kwam de vraag aan de orde, of ook het algemeen belang een element mag zijn bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een staking. De Nederlandse preadviseur noemde als voorbeelden acties in de Rotterdamse haven, waardoor de havenpositie geschaad zou kunnen worden, stakingen in de zuivelindustrie, belastend voor het milieu («melk in de goot») en de vuilophaaldienst. Hij was

van oordeel, dat het wel degelijk mogelijk moet zijn, dat het in dergelijke vitale sectoren op grond van het algemeen belang tot stakingsverboden komt. Maar z.i. zou het wél de wetgever moeten zijn, die zou moeten omschrijven, welke die sectoren dan zijn en die daarbij dan tevens een alternatief zou moeten bieden om de werknemers in die sectoren toch een voldoende krachtig recht op collectief onderhandelen te garanderen.

België lijkt ook dit probleem weer meester te kunnen worden op grond van de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd van 1948. Een van de Belgische deelnemers benadrukte, dat men ervoor op moet passen het «algemeen belang» te snel en te geïsoleerd in te roepen. Men moet het in zijn sociale en historische context plaatsen.

Vervolgens kwam aan de orde, de vraag of ook de kwestie of het een door vakbonden georganiseerde staking betreft, dan wel het om een wilde staking gaat, een element van de rechtmatigheidsvraag van een staking kan zijn.

Daarmee zijn wij beland bij het tweede vraagpunt.

Vraagpunt 2 (benadering van het stakingsrecht): Welke benadering van het stakingsrecht geniet de voorkeur, de Belgische opvatting, die de werkstaking vanuit de stakers benadert, dan wel de Nederlandse, waarin de rol van de vakbond meer centraal staat?

De Nederlandse preadviseur zette uiteen, hoe eind zestiger/begin zeventiger jaren in Nederland sterk de opvatting opgeld deed, als zou het vooral de door de vakbonden georganiseerde staking zijn, die voor in-beginsel-rechtmatigheid in aanmerking kwam. Ten aanzien van wilde stakingen zag men dit minder zitten.

Spreker daarentegen is van oordeel, dat men op twee gronden de rechtmatigheid van georganiseerde stakingen en van wilde stakingen over één kam moet scheren. Eerstens is daar art. 6, 4e lid, van het E.S.H., dat geen onderscheid maakt. Tweedens zegt het Nederlandse CAO-recht, dat ongeorganiseerden het recht hebben om arbeidsvoorwaarden te bedingen, die afwijken van die van de onder een CAO vallende georganiseerden en bijgevolg moet men dan ook die ongeorganiseerden een stakingsrecht toekennen. In België bestond weliswaar een traditie om de individuele werknemers te zien als titularis van het stakingsrecht, maar de lagere rechtspraak had toch overwegend de houding aangenomen om een staking pas rechtmatig te achten, als die georganiseerd is door een van de drie representatieve vakorganisaties. Men baseerde die houding op bepaalde aspecten van het Belgische sociale-zekerheidsrecht.

In het al eerder genoemde cassatiearrest van 21 december 1981 heeft het Hof echter een ander standpunt ingenomen: wat betreft de rechtmatigheid wordt geen onderscheid gemaakt tussen een georganiseerde en een wilde staking.

Naar een van de Belgische deelnemers mededeelde, is deze benadering een late weerklank van de crisis in de Belgische arbeidsverhoudingen ca. 1970, toen de werknemers in enkele grote arbeidsconflicten geheel onafhankelijk van de drie erkende vakcentrales overgingen tot een reeks van wilde stakingen.

Deze jongste rechtspraak verradt iets van een partijkeuze van de rechter ten behoeve van de individuele werknemer ten opzichte van de grootte der vakbondsmacht.

Het Belgische stakingsrecht had echter ook al voor 1981 een sterk individualistische inslag in die voege, dat de rechtmatigheid van stakingen eigenlijk alleen achteraf in

individuele gedingen tussen werkgevers en arbeiders naar voren komt.

Meer collectieve geschillen, in dier voege dat vakbonden wegens de organisatie van stakingen voor de rechter worden gedaagd, kent het Belgische arbeidsrecht niet. Hier ligt een wezenlijk verschil met het Nederlandse stakingsrecht, waarin individuele gedingen tussen werkgevers en arbeiders schaars zijn, terwijl juist de processen tussen werkgevers en vakbonden het meeste belang hebben.

Vanwaar dit kardinale verschilpunt?

In België bezitten de vakbonden geen volledige rechtspersoonlijkheid. Het zijn de facto bestaande organisaties. Slechts ten aanzien van specifieke maatschappelijke taken hebben zij zichzelf of heeft de wetgever hen een functionele rechtsbevoegdheid gegeven. Dat betekent, dat het niet mogelijk is om een vakbond wegens organisatie van een staking voor de rechter te dagen.

De arbeidsgerechten verklaren zichzelf onbevoegd, omdat zij slechts kennis mogen nemen van individuele geschillen. De gewone rechter zou zich volgens enkele Belgische deelnemers in theorie wél bevoegd kunnen verklaren, maar in feite is het daar nog nooit van gekomen. De vergadering begreep, dat het zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn, weswege het Belgische recht op dit punt zich zo voordeet en dat het onwaarschijnlijk is, dat men daar vooralsnog verandering in zal brengen. Ook is daar nog art. 4 van de CAO-wet van 1968, die uitsluit, dat vakbonden wegens niet-nakoming van de CAO aansprakelijk worden gesteld, voor zover de CAO-partijen dit niet zelf hebben afgesproken.

Toch zetten vooral de Nederlandse deelnemers veel vraagtekens bij deze stand van zaken. Volgens hen behoort er geen bezwaar te bestaan tegen het aannemen van rechtspersoonlijkheid door de bonden. In Nederland is dit laatste dan ook de gewoonte.

Een Belgische deelnemer verklaarde de Belgische situatie met een verwijzing naar de ideologie van de vakcentrales, die de huidige maatschappelijke orde niet accepteren en mitsdien ook niet een rechtspersoonlijkheid, die een uitvloeisel van die rechtsorde is. In de Belgische geschiedenis is de kwestie van het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid lange tijd als een gunst van de overheid gezien. En nu nog is het zo, dat België niet over de gehele linie het systeem van een automatisch verworven rechtspersoonlijkheid kent gelijk Nederland en Frankrijk. In België moet men expliciet om rechtspersoonlijkheid vragen en dat doen de bonden op voornoemde gronden niet.

Sommige Nederlandse deelnemers bleven de Belgische situatie in dezen als inconsequent aanmerken; andere Nederlandse deelnemers hadden begrip voor de houding van de Belgische bonden.

Een Belgische deelnemer schetste de Belgische situatie af als een delicaat evenwicht tussen feitelijkheid en wettelijkheid, die ook berust op een historisch gegroeide verwevenheid tussen vakbonden en politiek. Alle pogingen in het verleden om die verhoudingen anders te regelen, ja zelfs om ze überhaupt te regelen, zijn vastgelopen. Intussen zorgt die Belgische houding wel voor dit levensgrote verschil tussen het Belgische en Nederlandse stakingsrecht: de in Nederland herhaaldelijk voorkomende korte gedingen waarbij werkgevers de rechtbankpresident vragen om een stakingsverbod op straffe van een forse dwangsom, zijn in België

onbekend. In Nederland zijn ook, anders dan in België, acties van derden, die zich in hun belangen door een staking geraakt voelen, tegen de bonden mogelijk, al komen zij niet veel voor.

Enkele Nederlandse deelnemers aan de discussie oordeelden positief over de terughoudendheid die aldus in het Belgische recht door de rechter in acht genomen wordt. Churchill werd geciteerd, die eens gezegd heeft dat het nóch goed is voor de rechtbanken nóch voor de vakbonden, dat rechters zich met arbeidsgeschillen bezighouden.

Van Belgische zijde werd geïnformeerd hoe in Nederland juist die meer actieve betrokkenheid van de rechter bij de uitoefening van het stakingsrecht wordt ervaren.

Volgens sommige Nederlandse deelnemers moet men die betrokkenheid van de Nederlandse rechter ook weer niet overschatten. Zij is de laatste jaren steeds meer gereduceerd tot een toetsing, niet van het doel van de staking, maar van de vraag of zekere spelregels van zorgvuldig verkeer wel voldoende in acht genomen zijn. Andere Nederlandse deelnemers vatten de betrokkenheid van de Nederlandse rechter toch wel weidser op.

Van Nederlandse zijde gaf men duidelijk te verstaan, dat een zó verregaande toekenning van immuniteiten aan de vakbonden als men in België kent, in de Nederlandse politieke situatie onvoorstelbaar is.

Kijkend naar *vraagpunt 3* (aansprakelijkheid organisaties): In welke mate behoort er aansprakelijkheid van vakorganisaties voor steun of leiding aan stakingen te bestaan? Verdient het in dit verband aanbeveling, dat in het Belgische recht aan vakorganisaties volledige rechtspersoonlijkheid wordt toegekend ten einde het gebruik van het stakingsrecht vanuit het aansprakelijkheidsrecht te reguleren?

Concludeerde de voorzitter dan ook, dat het geen zin heeft de vraag te stellen naar de voorkeur tussen het Belgische systeem, waarin de vakbonden praktisch immuun zijn en het Nederlandse stelsel van een actieve toetsingsrol van de rechter door verbodsacties tegen de bonden. In beide landen zijn deze systemen te diep ingeworteld dan dat zij veranderd kunnen worden.

Zelfs een suggestie van de Nederlandse preadviseur, dat men in Nederland wellicht eens zou kunnen overwegen of er geen wettelijke beperking gesteld zou kunnen worden aan de hoogte van het bedrag, waarvoor vakbonden aansprakelijk kunnen worden gesteld, wanneer zij onrechtmatig een staking organiseren, vond geen weerklank bij de Nederlandse deelnemers. Weliswaar werd erkend, dat in de huidige economische situatie de kans groter wordt, dat men in rechtsgedingen tegen de bonden gaat proberen aan schadevorderingen binnen te halen wat er binnen te halen valt (denk aan curatoren in faillissementen). Toch vond men in meerderheid, dat de beperking van de aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid van de bonden zou kunnen aantasten en werd deswege deze suggestie verworpen.

Vervolgens belandde men bij het vierde vraagpunt, dat ook weer doortrokken is van het wezensverschil tussen het Nederlandse en het Belgische rechtstelsel, dat al bij het derde vraagpunt naar voren kwam.

Vraagpunt 4 (CAO en stakingsrecht): In art. 6, vierde lid, van het Europees Sociaal Handvest ligt opgesloten een recht op collectieve actie, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder aangegane collectieve arbeidsover-

eenkomsten. Aannemende dat ook België het handvest zou bekrachtigen, is het dan aanvaardbaar, dat door een verschillend CAO-systeem ook een verschillend stakingsrecht in België en Nederland bestaat?

In beide landen wordt erkend, dat de CAO een vredesplicht inhoudt. In België heeft die erkenning echter weinig materiële inhoud, omdat de bonden toch niet aansprakelijk gesteld kunnen worden, wanneer zij in strijd met de CAO handelen, tenzij ze een dergelijke aansprakelijkheid zelf op zich genomen hebben (art. 4 Belgische CAO-wet). Daarenboven heeft nu ook het Hof van Cassatie in zijn reeds genoemde arrest van 12 december 1981 uitgesproken, dat ook de individuele leden niet aan een in de CAO vervatte vredesplicht gebonden zijn.

In Nederland liggen die zaken weer wezenlijk anders. Algemeen wordt aanvaard, dat de bonden zeer wel in rechte aan de vredesplicht van de CAO gehouden kunnen worden en hetzelfde wordt doorgetrokken ten aanzien van de individuele werknemers, die lid zijn van een CAO-partij.

Zelfs ten aanzien van werknemers niet-lid zijnde van een CAO-partij heeft een rechter al eens de binding aan een CAO-vredesplicht uitgesproken, maar de Nederlandse preadviseur oordeelt dit in strijd met het systeem van het Nederlandse CAO-recht.

De Belgische preadviseur vroeg zich nog wel af, in hoeverre een ratificatie van het E.S.H. door België zou kunnen betekenen dat men in België niet meer vast kan houden aan deze ongebondenheid van de individuele werknemers aan een CAO-vredesplicht. Een Belgische deelnemer was echter van oordeel, dat het stakingsrecht voor de individuele werknemers een onvervreemdbaar sociaal grondrecht is. Van Nederlandse zijde werd daartegenover gesteld, dat grondrechten toch ook aan beperkingen onderhevig zijn. En zeker ten aanzien van hun eigen leden moeten de CAO-partijen over de uitoefening van de grondrechten kunnen beschikken.

Van Belgische zijde werd daar weer tegenover gesteld, dat deze gedachte niet past in het Belgische systeem van CAO- en stakingsrecht, waarin — als gesteld — het individu de titularis van het stakingsrecht is en hij zich niet aan een obligatorische vredesplichtbepaling gebonden hoeft te weten. Trouwens: grondrechten mogen wel beperkt worden, doch niet in essentie worden aangetast.

In dit verband rees nog de vraag welke beperkingen van het stakingsrecht het E.S.H. toestaat. De tekst lijkt erg ruim gesteld te zijn. Ook werd de vraag opgeworpen of de E.S.H.-term, dat beperkingen bij «wet» kunnen worden aangebracht, ziet op wetten in formele, dan wel in materiële zin.

In het laatste geval zouden ook beperkingen, vervat in een loonmaatregel of in het jurisprudentiële stakingsrecht geoorloofd zijn.

Hierover sprekend kwam naar voren dat een autoritieve interpretatie van het E.S.H. moeilijk te vinden is. Ook is onzeker, of het stakingsrecht van het E.S.H. wel rechtstreeks werkt.

Als dat laatste zo zou zijn komt zelfs het voorbehoud van de overheidsdienst, dat Nederland bij ratificatie van art. 6, 4e lid, heeft gemaakt, op de tocht te staan aangezien het twijfelachtig is of een land een E.S.H.-bepaling onder voorbehoud mag ratificeren.

Vraagpunt 5 (werkstaking en werkwilligen): Is het Nederlands model (al dan niet gemodificeerd) voor de bepaling van de loonaanspraak van werkwilligen een te overwegen benadering van dit vraagstuk in het Belgisch rechtssysteem?

Bij dit vraagpunt kwam allereerst aan de orde, dat de positie van de werkwilligen ook beïnvloed wordt door de vraag op welke wijze de besluitvorming over de staking heeft plaatsgevonden. Bestond er onder de betrokken werknemers een grote meerderheid voor staking? Zijn de interne vakbondsreglementen omtrent de besluitvorming dienangaande nageleefd?

Geconstateerd werd, dat in Nederland de rechters zich ten deze zeer terughoudend opstellen om zich niet in de interne vakbondszaken te mengen. De bij staking in acht te nemen besluitvormingsregels strekken immers niet tot bescherming van de bestaakte tegenpartij. Vervolgens stelden de preadviseurs nog eens duidelijk de dogmatisch verschillende wijzen van benadering van de problematiek van de loonaanspraak van werkwilligen in België en Nederland aan de orde. In België zit men nog op de klassieke overmachtsleer. Als de werkgever door een staking waar hij niets aan kan doen, geen werk kan geven, dan is hij ook geen loonbetaling schuldig. Bovendien schrijft de wet voor dat voor de eerste stakingsdag nooit loon verschuldigd is. In Nederland is men zes jaar geleden in een HR-arrest (het derde Schelde-arrest) overgestapt op een risico-leer. Daarin worden twee uiterste types onderscheiden:

- de door de vakbonden georganiseerde arbeidsvoorwaardenstaking, welke het gehele personeel aangaat. Hier wordt het loonrisico bij de werknemers gelegd: geen loonaanspraak voor werkwilligen;

- de door een kleine minderheid op touw gezette wilde staking, waar de meeste werknemers buiten staan. Loonrisico bij de werkgever: werkwilligen hebben aanspraak op doorbetaling loon.

Volgens diverse Nederlandse deelnemers is het Nederlandse stelsel gebrekkig. Uit schaarse jurisprudentie komt geen vaste lijn naar voren. Wat is rechtens in alle tussenliggende situaties. Er is eigenlijk sprake van een opgelegde solidariteit. Van de andere kant vond men toch ook de Belgische overmacht-benadering niet ideaal. Enkele sprekers probeerden of vanuit erg materieel verstande figuren van zaakwaarneming of vertegenwoordiging een aanvaardbaarder oplossing te bereiken zou zijn.

Uit de verdere discussie bleek, dat in beide landen dit een uiterst gevoelig, sociaal-politiek beladen onderwerp is, waarin ook de sociale zekerheid nog een rol speelt. In België is het een door de sociale partners bemand Beheerscomité van de Rijksdienst voor de Arbeidsvoorziening, die bekijkt of er aanspraak bestaat op sociale zekerheid en zulks doet volgens het criterium of de werkwilligen gerekend kunnen worden te behoren tot de groep der stakers. Zo nee, aanspraak op uitkering; zo ja (en dan wordt niet gekeken of men feitelijk voor of tegen de staking was) dan geen uitkering. De sociale partners houden deze systematiek zelfs in schijnbaar paradoxale situaties strak overeind.

Het is niet te verwachten dat zij er behoefte aan zullen hebben om met een ander systeem van benadering van de loonaanspraak daaraan te morrelen. Overigens zijn er in België de laatste jaren geen uitspraken over dergelijke loonaanspraken geweest.

De vergadering onderkende, dat het in talloze gevallen ook niet tot dergelijke rechtsgeschillen komt al was men zich ervan bewust dat men het probleem ook niet mag bagatelliseren.

Vooraf bij selectieve stakingen en stakingen waardoor werknemers elders in het bedrijfsleven worden getroffen door een staking bij een vitale industrie kan het probleem toch grote proporties aannemen.

In dat kader werd weer gewezen op het verband met de uitsluiting. In België is de uitsluiting onlangs nog weer eens toegepast en in een recente uitspraak van een lagere rechter gesanctioneerd. In Nederland is de uitsluiting na de Tweede Wereldoorlog niet meer toegepast maar is het bestaansrecht ervan nooit principieel ontkend.

Door de strekking van het derde Schelde-arrest is wel de aanleiding om deze zaak te regelen wat minder accuraat geworden.

Vraagpunt 6 (werkstaking en rechter): Verdient een jurisprudentieel stakingsrecht de voorkeur boven een wettelijke regeling?

Uit de discussie bleek, dat men zich ten deze zowel in Nederland als in België voor een dilemma geplaatst ziet.

Enerzijds klagen de rechters over het feit, dat de wetgever iedere regelgeving op dit stuk nalaat, waardoor zij zich in een juridische leemte bevinden, zelf de normen moeten opstellen en zich daartoe vaak niet geëquipeerd achten.

De beide preadviseurs illustreerden dit met uitspraken van de president van de Groningse rechtbank en van de Belgische advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie.

Sommigen dachten, dat in Nederland toch ook een wetgeving als bijv. de Amerikaanse Taft-Hartley-wet mogelijk zou moeten zijn. Van de andere kant realiseerde men zich dat er van de wetgever toch geen actie te verwachten valt. In Nederland heeft er dienaangaande ooit een moment van consensus bestaan (eind zestiger jaren) maar daar is men door allerlei omstandigheden weer van weggegroeid. De rechters hebben echter toch deze consensus tot leidraad van de moderne stakingsrecht-jurisprudentie gekozen, zodat sommigen de vraag stelden of de wetgever nog met iets beters zou kunnen komen dan de situatie die nu al bestaat.

Anderen daarentegen vonden, dat de rechter weliswaar bij uitstek geschikt is om de spelregels voor de staking te toetsen, maar niet om dergelijke spelregels zelf te ontwerpen.

Wél werd er nog aan herinnerd, dat er nog steeds in het Nederlandse parlement een ontwerp voor nieuwe wettelijke procedures van verzoening, bemiddeling en arbitrage in collectieve arbeidsconflicten ligt, dat alsnog doorgezet zou kunnen worden.

A.T.J.M. Jacobs

WETGEVING

De andermaal gewijzigde reglementering inzake etikettering van en reclame voor tabak

Reeds driemaal kwamen in deze kolommen (*R.W.*, 1979-80, 1147-1158; 1980-81, 2544; 1981-82, 1148) de nieuwe

K.B.'s van 28 december 1979 en 5 maart 1980 betreffende tabak ter sprake. Het eerste besluit, betreffende het fabriceren en in de handel brengen van tabakswaaren werd eenmaal, het tweede besluit, betreffende de reclame voor deze produkten, tweemaal gewijzigd.

Op gevaar af beschuldigd te worden van leedvermaak over de onhandigheid waarmee de Belgische overheid probeert de reclame voor tabak, in het (vermeende) belang van de volksgezondheid aan banden te leggen, dien ik aan het feuilleton een nieuwe aflevering toe te voegen. Op 31 december 1982, midden in de talloze volmachtsbesluiten, verschenen het K.B. van 20 december 1982 tot wijziging van het K.B. van 28 december 1979 betreffende het fabriceren en het in de handel brengen van tabak, produkten op basis van tabak en soortgelijke produkten en een K.B. van dezelfde datum betreffende de reclame voor tabak, voor produkten op basis van tabak en voor soortgelijke produkten, dat het K.B. 5 maart 1980, als gewijzigd, opheft en vervangt door een op bepaalde punten vrij ingrijpend gewijzigde regeling.

Samenstelling en etikettering

Het eerste K.B. van 20 december 1982 wijzigt slechts op enkele punten het K.B. van 28 december 1979. In de eerste plaats worden «Produkten op basis van tabak» en «Tabak-surrogaten» enigszins geherdefinieerd (80 % i.p.v. 75 % Nicotiana Tabacum L-blad) en wordt het fabriceren en in de handel brengen van sigaren, sigaretten, sigarillo's, rook-, pruim- of snuiftabak die geen 80 % bestanddelen tabakblad bevatten, verboden. Verder wordt er een nieuw element aan de lijst van gereguleerde produkten (tabak, produkten op basis van tabak, tabaksurrogaten, hulponderdelen) toegevoegd, m.n. de «vervangmiddelen voor tabak»: plant-aardige produkten, die geen bladeren van de Nicotiana Tabacum L-plant zijn, die in de plaats ervan kunnen worden gebruikt en die toegelaten zijn overeenkomstig bijlage 1.1. bij het K.B.

De nieuwe categorie «vervangmiddelen» is o.m. van belang m.b.t. de etiketteringverplichting. Alle produkten op basis van tabak (sigaretten, sigaren, sigarillo's e.d.) dienen niet meer alleen in de taal van de streek de waarschuwing «Tabak schaadt de gezondheid» alsmede de fabricagedatum (maand en jaar; eventueel in code of lotnummer) te vermelden, maar nu ook het gehalte aan vervangmiddelen voor tabak indien deze aanwezig zijn (gehalte dat, wegens een hierboven geciteerde nieuwe bepaling, maximaal 20 % kan bedragen). Pro memorie zij herhaald dat voor sigaretten ook het gehalte aan nicotine en teer dient te worden vermeld.

Een andere wijziging inzake de etikettering, en meteen de laatste wijziging gebracht aan het K.B. 28 december 1979, is een versoepeling van de waarschuwingsplicht bij etikettering van sigaren, sigarillo's, rook-, snuif- en pruimtabak. In tegenstelling tot wat nu nog voor sigaretten geldt, mag bij de andere «produkten op basis van tabak» de waarschuwing «Tabak schaadt de gezondheid» niet alleen op de verpakkingen of recipiënten, maar ook op een bijsluitende of op de tabaksband worden aangebracht. Indien de waarschuwing op de tabaksband wordt aangebracht, volstaat de verkorte waarschuwing «tabak schaadt». In de vorige versie van het besluit was deze verkorte vermelding verplicht

naast de verplichte vermelding, op de verpakking of het recipiënt, van het hele zinnetje.

Wat de inwerkingtreding van deze reglementering betreft mag worden opgemerkt dat het K.B. 28 december 1979 inmiddels op één punt na (het verbod van automatische verdeling: datum van inwerkingtreding: 15 maart 1983; zie art. 9) geheel inwerking is getreden en dat de door het K.B. 20 december 1982 aangebrachte wijzigingen, aangezien dit K.B. geen datum vermeldt, tien dagen na de publikatie, d.i. op 10 januari 1983, van kracht is geworden.

Reclame

Het tweede K.B. van 20 december 1982 vervangt de regeling uit het K.B. van 5 maart 1980, dat op bepaalde punten (verbod reclameborden en lichtreclames) nog niet in werking was getreden. Het nieuwe besluit is op 31 december 1982 in werking getreden, behalve wat kranten en tijdschriften betreft, de beperkingen inzake inhoud van de reclame en, wat de reclameborden betreft, de beperkingen van de afmetingen, die op 1 juli 1983 in werking treden (art. 6). Het nieuwe besluit wijkt op de volgende punten van het oude af:

1) De verboden inzake reclamedragers worden gepreciseerd.

a) Zo is het niet meer alleen verboden reclame voor tabak te maken met luchtvaartuigen en vaartuigen maar ook met «andere voertuigen dan voertuigen die aan wedstrijden deelnemen of die uitsluitend dienen voor het vervoer van tabak». Dit is in feite een versoepeling t.a.v. de vroegere regeling, daar voertuigen toen onder de categorie van «aan het tabakverbruik vreemde gebruiksvoorwerpen» vielen. Op dergelijke gebruiksvoorwerpen mocht enkel reclame voor tabak voorkomen in zoverre die voorwerpen als «uitrusting van deelnemers aan sportwedstrijden voorbehouden aan motorvoertuigen» konden worden gekwalificeerd. Nu is het voldoende dat de voertuigen, om onder de uitzondering op het verbod te vallen, dienen om tabak te vervoeren of om aan wedstrijden deel te nemen (bv. wielervedstrijden). Er zullen zeker nog veel «Belga Team»-auto's te bespeuren vallen.

b) Het verbod van reclame in de vorm van films, diapositieven en andere projecten in plaatsen *die toegankelijk zijn voor het publiek* wordt uitgebreid tot films, videocassettes, diapositieven (en waarom niet tot muziekcassettes en grammofoonplaten — het mondeling openbaar aanprijzen blijkt verboden) en *andere projecties*. Dus ook de strikt privé-projecties van videocassettes en films met tabakreclame wordt onmogelijk gemaakt.

c) Het verbod van aanplakking op borden of lichtreclames buiten verkooppunten wordt opgeheven.

d) Op het verbod de merknaam, het merkteken van tabakartikelen of enige andere figuur of vermelding die ermee in verband kan worden gebracht te gebruiken op gebruiksvoorwerpen die niets met het tabakverbruik te maken hebben, wordt niet alleen meer een uitzondering gemaakt voor de uitrusting van deelnemers aan sportwedstrijden alleen voor *motorvoertuigen*, maar ook voor de uitrusting van deelnemers aan alle sportwedstrijden (bv. de hemdjes van wielrenners en voetballers) en van de technische ploeg die hen vergezelt (ook hun auto's? — zie overigens a hierboven).

Nog verboden blijven het gratis aanbieden van tabakprodukten, het uitdelen of ten huize afleveren van afzonderlijke reclamefolders en zelfklevers (zou men geen lege verpakkingen mogen uitdelen?) en de reclame in tijdschriften voor kinderen (mijn kinderen lezen ook de T.V.-weekbladen).

2) Zoals, sinds de wijziging door K.B. 21 januari 1982 al het geval was voor de (toen slechts beperkt toegelaten) reclameborden en lichtreclames, geldt nu voor elke reclame voor tabak de volgende belangrijke inhoudelijke, en m.i. de enige zinvolle, beperking. De reclame mag slechts de volgende elementen bevatten: a) naam en adres van fabrikant, invoerder of verdeler (en waarom niet van alle drie); b) benamingen en aard van de produkten; c) merk en merkteken; d) afbeeldingen van de produkten en van gebruiksvoorwerpen die rechtstreeks met het tabakverbruik te maken hebben; e) de gehalten aan teer en nicotine; f) gegevens over prijs en hoeveelheid.

Bovendien moet de reclame de waarschuwing «Tabak schaadt de gezondheid» bevatten (zie infra). In feite wordt nu de gangbare beeldreclame voor tabak verboden. In kranten en tijdschriften mag die nog wel tot en met 30 juni 1983. En nadien: een zoveelste wijziging of uitstel van inwerkingtreding? Indien niet dan mag men, zoals in Frankrijk, rekenen op de deponering van zeer originele beeldmerken (die toegelaten blijven in de reclame).

3) De volumebeperking van maximum één bladzijde in tijdschriften en een halve bladzijde in kranten (per merk!) blijft gehandhaafd maar daar komt bij voor reclameborden: beperking tot 16 m² per affiche en tot één affiche per gezichtshoek per merk.

4) De verplichte waarschuwingsplicht «Tabak schaadt de gezondheid» wordt nu iet of wat ernstig gemaakt: ze moet nog steeds worden aangebracht in goed leesbare, zwarte lettertekens van ten minste corpus 8 op een witte grond (op een affiche van 16 m² is dat niet goed leesbaar) zonder verborgen, bedekt of onderbroken te worden door een andere vermelding of door een afbeelding. Maar het nieuwe besluit eist ook dat de vermelding *horizontaal* wordt aangebracht, iets wat tot nu toe bijna nooit gebeurde.

J. Stuyck

KANTTEKENINGEN

DE TOEGANG TOT HET RECHT

Dat het veelvuldig klein onrecht ook bestrijding verdient, dringt langzaam aan, maar zeker, door. Denken we maar aan de consument, en dat zijn we allen, die voortdurend verkeerd behandeld wordt door minder scrupuleuze handelaars, fabrikanten of dienstverleners. Wil de consument zich verdedigen, dan moet hij alleen het stilzwijgen, de list, de intimidatie en de bedreiging trotseren. De meeste consumenten hebben noch de zenuwen noch de kracht vereist voor deze strijd en geven zich dan ook geweldloos over. De

toegang tot de rechter en het krijgen van zijn recht, samengevat de toegang tot het recht, is nochtans geen luxe, maar een recht.

Uitmuntende auteurs wijden hun aandacht aan het opzoeken van middelen ter uitbreiding van de toegang tot het recht zoals ze in het buitenland zijn verwezenlijkt (zie b.v. Bourgoignie, Th., Domont-Naert, Fr., en Panier, C., *Rechtshulp aan de consument*, Bruylant-Cabay, 1981). Het vereiste geld ontbreekt voor de verwezenlijking van zoveel goede voorstellen. Het onderzoek keert zich dan naar de vereenvoudiging van de rechtspleging, die niets kost, inzonderheid de vervangingen van de dagvaarding door het verzoekschrift. Wordt het recht daarmee toegankelijker?

Wat kost het deurwaardersexploot vergeleken met het honorarium van de advocaat en van de deskundige of met de uitvoeringskosten? En wie zal dan de deurwaarder vervangen? De advocaat? De rechtzoekende zal hem moeten betalen. De griffier? De belastingbetaler zal ervoor moeten instaan. En zal de post, die voor de postbestelling zorgt, de naleving van de verdedigingsrechten waarborgen? In verband echter met de aldus voor de rechtzoekende erkende faculteit om rechtstreeks de griffier met het opstellen van het verzoekschrift te belasten dienen fundamentele bezwaren te worden geopperd. Vooraf moet worden onderstreept dat hier telkens de griffier van de vrederechter, de rechter van het dagelijks leven, bedoeld wordt. Alleen al wegens de gestadige stijging van het aantal zaken, de vermindering van het aantal griffiers en het ontbreken van aangepaste vorming had de voorgestelde vereenvoudiging het daglicht niet moeten zien. Ze behelst bovendien principiële gevaren. Een verzoekschrift opstellen onderstelt een consultatie, in de keuze van de motieven en van het beschikkende gedeelte, zodat de griffier onvermijdelijk zijn rechter in het gedrang brengt waardoor diens onafhankelijkheid en hun verstandhouding in de verdrukking komen. Die verstandhouding is geen gerechtelijk begrip; ze is evenwel bepalend voor de kwaliteit van de werking van elke instelling. Het wettelijk consultatieverbod (art. 297 Ger. W.) heeft niet afgedaan.

Waarom dan geen ongemotiveerd formulier, uiterste vereenvoudiging, invoeren dat enkel het voorwerp van de vordering vermeldt (bv. ik vorder de ontbinding van de huur)? Verdient een dergelijk formulier een gemotiveerd vonnis? Zo ja, waar zullen de motieven vandaan komen? Uit de verrassingen van het debat of uit de verbeelding van de rechter?

Denkt men derwijze de versnelling van de rechtsbedeling, de kwaliteit van het vonnis, de onafhankelijkheid van de rechter en a fortiori zijn geloofwaardigheid en de voldoening van de rechtzoekende te dienen?

Een bezinning over de toegang tot het recht moet uitgaan van deze werkelijkheid, dat de rol van elk van de vier acteurs van het burgerlijk proces wezenlijk is, en dat elke afdanking slechts leidt tot een herverdeling van de rollen: de dagvaarding bij deurwaardersexploot afschaffen vermindert de waarborgen voor een regelmatig proces en brengt de griffier ertoe een rol van eerste hulpraadgever waar te nemen waardoor de rechter blootgegeven wordt; de rol van de advocaat afschaffen of verminderen door de rechtstreekse toegang tot de rechter via de griffier te verminderen, doet de rechterlijke functie zelf ontaarden. De rechtspraak zonder advocaat tot systeem verheffen, al is

het slechts voor de kruimelzaken, stelt de rechter bloot aan de passies van de partijen en maakt van hem een rechter-advocaat om uit te monden in de rechter-procureur. Rechter en advocaat zijn in ons rechtssysteem de twee onafscheidelijke en wezenlijke pijlers van een deugdelijke rechtspraak, van een geloofwaardig gerecht. Het gerecht is echter slechts geloofwaardig indien het ook toegankelijk is, wat vooralsnog niet kan worden bewezen.

Het echte probleem van de toegang tot het recht is er een van toegang tot de advocaat: hoeveel kost de advocaat en hoe de advocaat te kiezen? Het is om die redenen dat de meerderheid van de rechtzoekenden de bezonnen raad van de advocaat moet ontberen. De markt van de juridische raadpleging is onmetelijk. De balie bewerkt slechts tien procent en de rest wordt overgelaten aan onbevoegde beoefenaars van het recht. De balie zou als eerste objectief de verovering van die markt moeten nastreven door nieuwe methodes, ten einde het monopolie van de consultatie te verdienen. Gewis, het is gemakkelijk gezegd. Maar is de balie geen onuitputtelijk vat van verbeelding? Laat de balie die verbeelding in dienst stellen van de doorzichtigheid van het advocatenkantoor: dat de rechtzoekende weet tot wie zich te wenden en tegen welke prijs, dat parallelle structuren van rechtshulp worden geschapen. Aan de schare jonge advocaten moet de kans geboden worden de rechtzoekenden, de consumenten, vrij en vastberaden te veroveren, ten einde hun de weg naar het advocatenkantoor te leren vinden.

De consumenten veroveren zal de balie bevorderen, de rechter beschermen en het recht vrijwaren tegen avonturen ingegeven door de toegankelijkheid van het recht.

Guy ROMMEL
Vrederechter

TIJDSCHRIFTEN

Vlaams tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1982 nr. 1, september-oktober

J. Petit, De bevoegdheid van de controlerende geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van een werknemer; M. Flamée, Informatiebeheersingsrecht in de geneeskunde en de gezondheidszorg. Een poging tot systematisering; H. Nys en R.-M. T'Jonck, Kroniek van het gezondheidsrecht (wetgeving, rechtspraak, rechtsleer parlementaire vragen en antwoorden, feiten en kronieken, boekbesprekingen, mededelingen); H. Nys, De erkenning van medische specialiteiten en goedkeuring van stageplan (noot bij R.v.St., 1 april 1982, nr. 22.171, inzake Dekeyzer); P. De Vroede, Geneesmiddelen of voedingsadditieven? (noot bij Hof Gent, 23 april 1979); H. Nys, Onwettige uitoefening van de geneeskunde. Geneeskundige handelingen van religieuze aard (noot bij Hof Gent, 29 september 1980).

Ars Aequi, 1982

nr. 9, september

V. Lust, Enkele aspecten van de werking van het Nederlandse strafrecht met betrekking tot Nederlanders in het buitenland; I. Degeling en W. Van Megen, Woningruil; P.B. Van Aurich-Visser en M.A.Th. Eijssen-Aanhaanen, Beloningen bij opsporing van strafbare feiten; Wetgeving; Jurisprudentie; Rechtsvragen.

nr. 10, oktober

H.R. Nieman, Euthanasie en de artt. 293 en 294 Wetboek van Strafrecht; E.H. Pijnacker Kordijk, Vrije beroepen uit de markt geprijsd; O. Holman, De Volkenrechtelijke implicaties van de militaire operatie van de Verenigde Staten in Iran; Jurisprudentie