

«HET RECHT OP DE VRIJE KEUZE VAN BEROEPSARBEID» IN ARTIKEL 23 VAN DE GRONDWET: EEN ULTIEME ERKENNING VAN DE VRIJHEID VAN ARBEID? *

«Le peuple comprit:

Que la liberté est, non pas seulement le *droit*, mais le *pouvoir* accordé à l'homme de développer ses facultés sous l'empire de la justice et la sauvegarde de la loi.»

Louis Blanc [uit: *Le socialisme. Droit au travail*, Parijs, Michel Levy Frères, Librairies-éditeurs, 1848, 11-12].

In het Belgisch Staatsblad werd op 12 februari 1994 de inschrijving van bepaalde economische, sociale en culturele rechten in onze Grondwet afgekondigd.¹

De discussie in het parlement omtrent de inschrijving van die «economische, sociale en culturele rechten» sleepte inmiddels reeds ruim veertig jaar aan.²⁻³

* Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om prof. dr. M. Rigaux, prof. dr. K. Rimanque en prof. dr. A. Van Oevelen te danken voor de nuttige wenken die ik van hen mocht ontvangen. De verantwoordelijkheid voor de gebreken in de tekst is volledig de mijne.

¹ Wijziging van de Grondwet 31 januari 1994, *B.S.*, 12 februari 1994.

² De eerste voorstellen (tot herzieningsverklaring van de Grondwet) om economische, sociale en culturele rechten in de Grondwet in te schrijven dateren van de zittingsjaren 1952-53 en 1953-54 (voorstel PIERSON, M.-A., SPAAK, P.H. en BUSET, M., *Gedr.St., Kamer*, 1952-53, nr. 628; voorstel TERFVE, J., en BLUME-GREGOIRE, I., *Gedr.St., Kamer*, 1952-53, nr. 716; voorstel GLINEUR, H., *Gedr.St., Senaat*, 1953-54, nr. 143; voorstel TROCLET, L.-E., en DEHOUSSE, F., *Gedr.St., Senaat*, 1953-54, nr. 108). Sinds de herzieningsverklaring van de Grondwet van 17 april 1965 werd het mandaat aan de toekomstige constituanten om economische, sociale en culturele rechten in de Grondwet in te schrijven stelselmatig vernieuwd (verklaringen tot herziening van de Grondwet, *B.S.*, 17 april 1965; *B.S.*, 2 maart 1968; *B.S.*, 15 november 1978; *B.S.*, 6 november 1981; *B.S.*, 9 november 1987; *B.S.*, 18 november 1991). Afgezien van de talloze voorstellen tot inschrijving van deze rechten, ter uitvoering van deze herzieningsverklaringen, liet een discussie ten gronde hiervan op zich wachten, tot 22 november 1990, toen omtrent deze problematiek in de schoot van de senaatscommissie tot herziening van de Grondwet een werkgroep werd opgericht. Zie daarover DE JONGHE, E., «Sociale rechten in de Grondwet», *De Gids op het Maatschappelijk Gebied*, 1953, 693-701, 1099-1110; DE STEXHE, P., *La révision de la Constitution belge 1968-71*, Brussel, Larcier, 348-351; MARCUS-HELMONS, S., «Les droits économiques et sociaux et la Constitution belge», *Ann.-Dr.*, 1968, 190-192; PIETERS, D., *Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 71-99; STROOBANT, M., «De sociale grondrechten naar Belgisch recht», *Studiedag Sociale Grondrechten*, 29 april 1994, VUB-Centrum voor Arbeidsrecht, 9-12; WIGNY, P., *Propos constitutionnels*, Brussel, 1963, 146-154; TROCLET, L.E., «De economische en sociale grondrechten in de Belgische Grondwet», *Arbbl.*, 1969, 520-522.

³ Artikel 23 Gw. luidt:

I. Probleemstelling

Hierna zal ik pogen de precieze draagwijdte te onderzoeken van de grondwettelijke passus «het recht op de vrije keuze van beroepsarbeid», niet het minst in zijn verhouding tot het eraan voorafgaand geproclameerde «recht op arbeid». De passus roept onwillekeurig immers referenties op naar de zwaar beladen «vrijheid van arbeid», die lange tijd eerder een obstakel heeft gevormd in de sociale en economische ontvoogding van de werknemersklassen. Het lijkt mij dan ook naïef aan te nemen dat die passus niet gebruikt zal worden om via een negentiende-eeuwse individualistische interpretatie onder meer de vakbondsvrijheid beperkend te interpreteren.

Het is bij uitstek die vrijheid die in de negentiende eeuw werd ingeroepen om een van de hefbomen van de sociale en economische emancipatie, de collectieve actie te compromitteren, en de werknemers te atomiseren in een moorden-de sociale concurrentie. Een ieder die enigszins vertrouwd is met de geschiedenis van het sociale recht, weet immers dat de protorevolutionaire⁴ en revolutionaire⁵ proclamaties van de «vrijheid van arbeid» steeds gepaard gingen met de opheffing van de bestaande corporaties en met een verre-

«Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden.

Daartoe waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel, rekening houdend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen.

Die rechten omvatten inzonderheid:

1° het recht op arbeid en op de vrije keuze van beroepsarbeid in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid dat onder meer gericht is op het waarborgen van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en een billijke beloning, alsmede het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen;

2° het recht op sociale zekerheid, bescherming van de gezondheid en sociale, geneeskundige en juridische bijstand;

3° het recht op een behoorlijke huisvesting;

4° het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu;

5° het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing.»

⁴ Cf. Het Edict van Turgot (zie infra).

⁵ Cf. het decreet d'Allarde en de Wet Le Chapelier.

gaande beteugeling van de vakbondsvrijheid. De uitdrukking is bovendien enigszins provocerend, omdat de vrijheid van arbeid, als sequeel van de contractsvrijheid, een sterk voorwaardelijk karakter heeft. De effectiviteit, het bevrijdend effect hangt finaal af van de wilsuiging van de werkgever.⁶

In tegenstelling tot de vakbondsvrijheid hebben wij hier immers te doen met een vrijheid die traditioneel nooit⁷ als een «collectieve vrijheid» werd en wordt benaderd.

Met het gebruik van de term «collectieve vrijheid» wordt hier geenszins beweerd dat *alle* economische, sociale en culturele rechten als zodanig gekwalificeerd zouden kunnen worden. Evenmin wens ik te suggereren dat de burgerrechten en de politieke rechten per se individualistisch geduid zouden moeten worden. Bovendien moet ook aangestipt worden dat de collectieve vrijheden technisch juridisch geen rechten zijn van «collectiviteiten». De houders van die rechten zijn individuen. Die vrijheden beschouwen hun houders primair echter niet als abstracte, geatomiseerde «gelijke» leden van een maatschappij, maar veeleer als leden van sociale gemeenschappen. Die vrijheden worden dan ook collectief geaspireerd en verdedigd. De uitoefening van die rechten geschiedt dan ook vaak wezenlijk op collectieve wijze.⁸

De in het eerste nummer van artikel 23 Gw. afgekondigde economische, sociale en culturele rechten duiden enkele collectieve vrijheden aan als «het raam» waarbinnen «het recht op arbeid en op de vrije keuze van arbeid» door de wet-, de decreet- en de ordonnantiegevende machten moeten worden gewaarborgd. Mijns inziens moet dan ook uitermate omzichtig worden omgesprongen met al te individualistische, en anti-collectivistische invullingen van beide grondrechten. Het hiernavolgend onderzoek beoogt de nodige juridische argumenten aan te dragen voor dit pleidooi.

In het eerste deel worden de contouren geschetst van de in wezen aan de rechtsleer ontleende term «vrijheid van arbeid». Ook zal nagegaan worden welke normen daaraan in het Belgische interne recht gestalte geven. In het tweede deel wordt nagegaan of bepaalde aspecten van die vrijheid door het grondwettelijke recht op de vrije keuze van beroepsarbeid gedekt worden. Terloops wordt onderzocht of ook «het recht op arbeid» door werkwillige werknemers kan worden opgeworpen teneinde stakersposten te doorbreken.

II. Definitie van de vrijheid van arbeid

Elke omschrijving van de «vrijheid van arbeid» is noodzakelijkerwijze⁹ een leerstellige onderneming. Het komt mij voor dat dit begrip enigszins, zoals trouwens de vakbondsvrijheid, een positieve en een negatieve component omsluit.¹⁰ De negatieve vrijheid van arbeid impliceert het elementaire recht «om niet te arbeiden». Het logische correlaat van die verplichting is dat niemand, in principe, tegen zijn «vrije wil» in kan worden gedwongen te arbeiden. Het verbod op slavernij, het verbod op dienstbaarheid, op dwangarbeid en verplichte arbeid vormen dan ook de oudste en meest minimalistische kern van de (negatieve) vrijheid van arbeid.¹¹

In de positieve vrijheid van arbeid moeten twee momenten worden onderscheiden. Het eerste moment speelt zich af vooraleer men een arbeidstaak of een beroep gekozen heeft.¹² De vrijheid van arbeid impliceert dan dat men niet wordt gehinderd door de Staat of door particulieren (bv. corporaties) in de «vrije keuze» van de arbeidstaak of het beroep dat men voornemens is uit te oefenen. In het tweede moment, dat zich afspeelt nadat die keuze is gemaakt, houdt de vrijheid van arbeid in dat men door de Staat of door derden niet wordt gehinderd in de vrije uitoefening van zijn arbeidstaak of zijn beroep.

Het is bij uitstek dat tweede moment van de positieve vrijheid van arbeid dat historisch op gespannen voet staat met de grondwettelijk geproclameerde vrijheid van vereniging. Van 1867 tot 1921 fungeerde de vrijheid van arbeid in de Belgische strafwetgeving als een fundament voor de strafrechtelijke beteugeling van bepaalde uitoefeningsmodaliteiten van de vakbondsvrijheid.¹³ Artikel 310 van het Strafwetboek van 1867, dat bepaalde aantastingen van de «libre exercice de l'industrie ou du travail» bestraftte, werd echter afgeschaft

⁹ De terminologie komt immers als zodanig in geen enkel positiefrechtelijk instrument voor.

¹⁰ Zie de algemene structuur van François' opstel die de «liberté négative du travail» en de «liberté positive du travail» onderscheidt: FRANÇOIS, L., «La liberté juridique du travail en général et comme principe du droit belge», in X, *La liberté du travail en Belgique*, Université de Liège, 1969, in *Les congrès et colloques de l'Université de Liège*, 133-135; zie verder LYON-CAEN, G., «La liberté du travail et le droit français du travail», in *La liberté du travail*, 21 en 22: «la liberté du travail s'oppose à l'obligation de travailler. [...] la liberté du travail s'oppose à l'interdiction de travailler»; PELISSIER, J., «La liberté du travail», *Droit social*, 1990, 19, en 20-236 (zie algemene structuur van het opstel); SAVATIER, J., v° «Liberté du travail» in het *Répertoire de droit du travail*, (losbl.), Section 1 en 2.

¹¹ Over de soms vergeten maar evidente nexus tussen deze verboden en de vrijheid van arbeid: DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, V, Parijs, 1925, 138-153; FRANÇOIS, L., *l.c.*, 133-148; LYON-CAEN, G., *l.c.*, 21; SAVATIER, J., *l.c.*, nrs. 69 en 70.

¹² Zie DABIN, J., «Travail (liberté du)» in *Pandectes belges*, 1922, CXIV, nrs. 1-6. Ook LAGASSE neemt deze omschrijving over. LAGASSE, A., «Liberté du travail et liberté syndicale», in *Mélanges Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1963, 696-697.

¹³ Zie Loi portant des peines contre les infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques, et abrogeant les art. 412 à 420 du code pénal, *B.S.*, 11 juni 1866; wetsontwerp (sic) 21 mei 1866 tot opheffing van artikel 310 Strafwetboek, *B.S.*, 28 mei 1921; Wet 21 mei 1921 tot waarborging van de vrijheid van vereniging, *B.S.*, 28 mei 1921. Zie ook BLANPAIN, R., *De syndikale vrijheid in België*, Antwerpen, Standaard, 1963, 35-42.

⁶ Zoals de filosoof Louis Blanc reeds in 1848 schreef: «Travail! Nous sommes prêts, mais en ceci pensez-vous que nous dépendions de notre seule volonté?» (BLANC, L., *Le socialisme. Le droit au travail*, Parijs, 1848, 23).

⁷ Zie nochtans LAVIGNE, P., *Le travail dans les constitutions françaises 1789-1945*, Parijs, Recueil Sirey, 1948, pp. 67-68, nr. 23, en ook de algemene structuur van het werk. Deze auteur maakt onderscheid tussen «la liberté individuelle du travail», die het voorwerp is van proclamaties, en de eigenlijke «liberté sociale du travail», die via het recht op arbeid effectief gewaarborgd wordt.

⁸ Als voorbeelden van dergelijke «collectieve vrijheden» kunnen worden vermeld: het door de Grondwet geproclameerde recht op «collectief onderhandelen» en het hieronder door het Europees Sociaal Handvest gesubsumeerde stakersrecht.

door de wet van 24 mei 1921. Tegelijk met de afschaffing van dat artikel werd ook de wet van 24 mei 1921 tot waarborging van de vrijheid van vereniging bekrachtigd en gepubliceerd.

Die wet voltrok een Copernicaanse revolutie, in zoverre het strafrecht nu werd aangewend, niet om bepaalde uitingen van die vrijheid te bestraffen maar veeleer om die grondwettelijk geproclameerde vrijheid te waarborgen.

III. De vrijheid van arbeid en het interne recht

A. Ontstentenis van een grondwettelijke proclamatie

De «vrijheid van arbeid» werd in 1831 niet als zodanig opgenomen in de grondrechtencatalogoog van de tweede titel van de Grondwet. Evenmin werd door de Belgische wetgever ooit een wet aangenomen waarin dit beginsel als zodanig werd geproclameerd en uitgewerkt.

Dat stilzwijgen van de Belgische Constituante is opmerkelijk, daar de vrijheid van arbeid kon bogen op een indrukwekkend aantal proclamaties in de revolutionaire Franse Déclarations en grondwetten.¹⁴ Ter verklaring voor dat stilzwijgen van de Belgische Constituante wijzen sommige auteurs erop dat het Nationaal Congres in 1831 dermate overtuigd was van de evidentie van die vrijheid, dat die vergadering het niet nodig vond dat beginsel grondwettelijk te proclameren.¹⁵

François meent dat dit stilzwijgen verklaard dient te worden door het gebrek aan interesse dat de Constituante sowieso had voor het juridisch statuut van de loonarbeid, laat staan voor de sociale kwestie.¹⁶ Helemaal bevredigend is een dergelijke verklaring niet. Het gebrek aan affiniteit dat het Nationaal Congres had met de sociale kwestie zou juist een reden zijn om dat beginsel in te schrijven in de Grondwet.

¹⁴ In de oudste en vermaardste «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» komt deze tekst weliswaar niet voor. Lyon-Caens omschrijving van deze vrijheid als een «enfant bâtarde des droits de l'homme et du citoyen, indigne d'ailleurs de figurer dans le texte même de la Déclaration des Droits de l'homme» lijkt evenwel te sterk (*l.c.*, 19). De volgende bepalingen moeten echter wel in verband worden gebracht met de vrijheid van arbeid: artikelen 18 en 19 van de Déclaration van 29 mei 1793 (*Déclaration des droits de l'homme*, 29 mai-8 juin 1793, *Pasin.*, Première Série, Tome cinquième, 212; AULARD, A. en GUETZEVITCH-MIRKINE, B., *Les déclarations des droits de l'homme*, Parijs, Payot, 1929, 23; artikelen 17 en 18 van de Déclaration van 23 juni 1793 die bij wijze van preambule aan de Grondwet van 24 juni 1793 voorafgingen (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 24 juni 1793, *Pasin.*, Première Série, Tome cinquième, 256; AULARD, A. en GUETZEVITCH-MIRKINE, B., *o.c.*, 23; artikel 355 van de Franse Grondwet van 5 fructidor van het jaar III (AULARD, A. en GUETZEVITCH-MIRKINE, B., *o.c.*, 31). Zie hierover LAVIGNE, P., *o.c.*, 121-122; GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, pp. 318-322, nrs. 278-282.

¹⁵ GIRON, A., *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, v°, «Liberté du travail», Brussel, Bruylant, 1885, 382; LENAERTS, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 14, nr. 8; X, «Liberté du commerce et de l'industrie», in *Pandectes belges*, LIX, 64, nr. 7. In dezelfde zin: HORION, P., «Les garanties juridiques du droit au travail en Belgique», *Rapports belges au sixième congrès de droit international de droit comparé*, 1962, 267: «Cette disposition est tellement incontestée chez nous (d.w.z. artikel 7 van het decreet d'Allarde) qu'au lendemain de notre indépendance nationale le constituant n'a pas cru utile de la reproduire expressément.»

¹⁶ FRANÇOIS, L., *l.c.*, pp. 148-150, nrs. 43-45.

Mast zoekt een verklaring in de «algemene geest» van de Belgische Grondwet. De Belgische grondwetgever achtte het niet nodig de politieke, economische en sociale principes van de bourgeois-liberalistische ideologie die hem geïnspireerd hadden, te articuleren in de Grondwet.¹⁷ De grondwetgever van 1831 wordt door Mast immers omschreven als nuchter, pragmatisch, solide, en wars van grote, plechtige proclamaties.¹⁸

B. Het decreet d'Allarde

In de Belgische doctrine wordt door verschillende auteurs toch een wettelijke basis aangegeven voor de vrijheid van arbeid. Allerwegen kan men lezen dat het beginsel van de vrijheid van arbeid besloten ligt¹⁹ in het nog steeds in de Belgische rechtsorde vigerende²⁰ artikel 7 van het decreet d'Allarde van 2-17 maart²¹ 1791, dat bepaalt:

«A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix sui-

¹⁷ MAST, A., «Propos sur l'esprit et la méthode d'une révision constitutionnelle», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1952, 267. Vergelijk met DE VISCHER, P., «Les libertés économiques et sociales et la révision de la Constitution», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1952, 309 en 315: «Cette constitution, qui est une application constante des principes du libéralisme, ne contient aucune définition de ces principes. Elle en garantit le respect mais ne les énonce pas dans leur teneur doctrinale.»

«Par l'effet d'un heureux principe, nos constituants ont fait application d'une doctrine sans en énoncer les postulats ni les principes.» De auteur stelt dat de ideologische doctrinale fundering nergens werd gearticuleerd omdat zij anno 1831 reeds voldoende evident en ingeburgerd was.

¹⁸ MAST, A., *l.c.*, 264-265; MAST, A., «De les van het Nationaal Congres», *T.B.P.*, 1950, 151-152.

¹⁹ FRANÇOIS, L., *l.c.*, p. 149, nr. 44; GIRON, A., *Dictionnaire*, II, v° «Liberté du travail», 381-382; GIRON, A., *Le droit public de la Belgique*, Brussel, Manceaux, 1884, nr. 332; HORION, P., «Liberté de licenciement et interdictions de concurrence», in *La liberté du travail*, 217; HORION, P., «Les garanties juridiques du droit au travail en Belgique», in *Rapports belges au Sixième Congrès International de Droit Comparé*, VI, 1962, 267; HORION, P., *Nouveau précis de droit social belge*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1969, p. 30, nr. 6; JAMOUILLE, M., *Le contrat de travail*, Luik, Faculté de Liège, I, 1982, p. 302, nr. 234; LENAERTS, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, Story-Scientia, 1973, p. 14, nr. 80; MANITAKIS, A., *La liberté du commerce et de l'industrie*, Brussel, Bruylant, 1979, 65; VAN EECKHOUTTE, W., «Het belang van de werkgever», *T.S.R.*, 1994, p. 17, nr. 7; X «Liberté du commerce et de l'industrie», in *Pandectes belges*, LIX, nr. 5; zie ook Frankrijk: BRUN, A. en GALLAND, H., *Droit du travail I: Les rapports individuels de travail*, Parijs, Sirey, 1978, nrs. 9-10; LYON-CAEN, G., *l.c.*, 19; ROUAST, A., «Liberté du travail et droit au travail», in *Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé*, Parijs, Sirey, 181, XV, 1950; SAVATIER, J., *l.c.*, nr. 3-4.

²⁰ Zie referenties naar HORION en FRANÇOIS in vorige voetnoot, alsook DE VROEDE, P. en FLAMÉE, M., *Handboek van het Belgisch economisch recht*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1988, nrs. 40-51; GOTZEN, M., *o.c.*, nr. 342; MANITAKIS, A., *o.c.*, 43.

²¹ Het decreet (*Pasin.*, Première Série, Tome deuxième, 230-234) werd door de Assemblée Constituante aangenomen op 2 maart 1791 en op 17 maart aan Koning Lodewijk XVI ter acceptatie voorgelegd en door deze laatste medeondertekend (GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijven onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, 286).

vant les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.»²²

In het decreet d'Allarde ligt de afkondiging van de vrijheid van arbeid ingebed in een fiscale regeling.²³ Het decreet voorziet in een fiscale beperking van de vrijheid van handel en industrie. Artikel 7 onderwierp de commerciële en industriële nijverheid aan een preventieve beperking. Wie een handel wilde drijven of een beroep, een ambacht of een kunstnijverheid wilde uitoefenen, diende zich vooraf in het bezit te stellen van een door de overheid verstrekt patent, waarvoor een belasting verschuldigd was. Bovendien diende hij zich in de uitoefening ervan te onderwerpen aan de politiewetten.

De omstandigheid dat er in de arbeidsrechtelijke doctrine een grote consensus blijkt te bestaan over de nexus tussen het decreet d'Allarde en de vrijheid van arbeid, mag toch enige verwondering wekken. Allereerst kan men immers ook lezen dat hetzelfde artikel 7 de industriële en commerciële vrijheid honoreert.²⁴⁻²⁵

De tekst van het artikel maakt nergens woordelijk melding van «la liberté du travail», of zelfs van «travail» als zodanig, maar maakt gewag van de vrijheid «de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon».

In het tweede lid van het artikel luidt het echter: «Sont exceptés de l'obligation de se pourvoir de patentes: Les apprentis, compagnons et ouvriers à gages, travaillant dans les ateliers de fabricans pourvus de patentes.»

Zulks impliceert dat die werknemers, naar de bedoeling van de decreetgever, houder waren van de afgekondigde vrijheid, anders ware het overbodig geweest hen uitdrukkelijk uit te sluiten van de daaraan verbonden fiscale verplichting.²⁶ Vaststaat dat de terminologie «liberté du travail» in de negentiende eeuw vaak werd gebruikt op een weinig specifieke wijze als een synoniem voor de industriële en com-

merciële vrijheid. De term arbeid dekte derhalve zowel de zelfstandige arbeid als de arbeid in ondergeschikt verband.²⁷ Ook Dabin is schatplichtig aan deze eenheidsvisie wanneer hij schrijft dat een krenking van de vrijheid van arbeid van de werknemers onvermijdelijk de industriële vrijheid aantast, daar de werkgever erdoor geremd wordt in het werven van arbeidskrachten.²⁸ Hij verdedigt dan ook een eenheidsbegrip: «la liberté de travail et de l'industrie».²⁹

Vaststaat dat er een intieme verwantschap bestaat tussen de negentiende-eeuwse vrijheid van arbeid *sensu stricto* en de vrijheid van handel en van nijverheid. Beide vrijheden zijn immers de juridische hefbomen geweest in de omvorming van een feodale en op corporatistische leest geschoeide economie naar een liberaal-kapitalistisch systeem van vrije-markt-economie.

Dat beide vrijheden onder één noemer werden geplaatst, hangt ongetwijfeld samen met het feit dat het onderscheid tussen de zelfstandige arbeid en de loonarbeid in ondergeschiktheid op het regelgevend vlak nog onvoldoende gearticuleerd was.³⁰

Het lijkt mij echter moeilijk om heden ten dage onder de noemer vrijheid van arbeid beide types van arbeid (zelfstandige en in ondergeschiktheid) te subsumeren. De grondige mutaties die het productieproces en de economie hebben ondergaan, laten dit niet langer toe. De remuneratie van de activiteiten ontplooid in uitoefening van de vrijheid van handel en nijverheid, is immers veeleer een functie van het geïnvesteerde kapitaal.³¹

²⁷ Zo handelen cruciale hoofdstukken in het boek «De la liberté du travail» van Dunoyer uitsluitend over de industriële en commerciële vrijheid (DUNOYER, Ch., *De la liberté du travail*, Luik, 1846, hoofdstukken VI, VII en VIII).

Ook wordt in het artikel «Liberté du commerce et de l'industrie» regelmatig het woord «liberté du travail» als synoniem gebruikt: X, v° «Liberté du commerce et de l'industrie», in *Pandectes belges*, LIX, nr. 7; LYON-CAEN, G., *l.c.*, 19-20; «Dès le départ, la liberté du travail avait un double sens. C'était la liberté du travail indépendant, aussi bien que la liberté du travail dépendant. La liberté du travail indépendant est devenue ce que nous appelons en France, la liberté du commerce et de l'industrie. Quant à la liberté du travail dépendant elle est devenue la liberté du travail tout court.»; SAVATIER, J., *l.c.*, nr. 1.

²⁸ DABIN, J., *l.c.*, nrs. 7-9.

²⁹ DABIN, J., *ibidem*. Ook Duguitt behandelt de vrijheid van handel en industrie, samen met de vrijheid van arbeid (en de contractuele vrijheid) in één hoofdstuk (DUGUIT, L., *Traité*, V, Chapitre II). Ook in het oude artikel 310 van het Strafwetboek is er sprake van het (délit d') «atteinte au libre exercice de l'industrie et du travail». Zie hierover BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, I, Article 310; 389 e.v.; BLANPAIN, R., *De syndikale vrijheid in België*, Antwerpen, Standaard, 1963, 20-27: de auteur maakt gewag van «de bescherming van de vrijheid van arbeid en nijverheid».

³⁰ Zoals men weet onderscheidde het Burgerlijk Wetboek wel vormen van huur van werk, die een dienstverband (werklieden en dienstboden) en die een zelfstandigheid (vervoerders te land en te zee, en aannemers van werken) impliceerden, doch het juridisch statuut dat de huur van werk en van dienstboden beheerste was voor beide het gemeenrechtelijke contractenrecht en huurrecht. Slechts door de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 werd voorzien in een generiek juridisch statuut.

³¹ FRANÇOIS, L., *l.c.*, 129-130; MANITAKIS, A., 67; RENARD-PAYEN, O., «Principe de la liberté du commerce et de l'industrie», *Jurisclasser administratif*, nr. 7. ROUAST, (*l.c.*, 181), MANITAKIS en RENARD

²² Omtrent de in België vigerende authentieke versie bestaat enige controverse. In zijn indrukwekkende historische studie omtrent de receptie van dit decreet in de Belgische rechtsorde betwist Gotzen immers de authenticiteit van de in de officieuze Pasinomietekst gepubliceerde versie. Hij stelt dat de Représentants du peuple en mission (de vertegenwoordigers van het Franse gezag in onze gewesten) in hun publikatiebesluit van 19 brumaire van het jaar IV de pas-sus «mais elle sera tenue de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits» hebben weggelaten (GOTZEN, M., *o.c.*, nrs. 189, 198-215, 306-321).

²³ SAVATIER, J., *l.c.*, nr. 3; LYON-CAEN, G., *l.c.*, 19; GOTZEN, M., *o.c.*, *passim*.

²⁴ GOTZEN, M., *o.c.*, nr. 410; DE VROEDE, P. en FLAMÉE, M., nr. 40 e.v.; del MARMOL, C., «La liberté du commerce en droit belge», *J.T.*, 1953, 65; MANITAKIS, A., *o.c.*, 43. Zie voor Frankrijk: RENARD-PAYEN, O., «Principe de la liberté du commerce et de l'industrie», in *Jurisclasser administratif*, fascicule 255, 1992, nrs. 3-5. *contra*: BRAUD en DREYFUS prefereren te spreken van een algemeen beginsel: BRAUD, Ph., *La notion de liberté publique en droit français*, Parijs, 1968, 328-332; DREYFUS, H., *La liberté du commerce et de l'industrie*, Parijs, Berger-Levrault, 1973, 225-250.

²⁵ GOTZEN, M., *o.c.*, nr. 248: deze auteur stelt dat het decreet door de vermelding van ambtenaren en werknemers het kader van handel en nijverheid ver te buiten gaat, zonder nochtans uitdrukkelijk gewag te maken van de vrijheid van arbeid.

²⁶ GOTZEN, M., *o.c.*, nr. 248; BRUN, A. en GALLAND, H., *Droit du travail*, I, Parijs, Dalloz, 1982, nr. 5.

C. Artikel 12 GW. en de vrijheid van arbeid

In welke mate kunnen uit artikel 12 van de Grondwet bepaalde aspecten van de vrijheid van arbeid afgeleid worden? Dat artikel kondigt immers in zijn eerste lid op een enigmatische wijze «de vrijheid van de persoon» af. Het beginsel van de «vrijheid van de persoon» wordt in het tweede lid echter uitgewerkt in een sfeer van «habeas corpus». Wegens deze even essentiële als minimalistische invulling van het vrijheidsbegrip lijkt een merendeel van de doctrine erg terughoudend te zijn om de vrijheid van arbeid en ook de vrijheid van nijverheid als zodanig, onder de grondwettelijke bescherming van artikel 7 te plaatsen.³² Evenwel werd door enkele auteurs gewezen op de band tussen de vrijheid van arbeid en de individuele vrijheid.³³

Een argument dat pleit tegen de terugkoppeling van de vrijheid van arbeid naar de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van de persoon, kan mijns inziens worden geput uit de plaats die aan de artikelen van de strafwet van 31 mei 1866 werd toegewezen bij de redactie van het latere Strafwetboek van 1867. De bepalingen van die wet «portant des peines contre les infractions relatives à l'industrie, au commerce et aux enchères publiques, et abrogeant les articles 412 à 420 du Code pénal» bestraft bepaalde uitoefeningsmodaliteiten van de verenigingsvrijheid die ertoe strekten «de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail». Die bepalingen i.v.m. de strafrechtelijke bescherming van de vrijheid van arbeid werden niet ingeschreven in de tweede titel van het Strafwetboek, die er precies toe strekte de misdaden en wanbedrijven te groeperen die door de Grondwet gewaarborgde rechten schenden.

Het lijkt m.i. evenwel mogelijk bepaalde aspecten van de vrijheid van arbeid te verankeren in de grondwettelijke

PAYEN stellen dat het decreet d'Allarde uitdrukkelijk slechts verwees naar de zelfstandige arbeid, en niet naar de arbeid in ondergeschikt verband. De stelling kan echter op grond van het tweede lid van artikel 7 niet gevolgd worden.

³² BUCHMANN, J. en BUTTGENBACH, A., *l.c.*, 154; FRANÇOIS, L., *l.c.*, nr. 45: «Dans la liberté individuelle garantie par l'article 7 de la Constitution belge, il semble qu'on ait vu surtout l'habeas corpus»; MANITAKIS, A., *o.c.*, 41-42; MARMOL, Ch. DEL, «La liberté du commerce en droit belge», *J.T.*, 1953, 65; VAN WELKENHUYZEN, A., «La constitution belge: objet et structure», in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARÉ, *Rapports belges au XIème Congrès International de Droit Comparé. Teheran, Brussel, 1974*, 378-379.

³³ Bedoeld wordt dan niet de individuele vrijheid, als gewaarborgd door artikel 12 van de Grondwet, maar veeleer het ideologische beginsel dat aan de basis ligt van de redactie van dit artikel BRUN, A. en GALLAND, H., *Droit du travail*, I, nr. 9; DABIN, J., *l.c.*, nr. 10: «Suivant la doctrine de l'école libérale, la liberté du travail n'est qu'une conséquence ou si l'on veut une application du principe de la liberté individuelle en vertu duquel chaque individu droit rester maître absolu de sa personne et de son activité»; DUGUIT, L., *Traité*, V, 134: «La liberté du travail et du commerce, ainsi que la liberté des contrats qui s'y rattache directement, dérive immédiatement de la liberté individuelle.» ERRERA behandelt het verbod van slavernij en slavenhandel onder het hoofdstuk «la liberté individuelle», voorafgaand aan de behandeling van het «habeas corpus»-beginsel van het (oude) artikel 7 GW. (ERRERA, R., *o.c.*, 47-48). *Contra*: LAVIGNE die opmerkt dat de wijze waarop de vrijheid van arbeid door het decreet d'Allarde en door de wet Le Chapelier werd geconcipieerd, en meer bepaald de beteugeling van de vakbondsvrijheid een schending inhoudt van de individuele vrijheid (LAVIGNE, P., *o.c.*, 98-101).

waarborg van artikel 12 van de Grondwet. Horions stelling dat de negatieve vrijheid van arbeid (het verbod op dwangarbeid) wordt gewaarborgd door artikel 12 van de Grondwet komt mij zeer plausibel voor.³⁴ Het lijkt mij echter vrij moeilijk om uit artikel 12 de positieve vrijheid van arbeid als zodanig af te leiden.

Evenwel haalt Lenaerts een arrest aan van 22 maart 1911 waarin het Hof van Cassatie oordeelt: «La liberté individuelle, garantie par l'article 7 de la Constitution, implique le droit, reconnu par l'article 3 de la loi du 10 mars 1900, pour tout homme d'engager librement ses services ou d'accepter ceux d'un autre aux conditions déterminées par l'accord des parties».³⁵ De door het Hof uitgesproken stelling moet echter worden genuanceerd. Lenaerts heeft er immers terecht op gewezen dat de individuele vrijheid geenszins een «onbeperkt recht inhoudt voor partijen om de arbeidsvoorwaarden naar goedgevallen te regelen.»³⁶ De persoonlijke vrijheid komt dan ook juridisch in het gedrang voor zover door een krenking van die vrijheid het recht op leven wordt geschonden. Het recht op leven mag dan niet uitdrukkelijk in de Grondwet geformuleerd zijn, het is evenwel duidelijk dat dit beginsel wezenlijk verband houdt met de persoonlijke vrijheid, daar het leven er nog steeds de fysieke mogelijksvoorwaarde toe vormt.

Zo stelt Dabin wel dat schendingen van de vrijheid van arbeid door collectieve actie, in principe, geoorloofd zijn.³⁷ De auteur maakt echter een uitzondering «si elle (de beperking) avait pour but et pour effet de tuer le concurrent et de le priver de ses moyens de vivre. La recherche de l'intérêt personnel ne peut aller jusqu'à l'anéantissement de la personnalité économique d'autrui.»³⁸ Het lijkt mij verdedigbaar en niet ongezonder om in dergelijke limietsituaties van de schending van de persoonlijke vrijheid te spreken. In de aanhef van de eerste juridische vormgeving van de vrijheid van arbeid in het «Edict van Turgot» wordt overigens veelvuldig verwezen naar het recht op leven.³⁹

³⁴ HORION, P., *o.c.*, p. 30, nr. 6. Dwangarbeid is immers een minstens even verregaande aantasting van de fysieke vrijheid van de persoon («habeas corpus») als de willekeurige administratieve vrijheidsberoving.

³⁵ LENAERTS, H., *o.c.*, 179; Cass., 22 maart 1911, *Pas.*, 1911; I; 179. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat dit arrest stamt uit een periode waarin bepaalde schendingen van de vrijheid van arbeid nog strafbaar waren. Een omstandigheid die het Hof toen overigens in zijn motivering opnam.

³⁶ LENAERTS, H., *o.c.*, p. 14, nr. 8.

³⁷ DABIN, J., *l.c.*, nr. 158-181 en 185: «La liberté de l'industrie et du travail, comme telle, n'a plus le caractère d'un droit inviolable, elle est susceptible d'être concurrencée, c'est à dire entravée (par des individus isolés ou par des syndicats) au même titre que toutes les libertés économiques...»

³⁸ DABIN, J., *l.c.*, nr. 190.

³⁹ Over dit edict consultere men FRANKLIN, *Dictionnaire historique des arts, métiers et professions*, Marseille, Reprints (fotografische herdruk, Parijs, édition Welter, 1906), v° «Edit de 1777»; GOTZEN, M., *o.c.*, nrs. 216-231; LAVIGNE, P., *o.c.*, 30-31; TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1989, 46-48; TEUBEN, H.N., *Recht op arbeid in historie en in verklaring van mensenrechten*, Assen, Van Gorcum, 8. Inzonderheid TANGHE, F., *o.c.*, 48: «Si le droit au travail est un droit imprescriptible de l'homme, c'est parce qu'il entretient un rapport

D. Artikel 1134 B.W.

Wat de positieve vrijheid van arbeid betreft, moet ook worden gewezen op artikel 1134 B.W., dat het beginsel van de contractsvrijheid consacreert.⁴⁰ Tot op zekere hoogte is de positieve vrijheid van arbeid in zijn eerste moment immers een sequeel van de contractsvrijheid.⁴¹

De vrijheid om niet te werken is uiteraard vervreemdbaar in zoverre de positieve vrijheid van arbeid wordt gerealiseerd. Deze beperking wordt evenwel niet beschouwd als een eigenlijke beperking van die vrijheid omdat het initiatief uitgaat van de gelaedeerde.

E. Artikel 1780 B.W. en artikel 7 Wet op de Arbeidsovereenkomst

De wetgever heeft het evenwel nuttig geacht om dergelijke verbintenissen in de tijd te beperken. Historisch beoogde deze maatregel te vermijden dat het verbod op gedwongen arbeid zou worden omzeild.⁴² Vandaar dat overeenkomsten die door de werknemer voor het leven zijn aangegaan, als nietig beschouwd dienen te worden, en overeenkomsten voor onbepaalde tijd eenzijdig beëindigd moeten kunnen worden.

Overigens houdt een dergelijke maatregel ook een bescherming in van de positieve vrijheid van arbeid, nl. van de vrijheid om een arbeidsovereenkomst aan te gaan met een andere werkgever.

Historisch gezien werd dat mechanisme verzekerd door artikel 1780 B.W., dat bepaalt: «Men kan zijn diensten slechts voor een bepaalde tijd of voor een bepaalde onderneming⁴³ verbinden.»

Savatier wijst op de gelijkenis tussen artikel 1780 B.W. en artikel 18 van de «Déclaration des droits de l'homme» van 23 juni 1793 en aarzelt niet te besluiten dat artikel 1780 B.W. duidelijk door deze bepaling geïnspireerd is.⁴⁴ Laurent⁴⁵

betuigt zijn instemming met de in de negentiende-eeuwse doctrine bestaande traditie die artikel 1780 B.W. in verband brengt met de revolutionaire beginselen inzake de persoonlijke vrijheid. Elders beschrijft Laurent het mechanisme van artikel 1780 B.W. onder de titel «La liberté de l'ouvrier», ook geduid als synoniem met «la liberté du travail».⁴⁶⁻⁴⁷

Dat artikel 1780 B.W. ideologisch en historisch werd geïnspireerd door de revolutionaire vrijheidsgedachte wordt overigens afdoende bewezen door de parlementaire voorbereidingsstukken van het Franse Burgerlijk Wetboek.

Zo kan men in de door Galli opgestelde memorie van toelichting lezen dat een levenslange verbintenis door een werkman of dienstbode ervaren werd als een vorm van slavernij die onverenigbaar was met de nieuw verworven toestand van «vrijheid».⁴⁸ De gedachte van de negatieve vrijheid van arbeid, zij het in haar elementaire vorm van slavernijverbod, was dus niet ver weg. Ook in het rapport van het Tribunaat wordt dit artikel door de rapporteur Mouricault geduid als de erkenning van de «liberté individuelle».⁴⁹ Jaubert beklemtoonde in zijn toespraak dat het ontwerp van wet voor de «gens de travail» de principes van de trouw aan het gegeven woord poogde te verzoenen met het principe van de individuele vrijheid.⁵⁰

Artikel 1780 B.W. wordt in dit wetboek vermeld onder titel VII van het derde boek, dat de huur van werk en van diensten betreft. Bij de uitwerking door de wet van 10 maart 1900 van een meer generiek juridisch statuut voor die «huurovereenkomsten» die een band van ondergeschiktheid meebrachten, werd de regel van artikel 1780 B.W. in de nieuwe wetgeving opgenomen.

In de parlementaire voorbereidingsstukken voor deze wet wordt i.v.m. artikel 5 herhaaldelijk verwezen⁵¹ naar artikel 1780 B.W. Artikel 5⁵² van deze wet werd woordelijk overgenomen in de nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet van 1978, dat bepaalt: «De arbeidsovereenkomst wordt gesloten hetzij voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk, hetzij voor onbepaalde tijd. – Zij kan nooit voor het leven worden gesloten.»

intime avec le droit à la vie, voire même qu'il en est une manifestation primordiale».

⁴⁰ PELISSIER, J., *l.c.*, 20: «... la liberté du travail était originairement une liberté abstraite; elle conférait à l'individu le pouvoir juridique de faire. En d'autres termes, l'individu avait juridiquement le droit de conclure un contrat de travail avec qui il voulait effectuer le travail de son choix.» Zie ook DUGUIT, L., *o.c.*, 153.

⁴¹ Hier wordt vooral bedoeld op de kern van de contractuele vrijheid, voorafgaand aan de materiële en de formele contractuele vrijheid, nl. de vrijheid om al dan niet een contract te sluiten, onverminderd het naleven van de regels van dwingend recht m.b.t. de vorm en de inhoud van dit contract.

⁴² LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1887, p. 189, nr. 139: «Il y a des exemples d'interdiction absolue; c'est la tendance des patrons; si on les laissait faire, ils rétabliraient le servage, en attachant l'homme à une fabrique, comme au moyen âge il était attaché à la glèbe.»

⁴³ Het woord onderneming (in de Franse tekst «entreprise»), dient hier te worden begrepen in de zin van «werk». De passus «voor een bepaalde onderneming» is dan ook vergelijkbaar met de passus «voor een duidelijk omschreven werk» in artikel 7 Arbeidsovereenkomstenwet. Zie ook BELTIENS, G., *Encyclopédie de droit civil belge*, V, Article 1780, nr. 29bis.

⁴⁴ SAVATIER, J., *l.c.*, nr. 28; zie ook BELTIENS, G., *Encyclopédie*, nr. 1.

⁴⁵ LAURENT, F., *o.c.*, (XXV), pp. 542-551, nrs. 491-497.

⁴⁶ LAURENT, F., *o.c.*, (XVI), pp. 185-190, nrs. 135-139.

⁴⁷ Zie ook de vermelding van artikel 1780 B.W. in de context van de vrijheid van arbeid: DABIN, J., *l.c.*, k. 380, nr. 118, X, «Liberté du commerce et de l'industrie», k. 65, nr. 12.

⁴⁸ Exposé des motifs par M. GALLI in FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Otto Zeller, Osnabrück, 1968 (ongewijzigde herdruk van de editie van 1827), XIV, 318: «A la vérité, il serait étrange qu'un domestique, un ouvrier, pussent engager leurs services pour toute leur vie. La condition d'homme abhorre toute espèce d'escalavage.»

⁴⁹ Rapport fait par le tribun MOURICAULT, in FENET, P.A., *o.c.*, 339. Zie ook DUGUIT, L., *o.c.*, 148.

⁵⁰ Discours prononcé par le tribun JAUBERT, in FENET, P.A., *o.c.*, 355.

⁵¹ Exposé des motifs, *Pasin.*, 1900, 83; Rapport fait à la Chambre des Représentants au nom de la Section Centrale, *Pasin.*, 1900, 97; Rapport fait au Sénat par la Commission de l'Industrie et du travail, *Pasin.*, 1900, 124.

⁵² Wet 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, *B.S.*, 14 maart 1900.

IV. De vrijheid van arbeid en artikel 23 van de Grondwet

In welke mate kan de proclamatie van het «recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid» in artikel 23 van de Grondwet gezien worden als een erkenning van de hierboven geschetste «vrijheid van arbeid»?

A. *Prima facie* onderzoek

Bij de lectuur van het artikel valt op dat het recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid wordt gekwalificeerd als behorende tot de categorie van de «economische, sociale en culturele rechten». Het lijkt mij dan ook moeilijk aanvaardbaar dat grondrecht te interpreteren in de negentiende-eeuwse traditie van individuele «liberale» vrijheden.⁵³

Bovendien wordt nergens gesproken over de vrijheid *in de uitoefening van de gekozen arbeid*. De tekst zelf van het artikel lijkt dit tweede moment van de positieve vrijheid van arbeid niet te consacreran.

Onverminderd het *prima facie* nevensgeschikt karakter van de proclamatie van beide rechten, volgt uit de tekst van artikel 23 van de nieuwe Grondwet wel dat beide rechten gelden in het raam van een «algemeen werkgelegenheidsbeleid dat onder meer gericht is op het waarborgen van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en een billijke beloning, alsmede het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen». Het «recht op vrije keuze» past derhalve in een (gematigd) full-employmentbeleid. Een dergelijke verbintenis van staatswege valt bijna samen met de juridische inhoud van het begrip «recht op arbeid». Uit de omstandigheid dat zijdelings ook het «recht op overleg en collectief onderhandelen» wordt aangegeven als het raam waarbinnen het recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid geldt, volgt m.i. ook dat men zich moeilijk op die vrijheid kan beroepen om de collectieve actie te beperken.

B. De «vrijelijk gekozen werkzaamheden» in het internationaal recht

Een dergelijke benadering van het recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid ligt trouwens in de lijn van het internationaalrechtelijke mensenrechteninstrumentarium. In geen enkel verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten wordt immers de «vrijheid van arbeid» als zodanig geproclameerd.⁵⁴ In deze verdragen wordt slechts de harde kern van de «vrijheid van arbeid», nl. het verbod op slavernij, dienstarbeid, dwangarbeid en verplichte arbeid gewaarborgd.⁵⁵

⁵³ De in de memorie van toelichting van het voorstel STROOBANT-TAMINIAUX bij het grondwettelijk begrip gegeven duiding van de term «economische, sociale, en culturele rechten» sluit dit uit. (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, 6).

⁵⁴ Cf. Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, 4 november 1950, goedgekeurd bij wet 13 mei 1955, *B.S.*, 19 augustus 1955; Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 19 december 1966, goedgekeurd bij wet 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983.

⁵⁵ Zie artikel 4 E.V.R.M. en artikel 8 I.V.B.P.R. Omtrent deze verboden zie verder ook artikel 4 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, 10 december 1948; IAO-Conventie n° 29 concerning Forced or Compulsory Labour; Conventie n° 105 con-

cerning the abolition of Forced Labour en Recommendation n° 35 concerning indirect compulsion to labour; UNO Slavery Convention 26 september 1926; Supplementary Convention on the abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery van 1956, Convention for the Suppression of the traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of others; voor een commentaar: BETTEN, L., *International Labour Law*, Deventer, Kluwer, 1993, 125-155; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, Editions Economica, 1989, 310-314; FAWCETT, J.E.S., *The application of the European convention on human rights*, Oxford, Clarendon press, 1987, 44-68; JACOBS, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 36-45; VAN DIJK, P. en VAN HOOF, P., *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi, 1990, 268-279; LASSEN, N., «Article 4» in *The Universal Declaration of Human Rights*, EIDE, A. 1992; NOWAK, M., *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Verlag 1989, pp. 149-166; VALTICOS, N., *International Labour Law*, Deventer, Kluwer, 1979, pp. 95-104, nrs. 214-233; VALTICOS, N., *Droit international du travail*, pp. 272-282, nrs. 350-363; VERDOODT, A., *Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'homme*, Leuven, Nauwelaerts, 1964, 100-105.

Wel moet gewezen worden op een merkwaardig onderscheid in de libellering van die beroepskeuzevrijheid in artikel 23 van de Grondwet en in de internationale verdragen. Dit artikel lijkt immers het recht op de vrije keuze van beroepsarbeid op een nevensgeschikte wijze te proclameren, *naast* het recht op arbeid.⁵⁷ In het E.S.H. en het IVESCR wordt daarentegen nergens uitdrukkelijk melding gemaakt van een «recht» op vrije keuze van de beroepsarbeid, en wordt die keuzevrijheid functioneel ondergeschikt aan het «recht op arbeid».⁵⁸

cerning the abolition of Forced Labour en Recommendation n° 35 concerning indirect compulsion to labour; UNO Slavery Convention 26 september 1926; Supplementary Convention on the abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery van 1956, Convention for the Suppression of the traffic in Persons and the Exploitation of the Prostitution of others; voor een commentaar: BETTEN, L., *International Labour Law*, Deventer, Kluwer, 1993, 125-155; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, Editions Economica, 1989, 310-314; FAWCETT, J.E.S., *The application of the European convention on human rights*, Oxford, Clarendon press, 1987, 44-68; JACOBS, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 36-45; VAN DIJK, P. en VAN HOOF, P., *De Europese conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi, 1990, 268-279; LASSEN, N., «Article 4» in *The Universal Declaration of Human Rights*, EIDE, A. 1992; NOWAK, M., *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Verlag 1989, pp. 149-166; VALTICOS, N., *International Labour Law*, Deventer, Kluwer, 1979, pp. 95-104, nrs. 214-233; VALTICOS, N., *Droit international du travail*, pp. 272-282, nrs. 350-363; VERDOODT, A., *Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'homme*, Leuven, Nauwelaerts, 1964, 100-105.

⁵⁶ Zie artikel 6, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, 19 december 1966, goedgekeurd bij wet 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983; Decr. VI.R., 8 juni 1982, *B.S.*, 15 oktober 1982; Decr.Fr.Gem.R., 25 januari 1983, *B.S.*, 26 februari 1983; en artikel 1, 2 Deel II Europees Sociaal Handvest 18 oktober 1961, *B.S.*, 28 december 1990.

⁵⁷ Deze redactiewijze doet denken aan de libellering van artikel 23 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens: «Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage».

⁵⁸ Cf. Europees Sociaal Handvest, artikel 1, tweede deel:

«En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties Contractantes s'engagent:

1° à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi;

2° à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner de sa vie par un travail librement entrepris.»

Artikel 6, § 1, IVESCR:

«Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.»

Opgemerkt moet worden dat die artikelen de «positieve vrijheid van arbeid» slechts waarborgen in haar eerste moment, niet de vrije uitoefening van de aldus gekozen arbeid.

Uit de voorbereidende teksten van de Constituante met betrekking tot de genese van artikel 23 Gw. (infra) en uit de ratio van de invoeging van de passus «door vrijelijk gekozen werkzaamheden» in het ESH en het IVESCR⁵⁹ lijkt mij te volgen dat aan het grondwettelijk recht op vrije keuze veel-er een *verticale* dan een horizontale werking moet worden toegekend.

Van alle klassieke «vrijheden» lijkt mij de – nochtans niet grondwettelijke – negentiende-eeuwse «vrijheid van arbeid» een van de eerste te zijn waaraan een – en zelfs voornamelijk – horizontale werking werd verleend. De grootste bedreiging voor de «vrijheid van arbeid» van het individu waren in de geest van de negentiende-eeuwse doctrine niet zozeer de Staat, maar wel de «samenspanningen», of «coalities» van arbeiderscollectiviteiten. Het is in wezen in die horizontale sfeer dat met die «vrijheid» werd geschermd.⁶⁰ Wie zich verdiept in de proclamaties van economische en sociale grondrechten, komt al vlug tot de ontdekking dat de passus «door vrijelijk gekozen werkzaamheden» veeleer werd ingelast om beperkingen op te leggen aan de Staat in het uittekenen van een «full-employmentbeleid». De door de invoeging van die passus beoogde beperking strekte er in wezen toe te verkrijgen dat de Staat bij dat beleid rekening zou houden met de geschiktheden, bekwaamheden en preferenties van de rechtssubjecten.

Bij nader inzien lijkt de mate van de «keuzevrijheid» die door de verdragsluitende staten werd geviseerd, dan ook eerder beperkt. De invoeging van de passus strekte er vooral toe zich te distantiëren van het in bepaalde communistische regimes opgeld makende beleid, waarin het «recht op arbeid» zich primair inschreef in een plicht tot arbeid. In de communistische opvatting was het «full employment» niet zozeer het voorwerp van een inspanningsverbintenis, maar veeleer het voorwerp van een afdwingbaar, gewaarborgd recht. De keerzijde was evenwel dat de Staat bij het uittekenen van dit beleid geen rekening diende te houden met de subjectieve preferenties van de houders van het recht op arbeid.⁶¹ Suo modo betreft het hier in feite de terugkeer naar het verbod van gedwongen arbeid, zij het dan positief geformuleerd.

⁵⁹ De interpretatie van het grondwetsartikel mag immers niet zomaar worden losgekoppeld van de internationaalrechtelijke traditie inzake economische, sociale en culturele rechten. Het is immers de proclamatie van die rechten in internationale verdragen die de Constituante ertoe heeft aangezet ze ook in de eigen Grondwet in te schrijven.

⁶⁰ In dit verband bedenke men slechts dat de befaamde wet Le Chapelier van 14-17 juni 1791, die de vakbondsvrijheid wezenlijk beperkte, gold als een authentieke interpretatie van het decreet d'Allarde, dat naar Belgisch recht nog steeds geldt als de grondslag van het begrip «vrijheid van arbeid» (GOTZEN, M., o.c., nr. 436; zie ook LAVIGNE, P., o.c., 94-96).

⁶¹ Zie hierover TEUBEN, H.N., *Recht op arbeid*, Assen, Van Gorcum, 1955, 78-81; 117-121; SMIT, F.J.H.C., *Passende arbeid als recht van de mens*, Deventer, Kluwer, 1994, 81-87, 91-94. Zie ook DECLERCQ, B.J., *Politiek en het goede leven*, Leuven, Acco, 1981, 265-272; MALFLET, K., «Sociaal-economische grondrechten: de opvattingen in West- en Oost-Europa», *Cepess Dossiers*, 1990, nrs. VII-VIII, 7.

Overigens mag uit de omstandigheid dat in de UVRM het recht op arbeid en op de «vrije keuze van zijn arbeid» op een nevengeschikte wijze wordt geproclameerd, niet afgeleid worden dat dit laatste recht niet zou moeten geïnterpreteerd worden als een modaliteit van het eraan voorafgaand geproclameerde recht op arbeid.

In de oorspronkelijke voorstellen m.b.t. het recht op arbeid in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens op basis waarvan het Secretariaat van de UNO zijn voorontwerp formuleerde, komt een aan de zinsnede verwante «droit au libre choix de son travail» nergens voor, evenmin als in het voorontwerp zelf.

Een eerste kiem van deze zinsnede duikt op in een ontwerp-tekst geschreven door René Cassin op verzoek van het redactiecomité. In het finale ontwerp van dit comité komt deze passus evenwel niet voor.

Tijdens een vergadering van de Derde Commissie van de AV werd door de Libanese afgevaardigde Azkoul voorgesteld dat in de tekst van het redactiecomité («toute personne a droit au travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et de rémunération, et à la protection contre le chômage») de passus «et au libre choix de son travail» zou worden ingelast. Dit amendement werd verdedigd op grond van de overweging dat ook rekening gehouden moest worden met «les aptitudes et les préférences de chacun». Dit amendement werd wel verworpen, maar de kern ervan werd overgenomen in een nieuwe paragraaf die luidde: «Toute personne a le droit de suivre librement sa vocation dans la mesure où les possibilités d'emploi existantes le permettent.»

Om redenen die niet aan de problematiek van de vrijheid van arbeid raken, werd het in het redactiecomité besproken ontwerp bij de stemming over het geheel verworpen. Teneinde de situatie te deblokkeren werd in een subcommissie verder gewerkt aan een meer aanvaardbare tekst. Het is in de schoot van deze commissie dat de definitieve tekst van de eerste paragraaf van artikel 23 tot stand kwam, die uiteindelijk door de AV werd aangenomen. Bij wege van besluit merkt Verdoordt op dat de ingelaste passus «droit au libre choix de son travail» het recht beoogde veilig te stellen van de burger om een werkaanbieding te weigeren «qui ne tient pas compte de ses aptitudes et préférences dans les mêmes limites que ci-dessus». In feite geeft hij dus te kennen dat hier eerder de negatieve vrijheid dan de positieve zou worden geconsacreerd.⁶²

Uit de parlementaire voorbereidingsstukken van het IVESCR blijkt nog sterker de ideologische strijd die ontbrandde tussen de landen met een in socialistische zin geleid economisch stelsel en de landen met een in wezen vrije markteconomie.⁶³

Een «horizontale» interpretatie van de passus «door vrijelijk gekozen werkzaamheden» als een buffer voor het indivi-

⁶² VERDOODT, A., o.c., 229. In dezelfde zin, maar explicieter: KALLSTRÖM, K., «Article 23» in *The Universal Declaration of Human Rights*, 362: «The free choice of employment principle» should also be construed in this context. Accordingly, it is not a 'right' for the individual to choose but it represents a prohibition against compulsory work or assignments of work by the authorities.»

⁶³ TEUBEN, H.N., o.c., 117-120; SMIT, F.J.H.C., o.c., 87-89. Zie ook de commentaar bij artikel 8 in de nog te verschijnen *Guide to the travaux préparatoires of the ICESCR*, van de hand van Marc Bossuyt.

du tegen de druk uitgaande van collectieve actie wordt trouwens weerlegd door andere bepalingen en door de parlementaire voorbereidingsstukken van die verdragen.

Inzonderheid wat betreft de bepalingen i.v.m. het waarborgen van de vakbondsvrijheid geldt dat deze niet mochten worden uitgelegd als een veroordeling van het closed shop system. Noch het IAO-instrumentarium in dezen, noch het ESH, noch het IVESCR kunnen als een juridische basis gelden om de illegitimiteit van dit stelsel uit te spreken.⁶⁴ Opgemerkt moet worden dat een dergelijk stelsel niet alleen de vakbondsvrijheid onder druk zet, maar ook de vrijheid van arbeid. In de mate waarin de toegang tot een bepaalde arbeidsbetrekking afhankelijk wordt gesteld van het lidmaatschap van een vakvereniging, wordt deze vrijheid immers beperkt. Daar nergens het problematische karakter van de legitimiteit van het «closed shop»-stelsel werd opgeworpen in het licht van de in die verklaring en die verdragen geproclameerde en gewaarborgde aspecten van de «vrijheid van arbeid», kan slechts worden aangenomen dat hieraan onmogelijk de verregaande (met name horizontale) uitwerking verleend kan worden, die door de negentiende-eeuwse opvatting gehuldigd werd.

In de Verklaring van Philadelphia wordt de strekking van die «vrijheid van arbeid» allicht het duidelijkst omschreven. Hoewel in deze verklaring⁶⁵ nergens «rechten» worden toegekend, heet het in littera b van het derde deel dat deze Organisatie zich verbindt programma's op te zetten ter verwezenlijking van «l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté de donner toutes leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun.»⁶⁶

⁶⁴ Teneinde de illegitimiteit van het closed shop system in het licht van dit artikel af te grenzen voorziet het ESH in een authentieke interpretatieve bepaling, volgens welke artikel 1, 2°, van het tweede deel niet mag worden gelezen in de zin «dat clausules en feitelijke gedragingen ter beveiliging van het vakbondswezen zijn verboden of toegestaan.» (Zie bijlage bij het Handvest; BEYERLIN, U., «Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer in den Menschenrechtsinstrumenten der Vereinten Nationen», in *Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin, Springer Verlag, 1980, I, 1164; DE NEVE, C., «Het Europees Sociaal Handvest», *J.T.T.*, 1991, 171; TAQUET, M. en GOSSE, Ph.P., *La Charte sociale européenne*, Brussel, La pensée catholique, 1962, 32; WIEBRINGHAUS, H., «Council of Europe», in *International Encyclopaedia of Comparative Labour Law*, BLANPAIN, R. (red.), Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, nr. 89; VAN DER WIT, H.G., *Vakverenigingsvrijheid in Latijns Amerika in het licht van de normen van de Internationale Arbeidsorganisatie*, Amsterdam, Tela Publishers, 1993, 63-64; VON POTOBsky, G., «The freedom of the Worker to Organise According to the Principles and Standards of the International Labour Organisation», in *Die Koalitionsfreiheit*, I, 1134-1136.

⁶⁵ Men consulere TROCLET, L.E., *Législation sociale internationale*, I, Brussel, Editions de la librairie encyclopédique, 1952, I, 90-96; VALTICOS, N., *Droit international*, pp. 74-75, nr. 105.

⁶⁶ Zie ook SMIT, F.J.H.C., o.c., 99, en 93 (m.b.t. IAO-rapport van de Directeur-Generaal, ILC, 75e sessie, Genève, 1988, 33).

Zie ook IAO-Convention nr. 88 concerning the Organisation of the Employment Service, artikel 1:

«The said policy shall aim at ensuring that (...)

c) there is freedom of choice of employment and the fullest possible opportunities for each worker to qualify for, and to use his skills and endowments in a job for which he is well suited, irrespective of

C. De parlementaire voorbereidingsstukken

Is het verdedigbaar de in artikel 23 van de Grondwet opgenomen passus in het licht van die internationaalrechtelijke traditie te interpreteren? Mijsn inziens bevatten de parlementaire voorbereidingsstukken voldoende aanwijzingen in die richting.

In het voorstel tot grondwetsherziening van 19 december 1988 van senator M. Stroobant, dat aan de basis ligt van het huidige artikel 23 Gw., wordt «het recht op de vrije keuze van beroepsarbeid» niet als zodanig vermeld.

In het oorspronkelijke voorstel valt immers te lezen: «De overheid dient het recht op arbeid te waarborgen. Dit betekent dat: 1° Eenieder dient in staat te worden gesteld in zijn onderhoud te voorzien door werkzaamheden die hij vrijelijk heeft gekozen.»

Die formulering en het relatieve statuut dat aan de vrijheid van arbeid wordt toegekend, zijn nagenoeg identiek aan artikel 1 van het ESH en aan artikel 6 IVESCR. In zijn toelichting maakt Stroobant echter gewag van de «erkenning van de vrijheid van beroepskeuze en -uitoefening». Evenwel kan slechts vastgesteld worden dat die vrijheden niet, a fortiori niet de laatste, als zodanig geproclameerd worden in de tekst zelf van zijn voorstel.

Uit de toelichting bij dat voorstel⁶⁷ blijkt bovendien dat de vrijheid van beroepskeuze en beroepsuitoefening impliceerde dat de overheid bij het uittekenen van een werkgelegenheidsbeleid «de professionele opleiding en de personele preferenties van de individuen in rekening [moest] brengen». Vooral de beklemtoning dat het «recht op arbeid» altijd ook het «recht op passende arbeid» betekent, impliceert dat hier vooral de verticale dimensie werd beoogd.⁶⁸

In het voorstel van 9 juni 1993 dat door Stroobant, Taminiaux c.s. werd ingediend, wordt «het recht op arbeid» en de «vrije keuze van beroepsarbeid» voor het eerst op een schijnbaar nevenschiktelijke wijze geproclameerd, terwijl in het eerste voorstel de vrije beroepskeuze een niet uitgedrukte implicatie was van het «recht op arbeid».⁶⁹

race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin.»

Zie ook dezelfde omschrijving in de IAO-aanbeveling nr. 122, en de omschrijving «full, productive, and freely chosen employment» in IAO-Convention nr. 168 (artikel 7); IAO-aanbeveling nr. 169 (artikel 1) en IAO-aanbeveling nr. 176 (artikel 2).

⁶⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1988-89, nr. 100-10/2°, 7; *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/1°, 7.

⁶⁸ In de toelichting bij het op dit eerste voorstel volgende tweede voorstel van STROOBANT en TAMINIAUX is dat vereiste van «passende arbeid» wel verzacht tot de minder persoonsgebonden vereiste van «menswaardige en zinvolle» arbeid. *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, 15. Zie ook STROOBANT, M., l.c., 33.

⁶⁹ Herziening van titel II van de Grondwet door invoering van een artikel 24bis betreffende de economische en sociale rechten, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°. Het voorstel Stroobant-Taminiaux werd uitgewerkt in een werkgroep, opgericht door de commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming der instellingen (voor het verslag van deze werkgroep zie *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, 24-103). Dit nieuwe voorstel, ondertekend door STROOBANT en TAMINIAUX deed dan ook het eerder aangehaalde voorstel STROOBANT en dat van TAMINIAUX (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°) vervallen. Zie *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, 1; *Gedr.St., Senaat*, 1991-92, nr. 100-2/4°, 3.

Het is tijdens de besprekingen binnen de in de schoot van de commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming van de instellingen opgerichte werkgroep «Economische en Sociale Grondrechten» dat de passus «recht op de vrije keuze van beroepsarbeid» werd bedacht. In een door voorzitter Stroobant ontworpen compromistekst verwierpen sommigen op het internationaalrechtelijk vlak geproclameerde economische, sociale en culturele rechten het statuut van «beginselen» en «grondslagen» van sociale en economische rechten waarvan de uitoefening door de wet, het decreet en de ordonnantie geregeld zou worden.⁷⁰ In dat voorstel worden als «grondslag» en «beginzel» van de economische en sociale rechten van de werknemers (sic) onder meer «het recht op een zo hoog mogelijk en stabiel werkgelegenheidspeil» alsook «het recht op het verrichten van vrijelijk gekozen werkzaamheden» genoemd. Bij de bespreking van dit voorstel verwees de auteur in dit verband uitdrukkelijk naar het ESH.⁷¹

Na de eerste besprekingsronde werd de passus i.v.m. de «vrijelijk gekozen werkzaamheden» niet langer opgenomen.⁷² Het is pas tijdens de tweede besprekingsronde dat professor Delpérée aanstuurde op een formulering die in zijn ogen «plus acceptable pour la population qui n'est pas occupé au travail» zou zijn. Daarom stelde hij voor het recht op arbeid niet als dusdanig te proclameren, doch slechts het «recht van een ieder op de arbeid die hij vrijelijk heeft gekozen». Uit zijn toelichting blijkt dat hij met die passus slechts het «verbod op dwangarbeid en slavernij» beoogde.^{73, 74}

Op instigatie van de voorzitter van de werkgroep en van de kabinetschef van de eerste minister werd echter uitdrukkelijk geopteerd om beide aspecten op te nemen, het recht op

arbeid en het recht op de vrije keuze van arbeid. De libellerende «het recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid» werd opgenomen op advies van professor DELPÉRÉE. Uit het verdere verloop van de parlementaire voorbereiding valt geenszins op te maken dat de inschrijving van die passus een ruimere draagwijdte zou hebben dan het door dezelfde hoogleeraar voorgestelde «recht op arbeid die hij vrijelijk gekozen heeft».⁷⁵

Het lijkt mij dan ook aannemelijk te stellen dat de passus «recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid» er vooral toe strekte het verbod op dwangarbeid en verplichte arbeid veilig te stellen.⁷⁶ Bovendien zijn ook enkele passages aanwijsbaar waaruit duidelijk blijkt dat artikel 23 Grondwet niet kan worden ingeroepen om de collectieve actie te beperken. Een horizontale interpretatie van de passus «recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid» lijkt dan ook om die reden moeilijk aanvaardbaar.

Zo werd door de indieners van het voorstel in de plenaire senaatsvergadering verklaard dat artikel 24bis (artikel 23) ten aanzien van de problematiek van de stakersposten neutraal was.⁷⁷ Bovendien werd in de memorie van toelichting gesteld dat het «recht op arbeid» nooit absoluut kan worden opgeëist omdat het dan in conflict kan treden met de belangen van de arbeidsgemeenschap waartoe de betrokken werkwillige behoort.⁷⁸ Stroobants stelling dat deze passus impliceert dat «een werkwillige tijdens een stakingsactie geen recht op arbeid vanwege de werkgemeenschap kan opeisen» lijkt mij overtuigend.⁷⁹

Wel ware het m.i. verkieslijker geweest hier niet over het «recht op arbeid» te spreken, maar eerder over de vrijheid van arbeid. Het stakingsrecht conflicteert immers niet met «het recht op arbeid». Voor de werkwillige werknemers is het recht op arbeid immers verwezenlijkt. Alleen de vrije uitoefening van de door hen gekozen arbeid komt erdoor in het gedrang. In de negentiende-eeuwse doctrine werd het stakingsrecht overigens steeds ontkend op grond van die vrijheid, nooit op grond van het recht op arbeid.

⁷⁰ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, 100-2/4°, 77.

⁷¹ *Gedr.St., Senaat*, 1991-92, nr. 100-2/4°, 93. Ook BLANPAIN verwees uitdrukkelijk naar dit Handvest (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/4°, 96).

⁷² Na de eerste besprekingsronde werd voorlopig alleen de proclamatie van het recht op arbeid opgenomen in de volgende libellerende: «Een ieder heeft recht op arbeid. (Dit houdt voor de bevoegde overheid de verplichting in een zo hoog mogelijk en zo stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil tot stand te brengen)» (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/4°, 96).

⁷³ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/4°, 96. Zie ook de opmerking van een ander lid *ibidem*, 97.

⁷⁴ In dit verband moet worden gewezen op enkele gelijksoortige voorstellen die in de loop van het veertig jaar durende debat geformuleerd werden, en die slechts voorzagen in een recht om te werken, of waarin slechts de vrijheid van arbeid werd afgekondigd. Zo valt op dat er in het niet definitief gereviseerde en niet gepubliceerde voorverslag Duerinck gewag wordt gemaakt van «het recht om te arbeiden en om vrij zijn activiteiten te kiezen» DE STEXHE, P., o.c., pp. 348-351, nr. 405; HAUBERT, B., «Les droits économiques et sociaux et la révision constitutionnelle», *J.T.*, 1979, 65; PIETERS, D., o.c., 85; WIGNY, P., o.c., 415-418). Ook in het voorstel BLANPAIN («Er is vrijheid van arbeid en vrijheid van ondernemen» – «Arbeid is een recht») en in het voorstel HANQUET («Een ieder heeft het recht te werken en zijn werk vrij te kiezen») wordt de uitdrukking «recht op arbeid» geweerd. Slechts in deze laatste uitdrukking komt het onderscheid met de vrijheid van arbeid duidelijk tot uiting, daar de «arbeid» er wordt voorgesteld als een heteronoom object dat de werknemer niet restloos uit zich zelf kan opwekken, en dus ten aanzien van een derde moet worden opgeëist (voorstel BLANPAIN, R., *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 100-10/1; voorstel HANQUET, *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 100-10/4°).

⁷⁵ Uit de parlementaire voorbereidingsstukken valt af te leiden dat met de term «beroepsarbeid» zowel de loonarbeid in ondergeschiktheidsverband als de zelfstandige arbeid beoogd werd (*Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/4°, 96; zie ook de opmerking van een ander lid in *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/4°, 97). Zie ook STROOBANT, M., l.c., 32. Evenwel dient te worden opgemerkt dat de omschrijving van «het raam» waarbinnen dit recht op arbeid en de vrije keuze van de beroepsarbeid passen geen betrekking kan hebben op de zelfstandige arbeid. (Quid met bv. het recht op billijke beloning, het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen t.a.v. het recht op zelfstandige beroepsarbeid?)

⁷⁶ Zie in dit verband de toelichting door de verslaggever senator ARTS in de plenaire senaatszitting van 7 december 1993 (*Hand., Senaat*, 7 december 1993, 420): na uitdrukkelijk naar het tweede lid van artikel 1, deel II van het ESH verwezen te hebben, verklaarde hij dat «aan de oorsprong van het voorgestelde artikel de idee ligt dat niemand kan gedwongen worden om te werken. Het recht op arbeid en de vrije beroepsuitoefening zijn dus de tegenpool van dwangarbeid.»

⁷⁷ Aldus het bevoorrechte getuigenis van M. Stroobant in *De sociale grondrechten naar Belgisch recht*, Studiedagen Sociale Grondrechten, 29 april 1994, 34.

⁷⁸ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, 15.

⁷⁹ STROOBANT, M., l.c., 34.

In de parlementaire interventies werden die begrippen in de context van dit stakingsrecht meermaals verward.⁸⁰ Het lijkt mij dan ook betwistbaar met «het recht op arbeid» te schermen van de werkwillige werknemers. Een dergelijk recht op arbeid is van louter contractuele aard, en derhalve van wezenlijk andere aard dan het grondwettelijke recht op arbeid.

De Belgische Constituante heeft enkele voorstellen die ertoe strekten «het recht op arbeid» in de lijn van artikel 16 van de Grondwet op een negatieve wijze te omschrijven, precies niet aangenomen.⁸¹ Deze benadering voorzagt slechts in een bescherming voor de huidige en toekomstige houders van een (contractueel) recht op arbeid. Aan de omstandigheid dat dit houderschap tot stand komt, zoals het eigendomsrecht, ingevolge sociaal-economische contingentie werd echter niet getornd. Enige verplichting om de groep van houders van dit (contractuele) recht op arbeid uit te breiden kon uit een dergelijke libellering niet worden afgeleid. Een dergelijke visie komt m.i. dan ook neer op de ontkenning van het universaliteitskarakter en mensenrechtelijk karakter van *zulk* een recht op arbeid». Wel wordt voorzien in een algemene bescherming van dit recht, dat echter niet aan een ieder wordt toegekend.⁸²

V. Slotbeschouwingen

De vraag of het «recht op de vrije keuze van beroepsarbeid» geduid kan worden als een erkenning van de vermaleddijde «vrijheid van arbeid» kan m.i. niet zonder meer bevestigend of ontkennend beantwoord worden.

De meest minimalistische kern van die vrijheid, het verbod op dwangarbeid, wordt ongetwijfeld ook door artikel 23 van de Grondwet gesanctioneerd.

De schaarse aanduidingen in de parlementaire voorbereidingsstukken omtrent de draagwijdte en de betekenis van het «recht op de vrije keuze van beroepsarbeid» wijzen alle in de richting van het verbod van dwangarbeid. Evenwel werd door ons een voorbehoud gemaakt op het vlak van de vrijheid van beroepsuitoefening. In de oude negentiende-eeuwse opvatting werd de «vrijheid van arbeid» op dit vlak niet alleen geconcipieerd als een buffer tegen een overdreven inmenging en regulering door de Staat van de arbeidsmarkt, maar ook als een grond voor de verregaande beperking van de collectieve actie.

Een slechts oppervlakkige kennis van het Belgisch arbeidsrecht volstaat om in te zien dat omtrent het zaligmakende karakter van een individueel beleefde arbeidsvrijheid in de optiek van de wetgever meer dan twijfels bestaan. Men dient slechts te bedenken dat de wetgever zelf de primauteit van de collectieve boven de individuele arbeidsovereenkomst formeel in de C.A.O.-Wet heeft ingeschreven. Daar de grondwetgever duidelijk een collectief verband aangeeft als het raam waarbinnen dit recht op de vrije keuze van de beroepsarbeid moet worden gewaarborgd en gereguleerd, lijkt het mij een moeilijke zaak zich als individu op een dergelijk recht te beroepen om de collectieve actie verregaand aan banden te leggen. Een dergelijke interpretatie staat bovendien haaks op de ratio voor het opnemen van deze keuzevrijheid in het gezaghebbende volkenrechtelijke mensenrechteninstrumentarium, dat aan de overheid opdraagt rekening te houden met de preferenties en de bekwaaamheden van haar rechtssubjecten bij het uittekenen van een «full employment»-beleid. Een bescherming van het individu tegen werknemerscollectiviteiten of van de negatieve vakbondsvrijheid werd door de invoering van deze keuzevrijheid in dit instrumentarium niet beoogd.

Opgemerkt moet wel worden dat de terminologie «recht op vrije keuze van de beroepsarbeid» een semantisch ruimere, want positieve formule is, dan het «verbod op dwangarbeid». Terecht kan dan ook de vraag gesteld worden of aan de passus een meer positieve inhoud gegeven kan worden.

In de Nederlandse doctoraatsstudie «Passende arbeid als recht van de mens»⁸³ wees F.J.H.C. Smit erop dat de vrijheid van arbeidskeuze minstens tot gevolg dient te hebben dat de verplichting tot het aanvaarden van passende arbeid in de werkloosheidsverzekering niet mag impliceren dat de werkzoekende verplicht kan worden zonder meer elke werkaanbieding te aanvaarden waartoe hij in staat is. Zijn onderzoek toont dan ook aan hoe de herdachte categorie van de «vrijheid van arbeid» bevruchtend kan zijn voor het «recht op arbeid».

FILIP DORSSEMONT

Assistent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

⁸⁰ *Hand.*, Senaat, 1992-93, 7 december 1993, 439 (interventie van senator VERREYKEN en *Gedr.St.*, Kamer, 1991-92, nr. 218/3, 11 («sprekers fractie bedenkingen heeft bij de inschrijving van het recht op arbeid, omdat het stakingsrecht daardoor dreigt op de helling te worden gezet»).

⁸¹ Zie het pleidooi van professor D. Pieters in de subcommissie van de Kamer voor de herziening van de Grondwet: *Gedr.St.*, Kamer, 1991-92, nr. 218/3, 18. Zie ook de volgende hierdoor geïnspireerde parlementaire voorstellen: *Gedr.St.*, Kamer, 1993-94, nr. 1277/5; *Gedr.St.*, Kamer, 1993-94, nr. 1277/2; *Gedr.St.*, Senaat, 1993-94, nr. 100-2/11°. Pieters voorstel luidde «Niemand kan het recht op arbeid worden ontzegd dan in de gevallen en op de wijze bij de wet of het decreet bepaald.»

⁸² De pleitbezorgers van deze negatieve benadering geven immers zelf toe het recht op arbeid niet aan een ieder te willen toekennen: *Gedr.St.*, Kamer, 1991-92, nr. 218/3, 20, 21; *Gedr.St.*, Kamer, 1991-92, nr. 1277/4, 7; *Gedr.St.*, Kamer, 1992-93, nr. 1215/1, 4; *Hand.*, Kamer, 1993-94, 19 januari 1994, 770.

⁸³ SMIT, F.J.H.C., *Passende arbeid als recht van de mens*, 1994, Deventer, Kluwer.

BEHOORLIJKE RECHTSBEDELING ALS BEGINSEL VAN ZORGVULDIG OVERHEIDSOP- TREDEN: OVERWEGINGEN BIJ EEN TERECHTWIJZING

1. In het *Belgisch Staatsblad* van 19 oktober 1994 verscheen, op bevel van de Raad van State en op straffe van een dwangsom van 10 miljoen frank per dag vertraging, de volledige bekendmaking van een tegen het Waalse Gewest gewezen arrest van deze Raad.¹ De Raad toont zich – terecht – bijzonder verontwaardigd over de houding van de Waalse Regering die, door de vervanging van een door de Raad geschorst besluit in een nieuw besluit met dezelfde bepalingen en aangetast door hetzelfde gebrek, het gezag van gewijsde van dit schorsingsarrest heeft geschonden. Hij laakt in het bijzonder de «onoprechte houding» en «de minachting» waarvan de Waalse Regering blijk geeft.

2. Het arrest zelf en de openbaarmaking ervan illustreert de verhoudingen tussen en de werking van de staatsmachten in de uitbouw van de Belgische rechtsorde tot een rechtsstaat.² De Raad van state verwijst uitdrukkelijk naar deze rechtsstaat: de Waalse regering brengt de rechtsstaat in gevaar door de machtsafwendings en de schending van de kracht van gewijsde.³

¹ R.v.St., 14 oktober 1994, nr. 49.695, verderop in dit nummer, p. 883 e.v. met noot van W. LAMBRECHTS.

² De vraag werd gesteld waarom, ter gelegenheid van de staats-hervorming, naast het federalisme niet ook de rechtsstaat als grondwettelijk beginsel uitdrukkelijk wordt erkend door onze Grondwet; zie ALÉN, A., CLEMENT, J., PAS, W., PEETERS, P. en VAN NIEUWENHOVE, J., «Het federale België in de gecoördineerde grondwet van 17 februari 1994», *R.W.*, 1993-94, 1349; zie ook het voorstel tot herziening van de grondwet, *Gedr. St., Kamer*, 1992-1993, 957/1. Een grondwettelijk beginsel heeft echter maar juridische waarde in de mate waarin het concreet wordt uitgebouwd in het gehele rechtssysteem. De uitdrukkelijke erkenning ervan in de Grondwet wijst echter op het (nog) zwakke karakter van dit beginsel, waarvoor bewust wordt gekozen als grondslag voor de *verdere* staatsinrichting, en waarbij de grondwetgever opteert voor een koerswijziging die op dat moment of in het recente verleden nog niet als evident werd gezien. Het is dan ook geen toeval dat, in tegenstelling tot de meeste andere landen, precies het Bonner Grundgesetz, net na de val van het Derde Rijk, zich in artikel 28 wel bekende tot de rechtsstaat.

³ Een letterlijke vertaling door het ministerie van het Waalse Gewest van het afzonderlijk genomen «état» maakt van de rechtsstaat in het Nederlands de «stand van het recht», in het Duits de «Rechtsstand». Dit is het gevolg van de spoed waarmee het arrest werd vertaald vooraleer de diensten van de Raad van State zelf voor een officiële vertaling hebben gezorgd. Door deze gebrekkige vertaling gaat de verwijzing verloren naar een fundamentele grondslag die aan elk overheidsoptreden ten gronde dient te liggen. De wijze waarop de Raad van State de Waalse Regering terechtwijst en het bevel tot de bijzondere openbaarmaking van deze terechtwijzing illustreert dat de Raad dit beginsel van de rechtsstaat ernstig neemt.

3. Het waarborgen van een behoorlijke rechtsbedeling is het sluitstuk van deze rechtsstaat.⁴ Waar deze opdracht wordt gericht tot alle overheids machten gezamenlijk, blijkt duidelijk hoe de scheiding der machten in de context van de rechtsstaat moet worden opgevat als een systeem van zowel samenwerking als controle tussen de verschillende overheids machten. Het beginsel van de rechtsstaat veronderstelt de onderwerping van alle – ook de wetgevende – overheids machten aan het recht. Elke overheidsmacht verzekert daarbij, in samenwerking met de andere overheids machten, elk binnen haar eigen bevoegdheden en met de middelen die haar ter beschikking staan, de naleving daarvan.

4. Voorbeelden van die samenwerking zijn veelvuldig. Zo kan in de eerste plaats worden gewezen op de aanvullende rol voor een goede rechtsbedeling die de gewone en de administratieve rechters spelen én erkennen, bijvoorbeeld bij de uitbouw van de theorie van de splitsbare akte.⁵ Zo waakt ook het Arbitragehof over de naleving van de spelregels van een behoorlijke rechtsbedeling wanneer de wetgever de jurisdictionele controle door de Raad van State op administratieve rechtshandelingen verlamt door middel van een legislatieve «validatie».⁶

⁴ Zie E.H.R.M., arrest Golder, 21 februari 1975, *C.E.D.H.*, serie A, nr. 18, § 34 over de relevantie van het beginsel van de rechtsstaat bij de interpretatie van het E.V.R.M. en artikel 6 in het bijzonder. Zie ook het verband dat door het Bundesverfassungsgericht wordt gelegd tussen het beginsel van de rechtsstaat en de verschillende vereisten van een behoorlijke rechtsbedeling, zie o.m. BVerfGE 41, 23 (26); 54, 277 (292); 60, 305 (310); 74, 1 (5); 81, 347 (356) en 87, 48. Op dit verband werd eerder ook door de Raad van State gewezen in het arrest Zoete, R.v.St., nr. 22.446, 8 juli 1982.

⁵ Zie bijvoorbeeld de aanvechting door E.C.A. van de onderhandse gunning van een overheidsopdracht aan Van R. bij zowel de Raad van State als de gewone rechter. Zowel de Raad van State als het hof van beroep wijzen, bij de behandeling van het verzoek tot schorsing van de gunningsbeslissing resp. de uitvoering van het contract, op de aanvullende rol die zij ten opzichte van elkaar spelen bij de behandeling van deze zaak, ter verzekering van een doeltreffende rechtsbescherming: R.v.St., nr. 40.734, 13 oktober 1992; zie ook het vernietigingsarrest nr. 43.109, 1 juni 1993, en het tussenarrest in kort geding voor het Hof van Beroep te Brussel, 25 maart 1993, *T.Aann.*, 1993, (232) 234.

⁶ Zie o.m. Arbitragehof, nr. 16/91, 13 juni 1991, *B.S.*, 18 juli 1991; nr. 33/93, 22 april 1993, *B.S.*, 8 juni 1993; 46/93, 15 juni 1993, *B.S.*, 20 augustus 1993; 5/94, 20 januari 1994, *B.S.*, 10 februari 1994. Zie hierover ERGEC, R., «De l'invalidation des 'validations' législatives à l'égalité en matière fiscale», *J.T.*, 1991, 837-839; POPELIER, P., «Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof», *R.W.*, 1993-94, 295-300 en «Legislative 'validatie': een kwestie van wetgevingstechniek», in *Wetgeving in theorie en praktijk*, ADAMS, M. en WINTGENS, L.J. (red.), Antwerpen,

Ten slotte kan ook worden gewezen op de wisselwerking tussen de wet van 11 april 1994 op de openbaarheid van bestuur⁷ en de werking van de rechtsprekende instanties. Artikel 2, 4°, van deze wet vereist op elke individuele overheids-handeling die ter kennis wordt gebracht van een bestuurde, de vermelding van de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen. De waarborging van een behoorlijke rechtsbedeling vereist dan ook dat, bij ontstentenis van deze vermelding, de verjaringstermijn voor deze beroepsinstanties geen aanvang neemt. Dit wordt voor de Raad van State bevestigd in het tweede lid van artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.⁸ De samenwerking tussen bestuur en rechter bij het waarborgen van een behoorlijke rechtsbedeling vereist eveneens dat de termijnen voor de bevoegde beroepsinstantie worden heropend indien de rechtzoekende vertrouwde op een foutieve verwijzing door het bestuur,⁹ op voorwaarde dat de vordering bij het onbevoegd rechtscollege binnen de daar geldende termijn werd ingesteld en er een redelijke twijfel kon bestaan over de bevoegdheid van het rechtscollege.¹⁰ De naleving door het bestuur van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, bij de verwijzing in het individuele besluit kan dan een doorslaggevende rol spelen bij de beantwoording van deze laatste voorwaarde.¹¹ De eventueel wettelijk vastgelegde vervaltermijnen dienen, in de geest van een behoorlijke rechtsbedeling die door alle overheidsinstanties samen dient te worden gewaarborgd en in combinatie met de wettelijk bepaalde verwijzingsplicht, in die zin te worden geïnterpreteerd.

5. De vereisten die door de rechtsstaat aan een behoorlijke rechtsbedeling worden gesteld, worden, op basis van hun neerslag in het positieve recht van wetten, Grondwet en internationaal recht, in de rechtsleer ontwikkeld tot een leer van beginselen van behoorlijke rechtsbedeling.¹² Artikel 6

E.V.R.M., zoals dit is toegepast door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dient daarbij als de voornaamste richtlijn.

6. Die beginselen kunnen worden geclassificeerd onder drie hoofdvereisten: de toegankelijkheid van de rechtsbedeling, de eerlijke behandeling van de zaak en de openbaarheid van het proces en van de uitspraak.

De toegang tot de rechter betreft zowel de conflictregeling in burgerlijke zaken als de beoordeling van de geldigheid van de rechtsregels zelf.¹³ Het gaat dan zowel om het openstaan van een beroepsinstantie, als om het laag houden van de toegangsdrempel. Het openstaan van een beroepsinstantie impliceert niet enkel de daadwerkelijke inrichting van de rechterlijke macht, maar ook de overzichtelijkheid voor de rechtzoekende van de beroepsmogelijkheden en van de bevoegde instanties. Het laag houden van de toegangsdrempel dient het kostenrisico evenredig te houden met het belang van de rechtzoekende.¹⁴ Dit betekent dat dient te worden gezorgd voor een effectieve rechtsbijstand,¹⁵ maar ook voor een uitspraak binnen een redelijke termijn.

Het recht op een eerlijke behandeling betreft, onder meer, vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en de eerbiediging van het recht van verdediging. Zo moet de rechter onder meer antwoorden op de eisen, verweermiddelen of excepties die zijn aangevoerd in een regelmatig ingediende conclusie.¹⁶

De openbaarheid ten slotte betreft zowel de openbaarheid van de zitting en van de uitspraak als formele inrichtingseisen.¹⁷ Als rechtmatigheidscontrole en rechtsinformatie naar de betrokken rechtzoekende in het bijzonder en het publiek in het algemeen toe, vindt de openbaarheidsfunctie in de rechtsstaat haar meest praktische betekenis evenwel in de rechterlijke motiveringsplicht.¹⁸ De publikatie van de uitspraak met haar motivering brengt tenslotte die

Maklu, 1994, 77-94, en SIMONART, H. en SALMON, J., «Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'Arbitrage», *J.T.*, 1994, 197-207.

⁷ B.S., 30 juni 1994.

⁸ Ingevoegd bij wet van 24 maart 1994, B.S., 17 mei 1994. Zie over dit artikel LAMBRECHTS, W., «Een nieuw procedurevoorschrift in de wetten op de Raad van State», *Rec. Arr. R.v.St.*, 1994, 170.

⁹ De vraag werd gesteld of de rechtzoekende, die vertrouwde op de verwijzing door het bestuur, kan worden verweten zich tot de Raad van State te hebben gewend om hem zo de vervaltermijnen tegen te werpen bij zijn procedure voor de eigenlijk bevoegde rechter: LAMBRECHTS, W., *l.c.*, 170.

¹⁰ Dit is de rechtspraak die de Raad van State, ook vóór de verwijzingsplichting door het bestuur, reeds heeft aangehouden in de hypothese dat een rechtzoekende zich ten onrechte tot een ander rechtscollege had gewend; zie MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1994, 13e druk, 744, en de in noot 114 vermelde arresten.

¹¹ Zie LAMBRECHTS, W., «Het zorgvuldigheidsbeginsel», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 47 e.v., over de informatieplicht van de overheid en het zorgvuldigheidsbeginsel.

¹² VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijke rechtspraak», in *Liber amicorum F. Dumon*, I, Antwerpen, Kluwer, 1983, 23-29, en VAN ORSHOVEN, P., *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe rijksbelastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 580 p.; zie ook VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de*

rechterlijke macht, Antwerpen/Brussel, Maklu/CED Samsom, 1987, II, 799-800 en 808-810. Voor Nederland, zie DE WAARD, B.W.N., *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 450 pp.

¹³ Zie RIMANQUE, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 143 pp. over de rechtsvraag naar de geldigheid van de toepasselijke rechtsregel; zie p. 3: deze is van wezenlijk belang voor de verwezenlijking van de rechtsstaatsgedachte.

¹⁴ Zie, voor Duitsland, in het bijzonder BVerfGE 85, 337.

¹⁵ Het Arbitragehof erkent dat het recht op *bijstand* behoort tot het recht van verdediging, maar dat geen enkel algemeen rechtsbeginsel een recht waarborgt op *vertegenwoordiging* voor een rechtscollege (Arbitragehof, nr. 6/94, 20 januari 1994, B.S., 17 februari 1994; zie ook de noot bij dit arrest door BERX, C., «De herkeuringsraad en de advocaat», *R.W.*, 1993-94, 1267-1268).

¹⁶ Hierover MAES, B., *De motiveringsplicht van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 104 pp.

¹⁷ DE WAARD, B.W.N., *o.c.*, 110. Het E.H.R.M. acht ze als formele eisen niet essentieel voor de naleving van artikel 6 E.V.R.M., zolang aan het doel van de openbaarheid, m.n. het mogelijk maken van een controle op de rechter door het publiek, als waarborg voor het recht op een eerlijk proces, wordt voldaan, o.m. E.H.R.M., Pretto e.a., 8 december 1983, C.E.D.H., Serie A, nr. 71; Sutter, 22 februari 1984, C.E.D.H., Serie A, nr. 74, en Cambell en Fell, 28 juni 1984, C.E.D.H., Serie A, nr. 80.

¹⁸ DE WAARD, B.W.N., *o.c.*, 111 en 371.

uitspraak méér in de openbaarheid dan de uitspraak met open deuren.¹⁹

7. Voor dit verband verkleint de relevantie van het onderscheid tussen gewone rechtspraak, administratieve rechtspraak en administratieve rechtshandelingen.

8. Artikel 6 E.V.R.M. en artikel 14 BuPo zijn niet toepasbaar op alle geschillen, met name niet op geschillen van bestuurlijke aard. Zij zijn echter wel van toepassing op administratiefrechtelijke betwistingen die determinerend worden geacht voor burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van deze verdragen.²⁰ Zo blijven weliswaar de werving, de loopbaan en het ontslag van de ambtenaar buiten het toepassingsgebied van artikel 6, lid 1, maar niet de persoonlijke vermogensrechten en -verplichtingen die rechtstreeks met de functie zijn verbonden, zoals bijvoorbeeld het recht op het juiste pensioen van een magistraat.²¹ Maar ook bij stilzwijgen van de wet blijven, waar recht wordt gesproken, de algemene beginselen van behoorlijke rechtsbedeling onverkort gelden.²² Recente wetgevende initiatieven, vooral maar niet uitsluitend in het kader van de openbaarheid van bestuur, geven daarvan slechts bevestiging.²³

9. Het rechtskarakter van de betwistingen die voor quasi-jurisdictionele organen worden gebracht, blijft een grijze zone.²⁴ Wanneer deze beslissingen niet als jurisdictioneel worden erkend, staat de rechtsmacht van de Raad van State in het raam van zijn schorsings- en vernietigingsbevoegdheden onverkort ter beschikking van de rechtzoekende. De Raad van State kan deze administratieve rechtshandelingen toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waarvan de overeenkomst met de beginselen van een behoorlijke rechts-

bedeling steeds duidelijker wordt.²⁵ De bestuurlijke of jurisdictionele aard van een procedure determineert evenwel nog de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof of aan het Hof van Justitie. Ook de aansprakelijkheid van de overheid is voor foutief optreden van de overheid veel ruimer ten aanzien van een actief bestuur dan ten aanzien van een rechtsprekend orgaan.²⁶

10. Zo wordt een tendens duidelijk, waarbij men evolueert naar een algemene theorie over beginselen van zorgvuldig overheidsoptreden, waarvan de beginselen van behoorlijke regelgeving,²⁷ bestuur en rechtsbedeling slechts drie aspecten zijn die op een gemeenschappelijke noemer kunnen worden teruggebracht.²⁸ Dit is van belang in het kader van de rechtsstaat, die elke overheidsmacht onderwerpt aan de grenzen die door het recht worden gesteld. Wanneer de grenzen tussen de verschillende machten vervagen, onder meer door de versterking van de uitvoerende macht in de moderne sociale staat en de implicaties van de partijdemocratie voor de politieke machtsverhoudingen, is de aangewezen weg de verschillende machten te plaatsen onder soortgelijke gedragsoriënterende beginselen. De Raad van State illustreert dit nogmaals in het in dit nummer gepubliceerde arrest, waar hij de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het arrest beveelt met een bekendmaking in de meest nabije uitgave van het *Belgisch Staatsblad* op grond van de overweging dat het betwiste besluit in het *Belgisch Staatsblad* van 15 oktober 1994 zal worden gepubliceerd. Het hybride karakter van de objectieve rechtspraak plaatst de schorsingen en vernietigingen van algemene normen onder dezelfde bekendmakingsbehoefte die bestaat voor de rechtsregels zelf.²⁹

11. Wat de rechtsbedeling betreft, dient te worden gelet op de naleving van de elementaire beginselen door de individuele rechter. De werkelijk ernstige problemen liggen echter op het vlak van de organisatie en de middelen van justie-

¹⁹ Zie de geciteerde rechtsleer in DE WAARD, B.W.N., o.c., 110 en 372, noot 46 resp. 6.

²⁰ Over de toepasselijkheid van deze bepalingen, zie LEMMENS, P., *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 316 pp.

²¹ Zie de arresten van het E.H.R.M., 26 november, Francesco en Giancarlo Combarbo, C.E.D.H., serie A, nrs. 249 B en C. De zaak Muyltermans t. België, die de procedure tegen een rekenplichtige voor het Rekenhof betrof, werd van de rol geschrapt na het bereiken van een minnelijke regeling, E.H.R.M., 23 oktober 1991, C.E.D.H., serie A, nr. 214 B.

²² Zie VAN ORSHOVEN, P., *Ontwikkelingen in de beslechting van bestuurrechtelijke geschillen in België*, Preadvis voor de VVSRBN, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 25 e.v.

²³ De invoering van het administratief kort geding trachtte de nadelen van de vertraging in de rechtsbedeling door de Raad van State te ondervangen (*Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 984/1, 1). Zie ook VAN DE LANOTTE, J., i.s.m. LANCKSWEERT, E., «De Raad van State: quo vadis?», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, STORME, M. en BEIRLAEN, A. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 291-313. Zie ook hierboven over de verwijzingsplichting in de wet op de openbaarheid van bestuur en over artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Ter bevordering van de openbaarmaking van de werkzaamheden van de Raad van State, dient de Raad van State, krachtens het nieuwe artikel 119 van die wetten op de Raad van State, bovendien jaarlijks een activiteitenverslag op te stellen en bekend te maken.

²⁴ Slechts van de beslissingen van klachtencommissies of geschillenraden die zijn opgericht door de gemeenschappen en de gewesten is het niet-jurisdictionele karakter duidelijk, behoudens schending van de federale bevoegdheidsverdeling, volgens welke de deelstaten niet de bevoegdheid hebben om rechtsprekende organen op te richten.

²⁵ Zie bijvoorbeeld de bijdrage van OPDEBEEK, I., «Het recht van verdediging en het recht om zijn standpunt naar voor te brengen», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, 51 e.v., over de verving van het onderscheid tussen de hoorplicht in administratieve zaken in het algemeen en het recht van verdediging in tuchtzaken in het bijzonder.

²⁶ Hierover VAN OEVELEN, A., o.c., 940 pp.

²⁷ Hierover COREMANS, H. en VAN DAMME, M., *Beginnelsen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, Die Keure, 1994, 154 pp. Zie ook reeds DE JONGHE, J., *De staatsrechtelijke verplichting tot bekendmaking van de normen*, Antwerpen, Kluwer, 1985, i.h.b. de inleiding, en RIMANQUE, K., o.c., 13 e.v. Voor Nederland, zie vooral VAN DER VLIES, I., *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving: de verandering van het legaliteitsbeginsel in de 20ste eeuw*, 's-Gravenhage, VUGA, 1984, 260 pp.

²⁸ DE WAARD, B.W.N., o.c., 119 e.v. VAN GERVEN, W., plaatst ze in een nog ruimer kader onder beginselen van behoorlijk handelen, «Beginnelsen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961-978 en l.c.

²⁹ Over het kenbaarheidsbeginsel als een op de rechtsstaat gebaseerd beginsel van behoorlijke regelgeving, COREMANS, H. en VAN DAMME, M., o.c., 109 e.v., en RIMANQUE, K., o.c., 14. Zie in het bijzonder DE JONGHE, J., o.c., Antwerpen, Kluwer, 1985, 183 pp. Voor het Arbitragehof wordt de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van de vernietigingsarresten en van de arresten, gewezen op prejudiciële vragen, voorgeschreven door artikel 114 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

tie³⁰ en zijn voornamelijk een probleem van begroting en politieke wil bij de afweging van beleidsprioriteiten. Dit lijkt ook de doorvoering van de bestaande plannen en initiatieven voor een noodzakelijk geworden deconcentratie van de algemene administratieve geschillenregeling in de weg te staan.³¹

Patricia POPELIER
Assistente Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

³⁰ Zie voor de administratieve geschillenbeslechting het preadvies van VAN ORSHOVEN, P., o.c., 19 e.v.

³¹ Het voorstel Cerexhe tot hervorming van de administratieve geschillenregeling dateert reeds van 23 november 1989, *Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 808/1.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

18 OKTOBER 1994

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. De Baets en Martens

Advocaten: mrs. De Wolf, Plavsic loco Van Rooy en Van Hoyweghen

**Grondwet – Gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel –
Onteigening – Spoedprocedure – Herziening**

Door aan elk der partijen – de onteigende en de onteigenaar – de mogelijkheid te bieden de herziening te verkrijgen van de voorlopige onteigeningsvergoeding – zij het in meer of min – heeft de wetgever het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel niet geschonden.

De onteigende mag uit het vereiste van een voorafgaande schadeloosstelling niet het voordeel van een door de spoedende omstandigheden mogelijk verkeerdelijk tot stand gekomen onredelijk hoge voorlopige onteigeningsvergoeding putten. Een onredelijk hoge onteigeningsvergoeding zou, evenzeer als een te lage schadeloosstelling, de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie schenden.

Arrest nr. 77/94

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 18 november 1993 in zake de Belgische Staat, voor wie het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering, het geding heeft hervat als overnemer van de rechten en verplichtingen van de Staat, tegen Mark De M. en Luc De M., gedagvaard als erfgenamen van Leon De M. tot hervatting van het geding, heeft de eerste burgerlijke kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schendt artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 op de onteigening ten algemenen nutte bij hoogdringendheid, de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, artikel 1 van het additioneel Protocol en artikel 60 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in die zin dat, door de onwettigheid van

de door de onteigende overheid verrichte rechtshandeling bestaande uit het voeren van een procedure tot herziening strekkende tot vermindering van de door de vrederechter toegekende voorlopige onteigeningsvergoeding, het gelijkheidsbeginsel wordt doorbroken en de onteigende wordt gediscrimineerd door aantasting van zijn fundamenteel eigendomsrecht waaruit hij wordt ontzet, zonder de voorafgaande passende schadevergoeding die zijn vermogen in een gelijkwaardige toestand dient te herstellen, zoals vastgesteld in artikel 11 van de Grondwet?» (...)

B.1.1. De prejudiciële vraag strekt ertoe na te gaan of artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening ten algemenen nutte, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vroegere artikelen 6 en 6bis), gelezen in samenhang met artikel 16 van de Grondwet (vroegere artikel 11), artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 60 van datzelfde verdrag schendt, nu in wezen ongelijke partijen – de onteigende en de onteigenaar – op voet van gelijkheid de herziening van de voorlopige onteigeningsvergoedingen kunnen vragen die kan leiden tot een vermindering van de bedoelde onteigeningsvergoedingen na de bezitsoverdracht.

B.1.2. Artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening ten algemenen nutte luidt:

«De voorlopige vergoedingen die de rechter heeft toegekend, worden onherroepelijk, indien binnen twee maanden na de verzending van de in artikel 15, tweede lid, bedoelde stukken, geen van de partijen de herziening ervan heeft aangevraagd voor de rechtbank van eerste aanleg.

De vordering tot herziening kan ook gegrond zijn op de onregelmatigheid van de onteigening. Zij wordt door de rechtbank behandeld overeenkomstig de regels van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering.»

B.1.3. Artikel 16 van de Grondwet bepaalt: «Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling.»

B.2.1. De bij de wet van 26 juli 1962 georganiseerde onteigeningsprocedure stelt geen partijen tegenover elkaar

wier rechten van dezelfde aard zouden zijn. Doordat de ont-eigende de rechten uitoefent die verbonden zijn aan de privé-eigendom en de onteigenaar doeleinden van algemeen belang nastreeft, bestaat tussen de onteigende en de onteigenaar een objectief verschil. Dit neemt niet weg dat ten deze moet worden aangenomen dat de onteigende en de onteigenaar, elk handelend met het oog op de bescherming van een verschillend belang, met een mogelijke aanvraag tot herziening van de voorlopige onteigeningsvergoeding, minstens één zelfde doelstelling nastreven, namelijk de vaststelling van de billijke schadeloosstelling door de rechter. De gelijke behandeling van de onteigende en de onteigenaar door de wetgever in artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 vindt hierin een objectieve en redelijke verantwoording.

B.2.2. Daaruit kan weliswaar voortvloeien dat de uiteindelijk toegekende vergoeding lager ligt dan de voorlopige onteigeningsvergoeding. Het vereiste van de voorafgaande schadeloosstelling in artikel 16 van de Grondwet impliceert evenwel niet dat het bedrag van de schadeloosstelling vóór de inbezitting definitief en onherroepelijk moet zijn vastgesteld. De onteigende mag uit het vereiste van een voorafgaande schadeloosstelling niet het voordeel van een door de spoedeisende omstandigheden mogelijk verkeerdelijk tot stand gekomen onredelijk hoge voorlopige onteigeningsvergoeding putten. De schadeloosstelling dient immers tevens billijk te zijn, wat inhoudt dat de onteigeningsvergoeding even groot moet zijn als het bedrag dat moet worden betaald om zich een onroerend goed aan te schaffen van dezelfde waarde als het goed waarvan de onteigende wordt ontzet. Een onredelijk hoge onteigeningsvergoeding zou, evenzeer als een te lage schadeloosstelling, de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie schenden.

B.3. Door aan elk der partijen de mogelijkheid te bieden de herziening te verkrijgen van de voorlopige onteigeningsvergoeding – zij het in meer of in min – heeft de wetgever de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie niet miskend.

B.4. In tegenstelling tot wat de verwerende partijen in het bodemgeschil suggereren, is het Hof niet bevoegd om na te gaan, los van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, of artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 bestaanbaar is met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

B.5. Het Hof dient niet nader in te gaan op de argumenten die de verwerende partijen in het bodemgeschil beweren te putten uit andere bepalingen dan die welke het onderwerp zijn van de prejudiciële vraag.

Om die redenen,

het Hof, zegt voor recht:

Artikel 16 van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening ten algemenen nutte schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (vroegere artikelen 6 en 6bis), gelezen in samenhang met artikel 16 van de Grondwet (vroegere artikel 11), artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 60 van hetzelfde Verdrag, in zoverre die bepaling de onteigenende overheid heeft begrepen onder de partijen die voor de rechtbank van eerste aanleg de herziening van de voorlopige onteigeningsvergoedingen kunnen vragen die kan leiden tot een vermindering van de bedoelde onteigeningsvergoedingen na de bezitsoverdracht.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 18 APRIL 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Bützler

Bestaansminimum – O.C.M.W. – Beslissing – Beroep – Termijn – Aard

De termijn van één maand om bij de arbeidsrechtbank beroep in te stellen tegen een beslissing van het O.C.M.W. inzake het bestaansminimum is een vervultermijn.

O.C.M.W. Luik t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 december 1992 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

...

Over het middel:

Overwegende dat artikel 10 van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum bepaalt dat de betrokkene en de minister tot wiens bevoegdheid het maatschappelijk welzijn behoort, of zijn afgevaardigde, binnen de maand na de betekening of de mededeling van die beslissing, tegen de beslissing van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn beroep kunnen instellen bij de arbeidsrechtbank van de woonplaats van de betrokkene;

Overwegende dat uit die wetsbepaling blijkt dat een beslissing van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn pas rechtsgeldig aan de arbeidsrechtbank kan worden voorgelegd, wanneer het rechtsmiddel binnen de wettelijke termijn wordt ingesteld; dat die termijn is voorgeschreven op straffe van verval;

Dat het arrest, door in een andere zin te beslissen, voornoemd artikel 10 schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 3 JUNI 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Waüters

Advocaat-generaal: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Bützler

Beslag en executie – Beslagrechter – Bevoegdheid – Regelmatigheid en rechtmatigheid van het beslag

De beslagrechter die geadieerd is om kennis te nemen van middelen van tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 1395 Ger.W., vermag geen uitspraak te doen over de zaak zelf, in het bijzonder niet over de rechten van de partijen waarover is beslist in de titel op grond waarvan het uitvoerend beslag is gelegd, ook al is noch door de beslagrechter noch door de partijen toepassing gemaakt van artikel 88, § 2, Ger.W.

V. t/ K.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 december 1991 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het derde onderdeel van het middel, gesteld als volgt: schending van de artikelen (...), 8, 9, (...), 88, § 2, (zoals toegevoegd bij de wet van 15 juli 1970), 556, 568, 569, enig lid, 5°, 1039 (als gewijzigd bij wet van 15 juli 1970), 1395, 1494 van het Gerechtelijk Wetboek en voor zoveel als nodig 793 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het hof van beroep in de bestreden beslissing verweerders hoger beroep inwilligt, zijn oorspronkelijk verzet tegen het uitvoerend beslag op roerend goed gegronsd verklaart, voor recht zegt dat de bij arrest van het Arbeidshof te Gent de dato 14 oktober 1985 toegekende interesten berekend dienen te worden op 695.344 frank, verminderd met de afhoudingen die verweerder daarop overeenkomstig de sociale en fiscale wetgeving heeft verricht of moest verrichten, de opheffing beveelt van het bevel de dato 12 februari 1988 en van het beslag van 9 maart 1988 binnen acht dagen vanaf de uitspraak van het arrest, zegt dat, na het verstrijken van die termijn, het arrest als opheffing zal gelden door de enkele betekening ervan, en eiser veroordeelt in de kosten van beide aanleggen, op de volgende gronden: «Het geschil betreft de tenuitvoerlegging van een arrest de dato 14 oktober 1985 van het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, dat (verweerder) definitief veroordeelt om aan (eiser), als bijkomende verbrekingsvergoeding, achterstallige loonindexaties, oudejaarspremie en vakantiegelden, 695.344 frank te betalen, vermeerderd met de wettelijke interesten vanaf 1 september 1982 en de gerechtelijke interesten vanaf 18 februari 1983. (Verweerder) komt op tegen de tenuitvoerlegging in zoverre betaling beoogd wordt van moratoire interesten op de volledige hoofdsom van 695.344 frank. De beslagrechter die kennis neemt van de vorderingen betreffende de middelen van tenuitvoerlegging, mag geen uitspraak doen over geschillen die wel verband houden met de tenuitvoerlegging, doch niet gaan over de rechtmatigheid of de regelmatigheid ervan. Hij is onbevoegd om uitspraak te doen over de grond, behalve voor de uitzonderingen die de wet bepaalt. (Cass., 29 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 2115). De vraag of de aan (eiser) bij het bedoeld arrest van 14 oktober 1985 toegekende sommen brutobedragen zijn waarin ook de bedrijfsvoorheffing en de werknemersbijdrage voor de sociale zekerheid begrepen zijn, en of (eiser) derhalve betaling kan eisen van de toegekende interesten op de volledige som dan wel enkel op het verschil tussen de som waartoe (verweerder) veroordeeld werd en de afhouding die hij daarop overeenkomstig de fiscale en sociale wetgeving heeft verricht of moest verrichten, doet een geschil rijzen betreffende de rechten van de partijen, waarvoor de beslagrechter niet bevoegd is. Hieruit volgt dat de beslagrechter, en dus thans ook het hof, in beginsel over dit geschil geen bindende uitspraken kan doen. Hij mag echter wel nagaan of de tenuitvoerlegging geschiedt krachtens een uitvoerbare titel en wegens vaststaande en zekere zaken (artikel 1494 Ger.W.) en eventueel, indien hieromtrent ernstige twijfel bestaat, de schorsing van de tenuitvoerlegging bevelen en zelfs de opheffing van het beslag (artikel 1498 Ger.W.), in afwachting dat partijen het geschil door de bodemrechter laten beslechten. Partijen kunnen echter ook van dit recht stilzwijgend afzien en de beslagrechter verzoeken zelfs uitspraak ten gronde te doen. Deze be-

voegdheidsuitbreiding treedt overigens van rechtswege in, wanneer partijen, zoals hier geschied is, geen verdelingsincident overeenkomstig artikel 88, § 2, Ger.W. opwerpen en ook de beslagrechter dit niet ambtshalve doet bij de opening van de debatten. Dan neemt de beslagrechter kennis van het geschil krachtens de algemene bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg, waarvan hij deel uitmaakt. Uit de gedingstukken blijkt dat de eerste rechter op grond van deze bevoegdheidsuitbreiding van het geschil kennis heeft genomen, zodat ook het Hof thans in dezelfde mate bevoegd is om over de rechten van partijen uitspraak te doen. De eerste rechter heeft het verzet van (verweerder) afgewezen op grond dat 1) de uitvoering geschiedt conform het vonnis en het arrest en het niet in zijn bevoegdheid ligt afwijkingen te verlenen op duidelijk gestelde en uitvoerbare vonnissen en arresten die in casu niet alleen gezag, doch ook kracht van gewijsde hebben; 2) appelland de betwisting over bruto- of nettoloon reeds onderworpen heeft aan de beoordeling van de cassatierechter, die zijn voorziening heeft afgewezen. Wat punt 2) betreft, werpt (verweerder) terecht op dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 19 januari 1987 geenszins over de bedoelde betwisting iets beslist heeft, nu het dienaangaande enkel overweegt dat de rechters die vaststellen: 'Uit geen enkel stuk blijkt dat de berekeningswijze betwist wordt', hun dispositief niet nader behoeften te preciseren. Men moet immers vaststellen dat de discussie over bruto- of nettobedragen tussen partijen eerst ontstaan is na de uitspraak van het arbeidshof en wel naar aanleiding van de uitvoering van het arrest. Wat punt 1) betreft, heeft de eerste rechter uit het oog verloren dat het toekennen van brutobedragen door een vonnis of een arrest geenszins betekent dat deze bedragen integraal aan de eisende partij toekomen. Dit is geen inbreuk op het gezag van gewijsde, maar het logisch gevolg van de aard en de bestemming van de toegekende bedragen en de wettelijke verplichtingen bij de uitbetaling ervan. (Verweerder) werpt dienaangaande terecht op dat sommen die de rechter aan een werknemer toekent ingevolge een arbeidsovereenkomst, steeds aan de wetgeving inzake sociale afhoudingen en fiscale bedrijfsvoorheffing zijn onderworpen, met het gevolg dat, wanneer de werkgever die afhoudingen niet verricht en de toegekende bedragen integraal aan de werknemer betaalt, er dan sprake is van een onverschuldigde betaling, die aanleiding geeft tot een terugbetaling vanwege de werknemer (Brussel, 12 januari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2033). Hieruit volgt dat bij de tenuitvoerlegging van vonnissen of arresten die aan een werknemer brutobedragen toekennen, de werknemer geen betaling kan eisen van het integrale bedrag. Dit is het logisch gevolg van het feit dat niet de werknemer de schuldeiser is van de werknemersbijdragen en de bedrijfsvoorheffing, maar de R.S.Z. en de Belgische Staat. Het wordt niet betwist dat het uit te voeren arrest van 14 oktober 1985 brutobedragen toekent, vermeerderd met de wettelijke en de gerechtelijke interesten. Indien (eiser) niet de schuldeiser is van de werknemersbijdragen en van de bedrijfsvoorheffing, kan hij ook geen schuldeiser zijn van de interesten daarop. Een correcte uitvoering van het bedoeld arrest houdt dus in dat (eiser) alleen betaling kan eisen van het verschil tussen de som van 695.344 frank waartoe (verweerder) is veroordeeld en de afhouding die hij daarop overeenkomstig de sociale en fiscale wetgeving heeft verricht of moest verrichten, en de op dit verschil verschuldigde interesten».

...

Overwegende dat de beslagrechter, krachtens artikel 1395 van het Gerechtelijk Wetboek, kennis neemt van de vorderingen betreffende de bewarende beslagen en de middelen tot tenuitvoerlegging; dat die middelen die zijn welke de schuldenaar tot betaling dwingen door de uitwinning van zijn goederen;

Dat de beslagrechter deel uitmaakt van de rechtbank van eerste aanleg, die, krachtens artikel 569, 5°, van voormeld wetboek, bevoegd is voor alle executiegeschillen; dat de beslagrechter, uitgezonderd het geval dat hij of de partijen toepassing maken van artikel 88, § 2, van dit wetboek, bevoegd is voor alle niet bij artikel 1395 van dit wetboek bepaalde executiegeschillen;

Dat de beslagrechter die, krachtens artikel 1395 van het Gerechtelijk Wetboek, kennis neemt van vorderingen betreffende bewarende beslagen en middelen tot tenuitvoerlegging, oordeelt of het beslag rechtmatig en regelmatig is; dat hij niet vermag kennis te nemen van geschillen die wel verband houden met de tenuitvoerlegging, maar niet de rechtmatigheid of de regelmatigheid ervan betreffen; dat hij aldus geen uitspraak vermag te doen over de zaak zelf, behalve in de uitzonderingen die de wet uitdrukkelijk bepaalt;

Dat de beslagrechter die geadieerd is om kennis te nemen van middelen van tenuitvoerlegging op de goederen van de schuldenaar, niet vermag uitspraak te doen over de zaak zelf en in het bijzonder over de rechten van de partijen waarover is beslist in de titel op grond waarvan het betwiste uitvoerend beslag is gelegd, ook al is geen toepassing gemaakt van artikel 88, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat de appelrechter vaststelt dat «(verweerder) dus opkomt tegen de tenuitvoerlegging in zover betaling beoogd wordt van moratoire interesten op de volledige hoofdsom van 695.344 frank»;

Dat hij, na te hebben vastgesteld dat de eerste rechter, op grond van de afwezigheid van een verdelingsincident bedoeld in artikel 88, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens de algemene bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg kennis nam van het geschil betreffende de rechten van de partijen, oordeelt «dat (derhalve) ook het Hof thans in dezelfde mate bevoegd is om over de rechten van partijen uitspraak te doen»;

Dat hij dientengevolge oordeelt dat het arrest van het Arbeidshof te Gent van 14 oktober 1985 brutobedragen toekent, eiser niet de schuldeiser is van de werknemersbijdragen en van de bedrijfsvoorheffing en dat het verzet van verweerder tegen het uitvoerend beslag wat betreft de rente op het verschil tussen de som waartoe verweerder veroordeeld werd en de inhoudingen die hij daarop heeft verricht of moest verrichten, gegrond is;

Overwegende dat het arrest, door aldus over de zaak zelf te beslissen en de opheffing te bevelen van het door eiser gelegde uitvoerend beslag, artikel 1395 van het Gerechtelijk Wetboek schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 13 SEPTEMBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Moeykens en De Loose

Probatie, opschorting en uitstel – Voorrecht van rechtsmacht

Wanneer de procureur-generaal vervolging van de wettelijk als misdaad gekwalificeerde feiten gewent acht doch van mening is dat de misdaad gecorrectionaliseerd moet worden, richt hij daartoe een vordering aan de kamer van inbeschuldigingstelling.

Wanneer de kamer van inbeschuldigingstelling op die vordering ingaat, doet zij geen uitspraak over enig ander aspect van de strafvordering dan de aanneming van verzachtende omstandigheden of van een strafverminderende verschoningsgrond. Zij oordeelt niet over de ontvankelijkheid van de strafvordering of over het bestaan van bezwaren.

Binnen die beperkte wettelijke taak, kan ze geen opschorting van de uitspraak van de veroordeling bevelen.

De C.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 juni 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling;

...

A. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de vordering van de procureur-generaal tot het aannemen van verzachtende omstandigheden:

Overwegende dat die beslissing geen eindbeslissing is in de zin van artikel 416 van het Wetboek van Strafvordering en geen uitspraak doet over een bevoegdheidsgeschil;

Dat de voorziening, nu zij is ingesteld vóór de eindbeslissing, niet ontvankelijk is;

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op eisers verzoek tot opschorting van de uitspraak van de veroordeling:

Over het middel:

Overwegende dat uit de artikelen 480 en 484 van het Wetboek van Strafvordering blijkt dat de bevoegdheid om de strafvordering in te stellen tegen een plaatsvervangend rechter wegens een misdaad gepleegd buiten of in de uitoefening van zijn ambt, toebehoort aan de procureur-generaal bij het hof van beroep;

Overwegende dat de procureur-generaal, wanneer hij vervolging van de wettelijk als misdaad gekwalificeerde feiten gewent acht doch van mening is dat de misdaad gecorrectionaliseerd moet worden, een vordering daartoe richt aan de kamer van inbeschuldigingstelling;

Overwegende dat de kamer van inbeschuldigingstelling, wanneer zij op die vordering ingaat, geen uitspraak doet over enig ander aspect van de strafvordering dan de aanneming van verzachtende omstandigheden of van een strafverminderende verschoningsgrond; dat zij niet oordeelt over de ontvankelijkheid van de strafvordering of over het bestaan van bezwaren;

Dat zij binnen die beperkte wettelijke taak geen opschorting van de uitspraak van de veroordeling kan bevelen;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – *Voorrecht van rechtsmacht en probatie*

1. Opschorting kan, met instemming van de verdachte, door het hof van beroep worden gelast ten voordele van een persoon die voorrecht van rechtsmacht geniet. De kamer van inbeschuldigingstelling kan echter niet tot opschorting besluiten op het ogenblik dat ze zich dient uit te spreken over de verzachtende omstandigheden of over een strafverminderende verschoningsgrond en ingaat op het verzoek van de procureur-generaal.

2. Een onderzoeksgerecht kan de opschorting bevelen wanneer het een misdaad correctionaliseert en bijgevolg voor verwijzing is geadieerd (Cass., 18 januari 1965, *R.W.*, 1964-65, 2006; R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, 863, nr. 2370).

Bij voorrecht van rechtsmacht echter kan het onderzoeksgerecht de zaak niet verwijzen naar het vonnisgerecht: de zaak wordt verwezen naar de procureur-generaal om te handelen als naar recht (Hof Brussel, 29 april 1924, *R.D.P.*, 1924, 542).

3. Zodra vaststaat dat de misdaad gecorrectionaliseerd is, wordt de strafvervolgning aan de procureur-generaal overgelaten. Hij alleen beslist eigenmachtig of er vervolgd wordt of niet: maakt hij de zaak aanhangig bij de eerste kamer van het hof van beroep, dan kan op schriftelijke vordering van het openbaar ministerie of op schriftelijk verzoek van de verdachte, overeenkomstig artikel 5, § 2, van de Probatiewet, het hof van beroep alsnog kennis nemen in raadkamer van de opschorting.

4. Sedert de inwerkingtreding van de wet van 11 juli 1994, kan de procureur-generaal in geval van vervolging van een verdachte die voorrecht van rechtsmacht geniet, deze persoon rechtstreeks dagvaarden of bij proces-verbaal oproepen voor de eerste kamer van het hof van beroep, zelfs al is een gerechtelijk onderzoek gevorderd.

De verzachtende omstandigheden of de strafverminderende verschoningsgrond worden door de procureur-generaal vermeld, maar het hof van beroep is hierdoor niet gebonden en kan bijgevolg zijn bevoegdheid afwijzen (artt. 47 en 48 van de wet van 11 juli 1994).

Uiteraard kan de eerste kamer van het hof van beroep ook in dat geval, overeenkomstig artikel 5, § 2, van de Probatiewet, beslissen van de opschorting kennis te nemen in raadkamer.

5. De onbevoegdheid van de kamer van inbeschuldigingstelling, waarvan sprake in het geannoteerde cassatiearrest, heeft niets te maken met de gelijkheid der Belgen of met de discriminatie van bepaalde bevolkingsgroepen. Een ieder is wel gelijk voor de wet, maar niet voor een ieder gelden dezelfde wetten.

A. Vandeplas

RAAD VAN STATE

11e KAMER – 14 OKTOBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Hanotiau

Staatsraden: de hh. Messine en Leroy

Auditeur: de h. Gilliaux (eensluidend advies)

Advocaten: mrs. Lebrun en Van der Mersch

Raad van State – Schending van de rechtsregels – Gezag van gewijsde – Bevel tot bekendmaking in het Belgisch Staatsblad

Het besluit dat hetzelfde onderwerp heeft als de bepalingen van een geschorst besluit en zich beperkt tot het nemen van een andere motivering dan die van dit geschorste besluit, zonder voor zover nieuw te zijn, schendt het gezag van gewijsde.

Het betwiste besluit blijkt bovendien een machtsafwijking op te leveren want de verwerende partij gebruikt haar verordningsbevoegdheid niet voor het algemeen belang maar voor andere doelen dan die welke haar zijn toegewezen, namelijk doordat zij zowel de rechtsregels die haar zijn opgelegd als het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest schendt; de verwerende partij brengt zodoende de rechtsstaat in gevaar.

V.Z.W. L. e.a. t/ Waals Gewest

Arrest nr. 49.895

Gezien de vordering die de vereniging zonder winstoogmerk «Ligue royale belge pour la protection des oiseaux» en de vereniging zonder winstoogmerk «Société d'études ornithologiques AVES» met toepassing van de rechtspleging in geval van uiterst dringende noodzakelijkheid op 14 oktober 1994 hebben ingesteld om de schorsing te verkrijgen van het besluit van de Waalse Regering van 13 oktober 1994 tot wijziging van het besluit van de Waalse Regering van 14 juli 1994 betreffende de bescherming van de vogels in het Waalse Gewest en om een dwangsom aan de verwerende partij op te leggen;

Gezien de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen die gelijktijdig door dezelfde verzoekende partijen is ingediend;

Gelet op de beschikking van 14 oktober 1994, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 14 oktober om 15.30 uur;

...

Overwegende dat de verzoekende partijen een eerste middel ontfenen «aan de schending van het gezag van gewijsde van het arrest tot voorlopige schorsing dd. 7 oktober 1994 doordat ermee kan worden bereikt wat een vorig geschorst besluit eveneens toestond»;

Overwegende dat de Raad van State bij arrest nr. 49.506 van 7 oktober 1994 de tenuitvoerlegging heeft geschorst van artikel 27, vierde lid, en van bijlage XIII van het besluit van de Waalse Regering van 14 juli 1994 betreffende de bescherming van de vogels in het Waalse Gewest; dat die schorsing bij arrest nr. 49.675 van 14 oktober 1994 is bevestigd;

Overwegende dat het bestreden besluit hetzelfde onderwerp heeft als de bepalingen van het besluit van 14 juli 1994 waarvan de tenuitvoerlegging is geschorst, namelijk de

vangst toelaten van dezelfde hoeveelheden en soorten vogels van 10 oktober tot 11 november van de jaren 1994 tot 1998;

Overwegende dat het bestreden besluit van 13 oktober 1994, dat zich ertoe bepaalt een andere motivering aan te nemen dan die van het besluit van 14 juli 1994, zonder dat deze echter nieuw is, het gezag van gewijsde van arrest nr. 49.506 miskent dat door arrest nr. 49.675 is bevestigd; dat de verwerende partij met dat besluit de indruk wekt te kwader trouw te zijn gelet op het feit dat de heer Ph. Blerot, adjunct-kabinetschef van minister Lutgen, die het besluit heeft voorgedragen, voor de Raad van State, op de terechtzitting van 13 oktober 1994, het standpunt van het Waalse Gewest verdedigde waarbij hij de wil van het Gewest te kennen gaf om de Europese richtlijnen na te leven, op hetzelfde ogenblik dat de Waalse Regering was bijeengekomen om het besluit goed te keuren dat thans wordt betwist, en dat de genoemde richtlijnen op dezelfde manier schendt als het besluit van 14 juli 1994; dat het bestreden besluit, bovendien, machtsafwending lijkt op te leveren aangezien de verwerende partij haar verordnungsbevoegdheid niet in het algemeen belang gebruikt maar voor andere doeleinden dan die welke haar zijn toegewezen, namelijk doordat zij zowel de rechtsregels die haar zijn opgelegd als het gezag van gewijsde van arrest nr. 49.506 schendt; dat de verwerende partij zodoende de rechtsstaat in gevaar brengt; dat het middel ernstig is;

Overwegende dat het risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat door de verzoekende partij wordt aangevoerd precies hetzelfde is als dat wat door de arresten nrs. 49.506 en 49.675 in aanmerking wordt genomen; dat het risico op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel bijgevolg vaststaat;

Overwegende dat, gelet op de minachting die de verwerende partij meent te mogen koesteren voor de rechtsregel die haar is opgelegd, de vordering om haar een dwangsom op te leggen ingewilligd moet worden; dat de advocaat van de verzoekende partijen op de terechtzitting heeft verklaard dat ten gevolge van een verschrijving de vordering tot het opleggen van een dwangsom een bedrag van één miljoen frank per dag bedraagt maar dat tien miljoen dient te worden gelezen; dat de aldus gewijzigde vordering tot het opleggen van een dwangsom dient te worden ingewilligd;

Overwegende, daarentegen, dat de vordering tot het opleggen van een dwangsom die tegen de Staat, vertegenwoordigd door de minister van Justitie, is ingediend, niet gerechtvaardigd is aangezien de diensten van het Belgisch Staatsblad geen blijk hebben gegeven van enig tekort aan ijver in de anteceden ten van deze zaak;

Overwegende dat voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden ingewilligd;

Overwegende dat uit de debatten blijkt dat het bestreden besluit in het Belgisch Staatsblad van zaterdag 15 oktober 1994 zal worden bekendgemaakt; dat dientengevolge de onmiddellijke tenuitvoerlegging van dit arrest moet worden bevolen,

Besluit:

Artikel 1. De tenuitvoerlegging van het besluit van de Waalse Regering van 13 oktober 1994 tot wijziging van het besluit van de Waalse Regering van 14 juli 1994 betreffende

de bescherming van de vogels in het Waalse Gewest is geschorst.

Artikel 2. De onmiddellijke tenuitvoerlegging van dit arrest is bevolen.

Artikel 3. De vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen ten opzichte van de Staat, vertegenwoordigd door de minister van Justitie, wordt afgewezen.

Artikel 4. Overeenkomstig artikel 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, zal dit arrest ter kennis worden gebracht per fax.

Artikel 5. De volledige bekendmaking van dit arrest in de eerstvolgende uitgave van het Belgisch Staatsblad wordt bevolen op straffe van een dwangsom van 10 miljoen frank ten laste van het Waalse Gewest per dag vertraging.

NOOT – Het vogel-arrest van 10 miljoen frank

Dat Europese richtlijnen bij hun implementatie weleens botsen op hardnekkige tradities, ondervindt zeer duidelijk de vogelrichtlijn van 2 april 1979 in de diverse landen van de Europese Unie. De omzetting behoort in België tot de bevoegdheid van de gewesten. Zowel in Vlaanderen, als in Brussel en in Wallonië hebben de diverse besluiten aanleiding gegeven tot verzoekschriften tot schorsing en tot nietigverklaring voor de Raad van State.

De implementatieproblemen in het Vlaamse Gewest werden duidelijk en overzichtelijk besproken door Geert Van Hoorick, «Tien vogels in de hand en één in de lucht. Kritische bedenkingen over de implementatie van de E.G.-Vogelrichtlijn in het Vlaamse Gewest», *T.M.R.*, 1993, 300-307.

Bij het onderzoek van de rechtspraak blijkt dat in de drie gewesten de «bevoorrading» van de «vinkeniers» en de vogelkwekers aanleiding geeft tot een uitgebreide rechtspraak. Het is duidelijk dat er een spanningsveld bestaat tussen de voorschriften van de Europese richtlijn en de onweerstaanbare drang van sommigen om de vinkensport te beoefenen, gesteund door politici die de lobby van de «vinkeniers» ter wille zijn.

Zij stuiten echter stevast op de arendsblik van het Koninklijk Belgisch Verbond voor Bescherming van Vogels.

Door de rechtspraak is erkend dat deze V.Z.W. optreedt tot behartiging van een collectief belang ter verdediging van het doel waarvoor zij is opgericht, nl. de uitoefening en de ontwikkeling van iedere activiteit tot verbetering en versterking van de bescherming, het behoud en de studie van iedere in het wild levende vogelsoort. Dit belang is ook een eigen belang van de genoemde V.Z.W. Daarom wordt zij toegelaten om zich voor de strafrechter burgerlijke partij te stellen (*Corr. Gent*, 15 april 1994, *T.M.R.*, 1994, 435). Een poging om dit verbond het belang te ontzeggen om een verzoekschrift bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State in te dienen, werd afgewezen (*R.v.St.*, nr. 44.400 van 8 oktober 1993).

In de drie gewesten bestaan voorschriften die de vogelvangst voor kweekdoeleinden onder bepaalde voorwaarden toestaan en dit in afwijking van de algemene besluiten betreffende de bescherming van de vogels die zijn genomen ter uitvoering van de Europese richtlijn, het Internationaal Verdrag voor de Bescherming van de Vogels van Parijs van 18 oktober 1950 en de Benelux Overeenkomst op het gebied van

de jacht en de vogelbescherming van Brussel van 10 juni 1970.

In Vlaanderen werden bij M.B. van 15 oktober 1993, B.S., 20 oktober 1993, de vangstquota's van de vinken vastgelegd voor de periode 1993-1997. Voor het Brusselse Gewest werd het M.B. van 5 juli 1989 vernietigd.

Maar het is vooral in Wallonië dat sedert verschillende jaren, keer op keer, wordt overgegaan tot vernietiging en, sinds de invoering van het administratief kort geding, tot schorsing en vernietiging van de besluiten die betrekking hebben op de vogelvangst voor kweekdoeleinden, steeds op verzoek van het Koninklijk Belgisch Verbond voor Bescherming van Vogels (R.v.St., nr. 31.573 van 9 december 1988; R.V.St., nr. 33.473 van 29 november 1989» R.v.St., nr. 36.827 van 19 april 1991; R.v.St., nr. 38.422 van 7 januari 1992; R.v.St., nr. 44.400 van 8 oktober 1993, bevestigd bij R.v.St., 44.536 van 14 oktober 1993, *Aménagement* 1993, 187, en *J.L.M.B.*, 1993, 1201, met noot J.-F. Neuray).

Alle voorheen bestaande besluiten van het Waalse Gewest werden opgeheven door het nieuwe uitgebreide besluit van de Waalse Regering van 14 juli 1994 betreffende de bescherming van de vogels in het Waalse Gewest, B.S., 21 september 1994.

In strijd met de Europese richtlijn werd in art. 27 van het besluit bepaald dat voor de periode 1994 tot 1998 de hoeveelheden die kunnen worden gevangen, de kleur de diameter en het serienummer met jaartal betreffende iedere soort wordt vastgesteld in bijlage XIII bij dit besluit. Het werd gepubliceerd in de tweede uitgave van het Belgisch Staatsblad van 21 september 1994. Onmiddellijk heeft het Koninklijk Belgisch Verbond voor Bescherming van Vogels bij de Raad van State de schorsing van het Besluit gevraagd bij uiterst dringende noodzakelijkheid, gelet op het feit dat de bevoorrading mogelijk zou zijn tussen 10 oktober en 11 november. De voorlopige schorsing werd toegestaan bij arrest nr. 49.506 van 7 oktober 1994, gepubliceerd in het B.S. van 11 oktober 1994. Die uitspraak werd bevestigd bij arrest nr. 49.675 van 14 oktober 1994.

Via een handig uitgewerkt plan dat in het geannoteerde arrest is ontrafeld, heeft de Waalse Regering, die duidelijk te kwader trouw heeft gehandeld, op 13 oktober 1994 een nieuw besluit genomen met identieke inhoud maar enigszins anders gemotiveerd. Onmiskenbaar werd hier afbreuk gedaan aan het gezag van gewijsde. De reactie van het verbond was evenwel bliksemsnel. Krachtens de vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid kon de Raad van State 's anderendaags het gepubliceerde arrest vellen. Het opleggen van een dwangsom was volkomen gerechtvaardigd. Na de publicatie van het eerder geschorste besluit op 11 oktober 1994 moest worden belet dat het besluit van 13 oktober 1994 zou worden gepubliceerd of minstens dat ook onmiddellijk werd overgegaan tot de publicatie van het 's anderendaags al geschorste besluit van 13 oktober 1994. Blijkbaar is de publicatie van het besluit van 13 oktober 1994 op de persen van het Belgisch Staatsblad tegengehouden.

Dat in de gegeven omstandigheden een dwangsom moest worden opgelegd staat buiten kijf.

Gaan we volgend jaar in oktober een nieuwe vinkenslag tegemoet of komt er rust?

Zie in dit nummer ook het artikel van Patricia Popelier, p. 876 e.v.

W. Lambrechts
U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

19e KAMER – 6 OKTOBER 1992

Voorzitter: de h. De Vel

Advocaten: mrs. De Ridder en Leonard

Gerechtsdeurwaarder – Rechtsverhouding met opdrachtgever – Opdracht – Strekking – Niet-naleving

De contractuele rechtsverhouding tussen een gerechtsdeurwaarder en zijn opdrachtgever is die van een bezoldigde lastgeving.

Wanneer een gerechtsdeurwaarder door zijn opdrachtgevers ervan in kennis is gesteld dat de door de huurder overgelegde betalingsbewijzen voor een deel verkeerd zijn aangerekend en er nog wel degelijk een achterstand bestaat, en als die gerechtsdeurwaarder door zijn opdrachtgevers verzocht is zo spoedig mogelijk de nog achterstallige huurgelden te innen en zo nodig het pandbeslag in stand te houden, heeft hij de verplichting het hem gegeven mandaat uit te voeren en tot pandbeslag over te gaan, en mag hij niet zonder voorafgaande raadpleging van zijn opdrachtgevers het pandbeslag uitsstellen tot een latere datum.

C. t/ G. en V.

Overwegende dat appellant, door wijziging van het bestreden vonnis, de afwijzing nastreeft van de oorspronkelijke eis van geïntimeerden die ertoe strekt appellant te horen veroordelen tot betaling van een bedrag van 111.600 fr. met de interesten sedert 30 juni 1982 ter vergoeding van de schade die zij beweren geleden te hebben als gevolg van de beweerde nalatigheid van appellant i.v.m. de hem toevertrouwde opdracht pandbeslag te leggen op de roerende goederen zich bevindende in de winkel gelegen te (...), door geïntimeerden in huur gegeven aan de N.V. T.C.D.

Overwegende dat geïntimeerden concluderen tot de ongegrondheid van het hoger beroep en met een regelmatig en insgelijks ontvankelijk incidenteel beroep de algehele inwilliging nastreven van voormelde eis tot schadevergoeding;

Overwegende dat bij schrijven van 21 april 1982 geïntimeerden bij monde van hun raadsman appellant verzochten om een bevel voorafgaande aan pandbeslag te betekenen en vervolgens pandbeslag ter recuperatie van enerzijds de achterstallige huur der maand april 1982 ten bedrage van 18.600 fr. en anderzijds de huuronkosten voor de jaren 1978 tot en met 1981 ten bedrage van 30.651 fr.;

Overwegende dat appellant op 13 mei 1982 tot betekening van het bevel voorafgaande aan het pandbeslag overging m.b.t. de voornoemde afrekening, vermeerderd met de huurgelden van de maand mei 1982;

dat hij echter nadien niet tot het pandbeslag overging om reden dat de huurder bewijzen voorbracht van twee betalingen van telkens 18.600 fr. en het saldo van 29.851 fr. in zijn handen betaalde;

dat hij de raadsman van geïntimeerden hiervan op 18 juni 1982 in kennis stelde en deze nadien op 2 juli 1982 een gedetailleerde rekening bezorgde samen met een kopie van de betalingsbewijzen;

dat hieropvolgend de raadsman van geïntimeerden op 16 juli 1982 aan appellant meedeelde dat hij zich had laten misleiden nopens de precieze omvang van de achterstallige schuld en dat er nog steeds een maand huur, zegge de maand april 1982 verschuldigd bleef, te vermeerderen met de inmiddels vervallen huurgelden voor juni en juli 1982;

dat hij bij dezelfde brief de gerechtsdeurwaarder andermaal opdracht gaf het nodige te doen voor de invordering van de verschuldigde bedragen met verzoek «indien nodig het pandbeslag in stand te houden»;

dat appellant, toen hij zich nadien weer ter plaatse begaf teneinde beslag te leggen, vaststelde dat de handelszaak gesloten was en de ramen afgeschermd waren en op het uitstalraam aangekondigd was dat op 21 oktober 1982 de zaak met een nieuwe collectie zou worden heropend;

dat appellant daarna op 22 september 1982 opnieuw overging tot betekening van het bevel voorafgaande aan pandbeslag volgens de hem bezorgde afrekening, verhoogd met de intussen vervallen huurgelden over de maanden augustus en september 1982;

dat appellant ten slotte slechts op 21 oktober 1982 overging tot pandbeslag;

Overwegende dat geïntimeerden appellant als fout in de uitvoering van zijn opdracht aanrekenen met het pandbeslag te hebben gewacht tot 21 oktober 1982 hoewel de duidelijke opdracht hiertoe reeds dagtekende van 26 april 1982;

dat zij stellen dat door de nalatigheid van de gerechtsdeurwaarder de achterstallen die in april 1982 30.651 fr. bedroegen op het einde van oktober 1982 opgelopen zijn tot boven de 135.000 fr.;

dat zij de geleden schade schatten op zes maanden huur, zegge (18.600 x 6) 111.600 fr.;

Overwegende dat de contractuele verhouding tussen partijen die is van een bezoldigde lastgeving;

Overwegende dat allereerst appellant geen verwijt treft na een eerste maal op 13 mei 1982 een bevel voorafgaande aan het pandbeslag te hebben betekend, niet onmiddellijk te zijn overgegaan tot het pandbeslag;

dat immers, nu vaststaat dat de huurder korte tijd nadien twee betalingsbewijzen overlegde gedagtekend op 7 april 1982 en 15 mei 1982 ten bedrage van telkens 18.600 fr. en het saldo van 29.851 fr. in handen van de gerechtsdeurwaarder regelde, deze laatste redelijkerwijze mocht veronderstellen dat het effectief doorvoeren van het pandbeslag nodeloze kosten zou veroorzaken in de zin van art. 866 Ger.W., waarbij alleszins zijn opdrachtgevers geen baat zouden vinden;

Overwegende dat, toen appellant echter op 16 juli 1982 door zijn opdrachtgevers ervan in kennis werd gesteld dat de betalingsbewijzen meegedeeld door de huurder deels verkeerdelijk geïmputeerd werden en er nog wel degelijk een achterstand bestond en hij verzocht werd zo spoedig mogelijk het nog verschuldigde te innen en desnoods het pandbeslag in stand te houden, hij beslist wel de plicht had om het hem gegeven mandaat uit te voeren en tot pandbeslag over te gaan en hij niet zonder voorafgaande raadpleging van zijn mandanten het pandbeslag vermocht uit te stellen tot de datum van de aangekondigde heropening op 21 oktober 1982;

dat immers, nu appellant door gezegd schrijven van 16 juli 1982 behoorlijk ingelicht was over de onjuistheid van de stelling van de schuldenaar en op ondubbelzinnige wijze een hernieuwde opdracht had gekregen om onverwijld het nodige te doen om te trachten de achterstallige huurgelden te recupereren, hij niet vermocht eigenmachtig te beslissen over de opportuniteit van de verdere executie en het pandbeslag uit te stellen tot in de maand oktober;

dat, zo hij van oordeel was dat de uitvoering van zijn mandaat enkel resultaat kon opleveren op het ogenblik dat de nieuwe collectie aanwezig zou zijn en de winkel weer open zou gaan, hij dit gegeven aan zijn opdrachtgevers had moeten meedelen en hen om instructie vragen, wat hij echter naliet;

Overwegende dat een correcte uitvoering van het mandaat vereiste dat appellant binnen de kortste tijd de in de geschreven opdracht gespecificeerde maatregelen uitvoerde, minstens niet tot verder uitstel ervan zou overgaan zonder zijn opdrachtgevers te berichten over de beweerde niet bestaande kansen om vóór 21 oktober 1982 met enig resultaat pandbeslag te leggen en hen om hernieuwde instructies te vragen;

Overwegende dat appellant te dezen bij de uitvoering van zijn opdracht beslist niet gehandeld heeft zoals het een voorzichtige en oplettende deurwaarder betaamt, nu hij eigenmachtig de uitvoering van zijn opdracht op de lange baan schoof met het risico dat er geen voor beslag vatbare goederen meer aanwezig zouden zijn op het tijdstip van de uitvoering van zijn opdracht;

Overwegende dat het verweer van appellant dat, indien hij onmiddellijk was overgegaan tot pandbeslag, deze procedure slechts kon eindigen in een P.V. van gebrek aan baten niet opgaat nu hij geenszins bewijst dat er bij de ontvangst van de hernieuwde opdracht geen voor beslag vatbare goederen aanwezig waren, laat staan dat hij hiervan op de hoogte was;

Overwegende dat, hoewel vaststaat dat appellant op foutieve wijze inactief is gebleven en nagelaten heeft binnen een normaal tijdsbestek de nodige diligentie aan de dag te leggen, nochtans niet als bewezen aanvaard kan worden dat geïntimeerden door zijn handelwijze enig nadeel geleden hebben;

Overwegende dat er immers geen objectieve elementen zijn die het mogelijk maken als bewezen te aanvaarden dat, zo appellant na ontvangst van het schrijven van 16 juli 1982 onmiddellijk pandbeslag had gelegd, geïntimeerden een hoger dividend uit het faillissement ontvangen zouden hebben dan thans het geval is na het leggen van het pandbeslag op 21 oktober 1982;

dat er immers geen aanwijzingen zijn dat er in de maand oktober 1982 minder voor beslag vatbare goederen aanwezig waren in het gehuurde goed dan het geval was in juli 1982;

Overwegende dat geïntimeerden, nu zij niet naar eis van recht aantonen dat zij enig nadeel geleden hebben door de foutieve handelwijze van appellant, in hun oorspronkelijke eis falen;

Overwegende dat het hoger beroep mitsdien gegrond en het incidenteel beroep ongegrond voorkomt;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER – 16 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Debruyne

Raadsheren: mevr. Van Peteghem en de h. Van Remoortel

Advocaten: mrs. Fremaut en Boutens

Stedebouw – 1. Niet-aanbrengen van vensters in strijd met de bouwvergunning – Herstelmaatregel – Aanpassing – Onderscheid met herstel van de plaats – Geldsom – 2. Burgerlijke partij – Gemeente

1. *Wanneer het stedbouwmisdrijf bestaat in het niet-aanbrengen van vensters in strijd met de bouwvergunning, is de verplichting tot het alsnog inwerken van de ramen in de muren te beschouwen als het uitvoeren van een aanpassing en niet als het herstel van de plaats in de vorige staat. Bij gebrek aan een gezamenlijk akkoord van de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen kan als herstelmaatregel alleen het betalen van een geldsom worden opgelegd.*

2. *De burgerlijke-partijstelling van een gemeentebestuur dat niet bewijst persoonlijke schade te hebben geleden door het stedbouwmisdrijf, is niet ontvankelijk.*

Gemeente De Haan t/ H. en N.V. M.

3. Het oprichten en het er onmiddellijk op volgend en zonder onderbreking in stand houden van een bouwwerk in strijd met de afgeleverde vergunning zijn, voor zover bewezen, de uiting van een zelfde opzet en vormen één collectief misdrijf.

4. De telastleggingen zoals nader omschreven in de oorspronkelijke dagvaarding zijn in strijd met hetgeen de eerste rechter (Corr. Rb. Brugge, 30 juni 1993) aannam wel degelijk ten genoegen van recht bewezen, gelet op de gegevens van het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting.

Het wordt niet betwist dat de beklaagde strafrechtelijk aansprakelijk is voor de inbreuken begaan door de N.V. M. nu deze door het persoonlijk toedoen van de beklaagde tot stand kwamen. De beklaagde kan het de overheid die de bouwvergunning verleende niet ernstig ten kwade duiden dat zij een vergunning verleende overeenkomstig de ingediende aanvraag; het is het door de N.V. M. ingediende plan zelf dat in de betrokken muur drie vensters voorziet en het is derhalve niet de overheid die, volgens de beklaagde ten onrechte, het voorzien van drie vensters op eigen initiatief oplegde. Overigens kan vanuit stedbouwkundig oogpunt verdedigd worden dat in een bepaalde omgeving een muur van een bepaalde omvang het best onderbroken wordt door enkele vensters.

De door de beklaagde op de muur aangebrachte kaders met glas kunnen niet als vensters worden beschouwd nu een venster, zij het met ondoorzichtbaar glas, een vensteropening in de muur veronderstelt, zoals overigens aangegeven op het door de N.V. M. ingediende bouwplan. Wat de beklaagde vensters noemt, zijn geen vensters nu de muur op de plaatsen waar glas met een raam of kader omheen werd aangebracht, in strijd met het bouwplan, doorloopt. De in de dagvaarding bedoelde afwijking van het goedgekeurd plan is derhalve wel degelijk bewezen. Zo de beklaagde van zijn oorspronkelijk plan wenste af te wijken en een blinde muur

wenste te bouwen in plaats van een muur onderbroken door drie vensters zoals op het eigen goedgekeurde plan voorzien, dan diende hij vooraf een wijziging van de vergunning te vragen, hetgeen hij nagelaten heeft te doen.

5. De beklaagde heeft willens en wetens een manifest wederrechtelijke toestand tot stand gebracht en in stand gehouden. Het belang van de gemeenschap bij een goede ruimtelijke ordening en stedbouw heeft hij totaal ondergeschikt gemaakt aan zijn persoonlijk belang. Slechts een omvangrijke geldboete zoals hierna bepaald vormt een passende bestraffing en kan hem doen inzien dat hij zich in de toekomst aan de wettelijke voorschriften dient te houden.

De vermelding «heden» in de telastlegging betreft de datum van het bevel tot dagvaarding, dit is 2 april 1993. Het misdrijf werd derhalve deels vóór en deels na 10 juli 1992 gepleegd zodat de geldboete dient te worden verhoogd met 990 opdecimes.

6. Het is niet aangetoond dat de beklaagde een aangestelde is van de gedaagde N.V. M. in de zin van art. 1384 B.W. Deze laatste kan derhalve bij afwezigheid van andersluidende wettelijke bepaling niet burgerrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor de kosten waarin H. wordt veroordeeld.

7. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente De Haan vordert het inwerken van de ramen in de gevel zoals aangeduid op het bouwplan goedgekeurd door het college op 9 juli 1991, met verwijzing naar art. 65, § 1, b, van de wet van 19 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedbouw.

De gemachtigde ambtenaar heeft zich bij die vordering niet aangesloten oordelende dat de vordering van het college neerkomt op een «vordering tot het herstel in de voorgaande juridische staat met toepassing van art. 65, § 1, a» van voormelde wet.

Het Hof is van oordeel dat de vordering van het college die de uitvoering van aanpassingwerken inhoudt, valt onder art. 65, § 1, b, van de wet; het gaat niet om het herstel in de vorige staat in de zin van art. 65, § 1, a, van de wet, nu de staat van de plaats voor het begaan van het misdrijf geen vensters of ramen of een doorlopende muur omvatte. De gemachtigde ambtenaar voegt aan de termen van de wet een beperking toe («juridische») die er niet in voorkomt. Het feit dat het om zodanige aanpassingswerken gaat dat de uitvoering ervan meebrengt dat het bouwwerk in overeenstemming wordt gebracht met de verleende vergunning doet aan deze vaststelling geen afbreuk. Deze interpretatie is vanuit het oogpunt van de waarborgen tegen misbruiken overigens aangewezen, daar het vereiste van een gezamenlijk akkoord verantwoord is steeds wanneer in feite een toestand in stand wordt gehouden die verschilt van die voorafgaand aan het plegen van het misdrijf.

Bij gebrek aan gezamenlijk akkoord van het college en de gemachtigde ambtenaar vereist door art. 65, § 1, b, van de Stedbouwwet, kan in het kader van de onderhavige strafprocedure dit Hof de uitvoering van de aanpassingswerken niet bevelen.

8. In termen van pleidooien betwiste de beklaagde en de N.V. M. ter zitting van 19 mei 1994 het bestaan van persoonlijke schade van de burgerlijke partij, de gemeente De Haan.

Om zich burgerlijke partij te kunnen stellen dient de gemeente De Haan inderdaad aan te tonen persoonlijke schade te hebben geleden door het misdrijf (artt. 1 en 3 voorafg. titel Sv.). Dergelijke schade wordt niet bewezen. Het inge-

roepen gekrenkt belang valt samen met het algemeen belang dat, wat betreft de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, wordt beschermd door de uitoefening van de strafvordering door het openbaar ministerie, met inachtneming van de eventuele vordering van de overheden vermeld in voormeld art. 65. De vordering van de burgerlijke partij is derhalve niet ontvankelijk.

(Volgt veroordeling tot een geldboete van 500 fr.)

NOOT – Zie Vandeplas, A., «De burgerlijke-partijstelling van het Vlaamse Gewest» (noot onder Cass., 12 april 1994), *R.W.*, 1994-95, 191.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER – 24 NOVEMBER 1994

Voorzitter: mevr. Pauwels

Raadsheren: mevr. Van Cauwelaert en mevr. Maes-Nichels

Advocaten: mrs. Verbouwe, Vande Velde loco Deleu en Vande Stadt

Hinder – Evenwichtsleer – Rechtmatige overheidsdaad

Hoewel voor de meeste vergoedingsstelsels inzake rechtmatige overheidsdaad de rechtstheoretische grondslag van de schadevergoedingsplicht gelegen is in het beginsel van de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de openbare lasten en hoewel meer en meer aanvaard wordt dat ook voor de evenwichtsleer op hinderverwekkende overheidsactiviteiten de theorie van de schending van de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de openbare lasten een meer adequate rechtstheoretische grondslag vormt voor de schadevergoedingsplicht, houdt dat niet in dat de evenwichtsleer de juridische grondslag zou kunnen vormen voor een algemeen principe van foutloze aansprakelijkheid.

Belgische Staat t/ M. en stad Brussel

Overwegende dat de eerste rechter, na de feitelijke omstandigheden van de zaak uitvoerig en juist te hebben uiteengezet, naar welk relaas het hof verwijst, bij tussenvonnis van 19 januari 1990 de vordering ontvankelijk verklaart, de Belgische Staat vertegenwoordigd door de minister van Landsverdediging buiten zake stelt, de Belgische Staat vertegenwoordigd door de minister van Justitie in diens plaats stelt overeenkomstig artikel 705 van het Gerechtelijke Wetboek en de debatten heropent ten einde partijen te laten concluderen over het rechtsbeginsel «het evenwicht tussen de gelijke rechten van de benadeelde en die van andere burgers die zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden en geen schade lijden»;

dat hij bij eindvonnis van 22 november 1991 de vordering gegrond verklaart, de Belgische Staat en de stad Brussel in solidum veroordeelt tot betaling van de door M. gevorderde bedragen en voorbehoud verleent voor de B.T.W. en de gebruiksdriving;

dat hij oordeelt dat het rechtsbeginsel van recht op gelijkheid tegenover de openbare lasten van toepassing is en dat de vergoeding van de schade, omdat het toegepast principe berust op billijkheid, op dezelfde wijze moet geschieden;

...

Overwegende dat M. tevergeefs aanvoert dat de stad Brussel en de Belgische Staat door hun optreden een inbreuk pleegden op de algemene voorzichtigheidsplicht en dat hun optreden gelijkstaat met rechtsmisbruik, nu de schade, die aan haar voertuig berokkend werd, buiten verhouding was tot het geringe voordeel dat zij gehaald hebben uit de aangevochten uitoefeningswijze van hun rechten;

Overwegende dat de eerste rechter evenwel terecht, op grond van motieven die het hof beaamt en tot de zijne maakt, oordeelt dat de organen van de stad Brussel en van de Belgische Staat in casu geen onrechtmatige daad hebben verricht;

dat, alhoewel de machten, die de wet aan de overheid toekent, haar niet onttrekken aan de voorzichtigheidsplicht die op iedereen rust, in casu geenszins het bewijs wordt geleverd dat het optreden van de politiediensten van de stad Brussel of van DOVO foutief of onvoorzichtig was;

dat de wijze waarop deze diensten te werk gingen vooraleer zij zich toegang verschaften tot het voertuig, evenmin als de manier waarop zij zich toegang verschaften tot dat voertuig, rekening houdend met de concrete gegevens van de zaak, te weten de voortdurende bedreigingen in die periode gericht aan het adres van de Joodse gemeenschap en de noodzaak om snel, veilig en doeltreffend te handelen, de enig aanvaardbare manier van ageren uitmaakte om een van «bomauto» verdacht voertuig onschadelijk te maken;

dat derhalve de door de overheid genomen beslissing niet in strijd is met de eisen van redelijkheid en zorgvuldigheid;

dat immers de handelwijze niet foutief of onvoorzichtig wordt wanneer achteraf blijkt dat het verdacht voertuig in werkelijkheid helemaal geen bomauto is;

Overwegende dat de eerste rechter eveneens oordeelkundig beslist dat in casu geen sprake was van rechtsmisbruik;

dat immers niet kan worden besloten tot rechtsmisbruik vanuit de vaststelling dat er een wanverhouding bestaat tussen de aan het voertuig aangerichte schade en het geringe voordeel dat het gevolg was van de handeling;

dat namelijk bij de keuze van de aan te wenden middelen het privaat belang afgewogen dient te worden tegenover het algemeen belang en de openbare veiligheid;

dat de stad Brussel en de Belgische Staat met het oog op het algemeen belang en op de openbare veiligheid geen enkel risico mochten nemen en derhalve op correcte wijze hun opdracht hebben uitgevoerd;

Overwegende dat M. vervolgens stelt dat de vergoeding van de door haar geleden schade zich in elk geval op billijkheidsgronden opdringt, omdat de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de lasten van het openbaar bestuur verbroken werd door het rechtmatig optreden van de stad Brussel en de Belgische Staat;

Overwegende dat, alhoewel niet betwist kan worden dat voor de meeste vergoedingsstelsels inzake rechtmatige overheidsdaad de rechtstheoretische grondslag van de schadevergoedingsplicht gelegen is in het beginsel van de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de openbare lasten en alhoewel meer en meer aanvaard wordt dat ook voor de evenwichtsleer op hinderverwekkende overheidsactiviteiten de theorie van de schending van de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de openbare lasten een meer adequate rechtstheoretische grondslag vormt voor de schadevergoedingsplicht, dit niet inhoudt dat de evenwichtsleer de juridische

grondslag zou kunnen vormen voor een algemeen principe van foutloze aansprakelijkheid;

dat een dergelijke extensieve interpretatie van de evenwichtsleer te verwerpen is, aangezien niet zonder meer overgegaan kan worden van hinder voortvloeiend uit de uitoefening van een eigendomsrecht of een ander recht dat attribueert is van het eigendomsrecht naar hinder voortvloeiend uit de uitoefening van andere rechten, bv. die ter bescherming van de essentiële belangen van de maatschappij (bv. politieoptreden) en de regeling van vergoedingsgeschillen door de Raad van State (artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973) nagenoeg elke betekenis zou verliezen, wanneer de burgerlijke rechter een verruimde toepassing van de foutloze overheidsaansprakelijkheid op grond van de theorie van de verstoring van het evenwicht tussen rechten zou aanvaarden;

Overwegende trouwens dat in casu het onzorgvuldig handelen van M. zelf oorzaak is van het schadeverwekkend optreden van de stad Brussel en de Belgische Staat;

dat deze overheid dan ook niet gehouden is tot vergoeding jegens M., die door het foutief parkeren van haar voertuig de schadeverwekkende rechtmatige overheidsdaad heeft uitgelokt;

Overwegende immers dat uit de dossier-elementen blijkt, wat niet wordt betwist door M., dat zij haar voertuig met miskenning van het verkeersbord E3 (stilstaan en parkeren verboden) parkeerde in een veiligheidszone rechtover de reisagentschappen van de Israëlische luchtvaartmaatschappij El-Al en Turkish Airlines, welk parkeerverbod werd benadrukt door de op het wegdek aangebrachte schuine witte strepen, en dat er zich achteraan in haar voertuig en duidelijk zichtbaar een zwarte aktentas en twee plastic zakken bevonden;

dat uit het voorgaande volgt dat M. bijzonder ondoordacht heeft gehandeld en hierdoor een toestand heeft gecreëerd, waarvan de opgelopen schade een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg is;

dat het bewust negeren van deze verbodstekens gecombineerd met het onzorgvuldig achterlaten van een mogelijk verdachte aktentas en zakken op de achterbank van het voertuig, de enige oorzaak is van de door M. geleden schade;

dat M. zich niet kan beroepen op haar onwetendheid betreffende de aanwezigheid aldaar van een veiligheidszone;

dat die toestand werd aangegeven door het verkeersbord E3 (parkeer- en stilstandverbod) en benadrukt werd door het aanbrengen op het wegdek van schuine witte strepen;

dat deze zone daarenboven gelegen was ter hoogte van de reisagentschappen van de Israëlische luchtvaartmaatschappij El-Al en van Turkish Airlines;

dat de herhaalde bedreigingen ten aanzien van de Joodse gemeenschap haar niet onbekend konden zijn en haar dienden aan te zetten tot grote voorzichtigheid;

dat M. zich derhalve, zoals ieder zorgvuldig en oplettend bestuurder in dezelfde omstandigheden gedaan zou hebben, een andere en regelmatige parkeerplaats had dienen te zoeken;

dat zij integendeel haar voertuig in de veiligheidszone achterliet gedurende verschillende uren, ook nadat de vertoning beëindigd was omstreeks 22.30 uur en niettegenstaande ze gemerkt had dat een aantal straten, inclusief die waar haar voertuig geparkeerd stond, door de politie waren afgezet;

Overwegende dat M. eveneens tevergeefs aanvoert dat niet het foutief parkeren, doch de aktentas, die achteraan in haar voertuig was achtergebleven, haar voertuig verdacht maakte;

dat integendeel het achterlaten van haar voertuig in de veiligheidszone de aandacht van de ordediensten trok; dat dit zeker niet het geval geweest zou zijn indien het voertuig, zelfs met de aktentas zichtbaar achteraan, regelmatig geparkeerd stond;

dat alleen dit onzorgvuldig en foutief handelen van M. in oorzakelijk verband staat met de schade aan haar voertuig;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

2e KAMER – 17 MAART 1994

Rechter: de h. de Forche

Openbaar ministerie: A. Meynaerts

Advocaat: mr. Vandenreyt

Burgerlijke stand – Transseksualiteit – Wijziging van de vermelding in de geboorteakte – Vereisten

In het geval van een vrouw naar man transseksueel is het voldeende dat de betrokkene in de mate van het medisch mogelijke therapeutisch en heelkundig is behandeld. Het ontbreken van het eventueel uitvoeren van een falloplastiek heeft op de waarachtigheid van een reeds lang vaststaande diagnose geen invloed.

X

Overwegende dat het verzoek ertoe strekt: te zeggen voor recht dat verzoekster van het mannelijk geslacht is vanaf de datum van het tussen te komen vonnis in plaats van het vrouwelijk geslacht; (...)

Gezien de geboorteakte nr. (...), opgesteld op (...) door de ambtenaar van de burgerlijke stand der stad (...) vaststellen- de de geboorte van verzoekster;

Gezien het ministerieel besluit van 19 juni 1990 m.b.t. de voornaamsverandering van verzoekster, behoorlijk overgeschreven en gekantmeld op de bewuste geboorteakte op 13 september 1990;

Gezien het medisch dossier betreffende de toestand van verzoekster, bevattende de volgende stukken:

1. medisch attest van prof. dr. W. Vandereycken (psychiater-psychotherapeut en seksuoloog) van 31 januari 1991;

2. medisch attest van prof. dr. Matton, Plastische Chirurgie Universiteit Gent, van 13 oktober 1993, waaruit blijkt dat verzoekster een subcutane mamnectomie en hysterectomie ovariëctomie heeft ondergaan;

3. Medisch attest van prof. dr. Vandereycken (psychiater-psychotherapeut en seksuoloog) van 20 oktober 1993, waarin deze besluit: «betrokkene heeft zich psychologisch, sociaal en fysiek (voor zover dit mogelijk is) volledig als man aangepast en functioneert in dit opzicht uitstekend»;

4. medisch attest van dr. G. De Cuyper (U.Z. Gent) van 7 oktober 1993, die besluit: «Ondanks het feit dat (...) als meisje werd geboren in de zin dat zowel genetisch, hormonaal en fysiek patiënt een meisje was, is hij door de geslachts-

veranderende operatie althans fysiek heel wat mannelijker geworden conform haar mannelijke psyche»;

Overwegende dat de wet bepaalt dat het menselijk geslacht als rechtsfeit wordt vastgesteld en geregistreerd in de geboorteakte aan de hand van een medische verklaring of door het vertoon van het pasgeboren kind (cf. oud art. 55 B.W. en huidige art. 56, § 4, B.W.);

Dat aldus uitsluitend het morfologisch criterium in aanmerking werd en wordt genomen;

Dat echter de vaststelling volgens dit beperkte criterium en de weergave ervan in een authentieke akte, meer bepaald de geboorteakte, die vanaf dan een relatieve onweerlegbare bewijskracht heeft;

Overwegende dat buiten de gevallen van valsheid (art. 1319 B.W.) of van materiële vergissing (art. 1383 Ger.W.), welke in casu niet van toepassing zijn, de wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte op grond van vastgestelde transseksualiteit niet in de Belgische wet bepaald is;

Overwegende dat in de Belgische rechtspraak, op enkele uitzonderingen na, tegemoet gekomen wordt aan de leemte in de wetgeving mits voldaan wordt aan een aantal voorwaarden, o.a.:

- dat de wijziging van staat het gevolg is van een onweersaanbare drang onafhankelijk van de vrije wil van belanghebbende en niet het gevolg mag zijn van een gril of van willekeur, zodat het beginsel van onbeschikbaarheid van staat niet in het gedrang wordt gebracht;

- dat de nieuwe staat verkregen is op rechtmatige wijze, gelet op het therapeutisch doel van de medische behandelingen die zijn toegepast;

- Dat het bezit van staat blijvend en onomkeerbaar is (cf. noot J. Gerlo bij Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 513; Hof Brussel, 7 april 1992, *Pas.*, 1992, II, 49; Rb. Turnhout, 19 april 1993, A.R.V. 40.001, niet gepubliceerd);

Overwegende dat uit de feitelijke uiteenzetting en uit het medisch dossier duidelijk blijkt dat verzoekster aan die voorwaarden voldoet en dat in deze omstandigheden geen aanvullende gerechtelijke expertises dienen te worden uitgevoerd;

Dat, wat betreft de medische problematiek in de uiterst zeldzame gevallen van vrouw naar man transseksuelen, in de rechtspraak aangenomen wordt dat het voldoende is dat betrokkene in de mate van het medisch mogelijke therapeutisch en heelkundig is behandeld;

Dat expliciet werd gesteld dat de onvolkomenheid van het heelkundig ingrijpen, het ontbreken van het eventueel uitvoeren van een falloplastiek, geen invloed heeft op de waarachtigheid van een reeds lang vaststaande diagnose (cf. Rb. Antwerpen, 18 maart 1992, A.R.V. 21.705, niet gepubliceerd; Hof Brussel, 7 april 1992, *l.c.*);

Overwegende dat de verslagen die ter staving van de onderhavige vordering worden voorgelegd, de gegrondheid van de vordering benadrukken en bewijzen dat er geen tegenstrijdige elementen aan het licht kwamen, hetgeen bevestigd werd in de psychiatrische verslagen;

Dat de behandeling na diagnose in overeenstemming is met de bekende normering in de medische sector;

Dat aldus alle gebruikelijke medische vereisten voorhanden zijn, zodat de vordering ingewilligd kan worden zoals hierna bepaald;

Om die redenen, de rechtbank (...)

Zegt voor recht dat te rekenen vanaf heden verzoekster (...), van het *mannelijk* geslacht is i.p.v. het vrouwelijk geslacht en dat verzoekster de staat van man bezit;

Machtigt de verzoekende partij van deze geslachtswijziging kantmelding te laten verrichten op haar geboorteakte (...), in die zin dat de vermeldingen «van het vrouwelijk geslacht» en «dochter» voortaan dienen te worden gelezen als «van het mannelijk geslacht» en, «zoon»;

Beveelt aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand het dispositief van dit vonnis, nadat het hem overhandigd zal zijn, onverwijld in de lopende registers over te schrijven, er melding van te maken op de kant van de bewuste geboorteakte, en, binnen drie dagen, daarvan bericht te geven aan de procureur des Konings bij deze rechtbank, welke magistraat erop toeziet dat de melding op gelijke wijze in de ter griffie dezer rechtbank berustende registers geschiedt;

Machtigt de verzoekende partij een dergelijke kantmelding te doen verrichten in het bijgevoegd register, alsook in de jaarlijkse en tienjaarlijkse tabellen;

Legt verbod op aan de bewaarder van de bewuste akte om voortaan nog afschriften of uittreksels van deze akte af te leveren zonder de bevolen wijziging te vermelden;

Zegt dat, overeenkomstig art. 781, 2°, Ger.W. op vraag van de verzoekende partij, het dispositief van dit vonnis door toedoen van de griffier bezorgd zal worden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de stad Mechelen;

...

NOOT – Het vooraf ondergaan van medische behandelingen als voorwaarde voor een juridische geslachtswijziging

1. Hoewel de Belgische wetgeving niet voorziet in een vordering van staat tot wijziging van het geslacht, aanvaardt de rechtspraak vrij algemeen dat in geval van bewezen transseksualiteit de werkelijke geslachtsidentiteit van de betrokkene juridisch moet worden erkend (zie onder meer Maertens, A., «Transseksualiteit naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1992, 297-336).

Daartoe dient de verzoeker in de eerste plaats aan te tonen dat de vermeldingen in de geboorteakte niet (meer) overeenstemmen met zijn feitelijke geslacht waaronder hij zich in de maatschappij vertoont en sociaal geïntegreerd is (Gent, 26 maart 1992, *Pas.*, 1992, II, 44; Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 510; Rb. Antwerpen, 18 december 1990, *T.B.B.R.*, 1991, 280) en dat deze geslachtsverandering niet alleen het gevolg is van een willekeurige beslissing of gril (Brussel, 7 april 1992, *Pas.*, 1992, II, 49; Gent, 26 maart 1992, *Pas.*, 1992, II, 44; Antwerpen, 29 juni 1988, *Pas.*, 1989, III, 12; Antwerpen, 27 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 614). Tevens moet het blijvende en onomkeerbare karakter van de geslachtswijziging vaststaan (*ibid.*).

2. Bij de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek speelt het therapeutische doel van de ondergane medische behandelingen onmiskenbaar een belangrijke rol. De («rechtmatige») aanpassing van de uiterlijke geslachtskenmerken aan de psychologisch beleefde kunne bevestigd immers de gestelde diagnose van transseksualiteit en bewijst het blijvende en onomkeerbare karakter van de bestaande feitelijke toestand.

Niettemin blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak niet onduidelijk dat een voorafgaande medische behandeling een afzonderlijke voorwaarde uitmaakt voor het toewijzen

van een vordering van staat tot wijziging van het geslacht. Bijgevolg rijst de vraag of de lichamelijke aanpassing als een grondvoorwaarde *an sich* geldt dan wel slechts als een element in de bewijsvoering van de andere grondvoorwaarden moet worden beschouwd. Deze laatste stelling impliceert immers dat in voorkomend geval de geslachtsidentiteit juridisch zou kunnen worden erkend zonder dat enige medische behandeling plaatsheeft.

3. In de ons omringende landen werden hieromtrent sterk uiteenlopende regelingen uitgewerkt.

De Duitse Transsexuellengesetz (T.S.G.) laat slechts een wijziging van de geslachtsvermelding in de geboorteakte («große Lösung») toe op voorwaarde dat de betrokken transseksueel een gelukte geslachtsveranderende operatie heeft ondergaan (§ 8 T.S.G.).

Ook in Nederland wordt de voorafgaande medische behandeling als grondvoorwaarde voorgeschreven. Het betreft evenwel slechts een *relatieve* grondvoorwaarde: de lichamelijke aanpassing is slechts vereist voor zover dit uit *medisch* en *psychologisch* oogpunt *mogelijk* en *verantwoord* is (art. 1.29a, lid 1, Nederlands Burgerlijk Wetboek). Dit doet echter geen afbreuk aan de algemene regel dat de verzoeker niet meer in staat mag zijn kinderen te verwekken respectievelijk te baren (zelfde wetsartikel).

Voor de Zweedse wet is het daarentegen voldoende dat de verzoeker psychologisch en sociaal tot de andere kunne behoort op voorwaarde dat hij gesteriliseerd is of om een andere reden onvruchtbaar is (§ 1 van de wet van 21 april 1972, Franse vertaling bij Petit, J., «L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1976, 295-296). De relevantie van een voorafgaande geslachtscorrigerende behandeling blijft dan ook beperkt tot het bewijsrechtelijke aspect van de vordering.

4. Het geannoteerde vonnis sluit aan bij een recente tendens in de Belgische rechtspraak waarbij in geval van een vrouw naar man transseksueel de vordering van staat gegrond wordt verklaard in zoverre de betrokkene in de mate van het *medisch mogelijke* therapeutisch en heelkundig is behandeld (Brussel, 7 april 1992, *Pas.*, 1992, II, 49; vgl. Rb. Turnhout, 12 november 1992, *Turnh. Rechtsl.*, 1992, 156; Rb. Gent, 19 december 1991, *T.G.R.*, 1992, 147). Met name wordt niet langer vereist dat reeds vooraf een falloplastiek is uitgevoerd. Uiteraard moet het bewijs geleverd worden dat aan alle andere grondvoorwaarden voldaan is.

Deze versoepeling veronderstelt vooral nog een «onvolkomen» heelkundig ingrijpen: in alle gevallen werden de vrouwelijke morfologische en gonadische geslachtskenmerken verwijderd, en vond tevens een hormonale behandeling plaats. Bovendien geldt ze slechts ten aanzien van vrouw naar man transseksuelen, omdat de geslachtsoperaties bij deze categorie minder ontwikkeld zijn en er ook na een falloplastiek geen geslachtsgemeenschap mogelijk is (vgl. Rb. Gent, 19 december 1991, *T.G.R.*, 1992, 147).

5. Evenwel zou *mutatis mutandis* kunnen worden aangenomen dat ook bij man naar vrouw transseksuelen het verwijderen van de oorspronkelijke morfologische en gonadische geslachtskenmerken volstaat, mits de betrokkene met vrouwelijke hormonen wordt behandeld (vgl. Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1976 à 1982). Personnes», *R.C.J.B.*, 1985, 499-500).

De constructie van vrouwelijke uitwendige geslachtsorganen zou dan niet langer vooraf vereist zijn. De onmogelijk-

heid van geslachtsgemeenschap kan immers ook in dit geval geen afbreuk doen aan de gegrondheid van de vordering.

6. Het lijkt overigens raadzaam dat de rechtspraak minstens zou evolueren naar de oplossing zoals die in het Nederlandse recht is uitgewerkt (vgl. Gerlo, J., «Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?», noot onder Rb. Mechelen, 31 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 513).

Concreet zou dit betekenen dat de *lichamelijke aanpassing* als voorwaarde terzijde wordt gesteld indien *medische* bezwaren zoals hoge leeftijd of een verhoogd risico voor complicaties, of *psychologische* bezwaren als een grote angst voor operaties de behandeling *onmogelijk* of *onverantwoord* maken (Asser, C., De Rutter, J. en Moltmaker, J., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, I, Personen- en familierecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 79).

7. In de huidige stand van de Belgische rechtspraak kan het ondergaan van een *geslachtsoperatie* reeds gekwalificeerd worden als een relatieve grondvoorwaarde, zij het dat de uitzonderingsmogelijkheid nog beperkt blijft tot de *medische onmogelijkheid*.

De lege ferenda verdient het de voorkeur om de geslachtsaanpassende behandeling slechts als een mogelijk bewijsmiddel te beschouwen (vgl. Pauwels, J.M., «Verandering van geslachtsaanduiding bij transseksuelen», noot onder Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 880; vgl. ook de terecht kritiek van Willekens op de Nederlandse en de Duitse oplossing: Willekens, H., *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 216-217). Wel dient de blijvende onvruchtbaarheid van de transseksueel vast te staan.

Kristof Uytterhoeven
Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht
K.U.Leuven

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 19 APRIL 1993

Rechter: de h. Van Gysel

Advocaten: mrs. Vaerewyck en Sterck

Burgerlijke rechtspleging – Rechtsvordering – Actio ad futurum – Recht van uitweg

Een rechtsvordering tot toewijzing van een recht van uitweg, die wordt ingesteld zeven jaar vóór zich eventueel een toestand van ingeslotenheid voordoet, is voortijdig en derhalve niet toelaatbaar.

De V. en Van R. t/ D. en K.

Het wordt niet betwist dat de eisers nog over de uitweg kunnen beschikken tot 30 oktober 1999. Zij zijn dus nu nog niet ingesloten en zullen dit ook niet zijn voor die datum.

De verweerders werpen dan ook op dat de vordering nog niet toelaatbaar is.

De toelaatbaarheid van de vordering dient beoordeeld te worden op datum van het instellen ervan, dat wil zeggen op 14 januari 1993 (Cass., 4 december 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 467). De vordering is dus bijna zeven jaar voor de vervaldag van de huurovereenkomst ingesteld.

Daarbij moeten de eisers niet beweren, dat de verweerders nu reeds dreigen de huurovereenkomst niet verder te zullen naleven. In hun brief van 22 oktober 1992 hebben de verweerders uitdrukkelijk gesteld dat de huurovereenkomst nageleefd zal worden tot 30 oktober 1999.

De vordering strekt er in feite niet toe een einde te maken aan een ingeslotenheid of een dreigende ingeslotenheid af te wentelen, maar de vordering strekt ertoe nu reeds de verweerders te verplichten, de huurovereenkomst na 30 oktober 1999 te verlengen. De eisers trachten vroegtijdig optreden goed te praten door te stellen dat zij hun eigendom wensen te verkopen en dat de koopprijs gedrukt kan worden, doordat er slechts tot 1999 zekerheid van uitweg is.

Terecht werpen de verweerders op dat een dergelijke vordering voortijdig is en derhalve niet toelaatbaar («C'est en exigeant une mise en péril nette et certaine», A. Fettweis, *Elements de la procédure civile*, fasc. I, nr. 33, blz. 25);

In bepaalde aangelegenheden heeft de wetgever termijnen voorgeschreven waarbinnen geageerd dient te worden, bijvoorbeeld inzake handelshuur, en in het algemeen dient gehandeld te worden vóór de verjaring is ingetreden.

Wat betreft het tijdstip waarbinnen geageerd dient te worden, kwestie van ingeslotenheid, zijn dergelijke termijnen niet bepaald.

De ingesloten partij zal optreden, hetzij op het ogenblik dat die ingeslotenheid ontstaat of ook vroeger, wanneer er zekerheid is dat binnen afzienbare tijd die ingeslotenheid zal ontstaan. Er dient dus niet gewacht te worden, tot het schadeverwekkend feit zich daadwerkelijk heeft voorgedaan.

Er zijn echter grenzen, in algemene bewoordingen gesteld in art. 18 Ger.W.

Het gaat niet op nu reeds een procedure te beginnen voor ingeslotenheid, die mogelijk binnen zeven jaar zich zal voordoen. Partijen hebben immers nog veel tijd om te onderhandelen en januari 1993 was misschien al een goed tijdstip om eens te «polsen» naar de bedoeling van de verweerders. Het was zeker nog niet het ogenblik om in rechte de verweerders reeds te verplichten, hetzij de huurovereenkomst te verlengen, hetzij om aan de rechter te stellen, dat de eisers binnen zeven jaar ingesloten zullen zijn en om in 1993, zeven jaar te vroeg, dat reeds te verhelpen;

Een ieder wordt wel eens geconfronteerd met een toestand, waarvan men de afloop reeds zou willen kennen. Het is begrijpelijk dat de eisers nu ook al zouden willen weten, wat er precies zal gebeuren in oktober 1999, maar dit wil niet zeggen dat zij het recht hebben nu reeds te vragen, dat die onzekerheid zal worden weggenomen.

De eisers kunnen hun vordering instellen, – als dat nog nodig zou blijken – op een tijdstip dat zij voorzien dat, na normale afwikkeling van de procedure, er vóór 30 oktober 1999 een uitspraak zal zijn;

Die termijn is goed inschatbaar, omdat een vordering ingesteld op grond van art. 1371bis Ger.Wb. toch voorlopig uitvoerbaar moet zijn.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 17 februari 1992

Onrechtmatige daad – Oorzakelijk verband – Vonnis dat niet vaststelt dat de schade in het concrete geval zich niet op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan zonder de fout van de aangesprokene – Niet wettig verantwoord

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 7 juni 1990:

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser 85 km per uur reed, terwijl op de plaats van het ongeval de snelheid beperkt was tot 60 km per uur; dat het oordeelt dat eiser, indien hij 60 km per uur zou hebben gereden, 'wel nog enigszins nuttig had kunnen remmen met als gevolg dat de aanrijding mogelijk minder erg had kunnen zijn of dat de voetganger mogelijk nog tijdig was kunnen weggelaten';

«Overwegende dat het arrest aldus niet uitsluit maar ook niet vaststelt dat de schade die ingevolge de aanrijding met de getroffen ontstond, in het concrete geval niet op dezelfde wijze zou zijn veroorzaakt indien eiser de bedoelde snelheidsovertreding niet had begaan;

«Dat het arrest derhalve de beslissing niet naar recht verantwoordt dat eiser voor een vierde aansprakelijk is voor de ontstane schade.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal – Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Bützler – In de zaak: De R. t/ N.V. R. en De C.).

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 maart 1994

Werkloosheid – Uitkeringen – Toekenningsvoorwaarden – Zonder arbeid zijn – Economische arbeid – Bewijslast – Periodes van tijdelijke werkloosheid

Wanneer vaststaat dat diegene die aanspraak maakt op werkloosheidsuitkeringen voor een bepaalde periode, tijdens die periode economische arbeid heeft verricht, staat het niet aan de R.V.A. te bewijzen dat die arbeid werd verricht op een tijdstip dat de belanghebbende gedeeltelijk werkloos was (artt. 44 en 45, eerste lid, 1°, (nieuw) Werkloosheidsbesluit). Het Hof bekrachtigt dienaangaande de interpretatie van het Arbeidshof te Bergen (arrest van 15 november 1991), door de volgende overwegingen:

«Overwegende dat uit artikel 126, eerste lid, 1° en 2°, b, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid volgt dat de werknemer slechts aanspraak heeft op de door hem gevraagde werkloosheidsuitkering, als hij wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil werkloos zonder loon wordt, en als hij gedurende zijn werkloosheid voor zichzelf geen arbeid verricht die ingeschakeld is in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten en die niet beperkt is tot het gewone beheer van eigen bezit;

«Dat daaruit volgt dat, wanneer de werknemer, die aanspraak maakt op werkloosheidsuitkering, zoals te dezen een

dergelijke arbeid verricht, het niet staat aan verweerder, de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, het bewijs te leveren dat hij die arbeid tijdens zijn werkloosheid verricht.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaat: mr. Bützler – In de zaak: O. t/ R.V.A.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 mei 1994

*Geneeskunde – Tuchtprocedure – Taalgebruik – Art. 40
Taalwet Gerechtszaken – Niet toepasselijk*

Het derde onderdeel van het tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 28 juni 1993) gericht middel wordt als volgt afgewezen:

«Overwegende dat, krachtens artikel 24, § 3, van het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der geneesheren, de Koning het gebruik der talen bij de procedure regelt op grond van de bepalingen van de hoofdstukken II, III en IV van de wet van 15 juni 1935;

«Dat noch uit die bepaling noch uit enige andere wetsbepaling kan worden afgeleid dat hoofdstuk V van de wet van 15 juni 1935 rechtstreeks of overeenkomstig toepasselijk zou zijn op de rechtspleging voor de raden van de Orde der geneesheren;

«Dat artikel 40 van die wet, dat bepaalt dat de regels van de wet op straf van nietigheid zijn voorgeschreven, tot dit laatste hoofdstuk behoort, mitsdien niet toepasselijk is op de rechtspleging voor de raden van de Orde der geneesheren;

«Dat het onderdeel in zoverre faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Rapporteur: mevr. Bourgeois – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaten: mrs. Verbist en Bützler – In de zaak: C. t/ Orde der Geneesheren)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 mei 1994

Erfrecht – Afstamming – Overspelig kind – Onverenigbaarheid van het oude art. 756 B.W. met de artt. 6 en 6bis Gw.

Gelet op het arrest van 1 december 1993 van het Arbitragehof vernietigt het Hof van Cassatie het bestreden arrest (Hof Luik, 29 april 1991) om de volgende redenen:

«Overwegende dat het Arbitragehof, in antwoord op de in het arrest van 18 februari 1993 van het Hof van Cassatie gestelde vraag, heeft gezegd dat de wetgever, door het nieuwe artikel 745 van het Burgerlijk Wetboek aan te nemen, een einde heeft gemaakt aan de discriminatie die uit het oude artikel 756 voortvloeide, in zoverre dat artikel de kinderen die zijn verwekt bij een andere vrouw dan de echtgenote van hun vader, van diens erfopvolging uitsloot;

«Dat het Arbitragehof heeft geoordeeld dat ‘niets kan verantwoorden dat de inwerkingtreding van de bepaling die een einde maakt aan de discriminerende regeling van het oude artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek, werd uitgesteld tot 6 juni 1987’ en voor recht zegt dat ‘het oude artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek, dat de kinderen die zijn verwekt bij

een andere vrouw dan de echtgenote van hun vader, van diens erfopvolging uitsluit, de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet schendt in zoverre het, krachtens art. 107 van de wet van 31 maart 1987, van toepassing is op nalatenschappen die zijn opgevallen na 13 juni 1979’;

«Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat de natuurlijke vader van de kinderen van eiseres op 10 januari 1984 is overleden;

«Dat het arrest, door met toepassing van het oude artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek en van het artikel 107 van de wet van 31 maart 1987 te beslissen dat die kinderen geen enkel recht op de nalatenschap van Léon D. kunnen doen gelden, de oude artikelen 6 en 6bis van de Grondwet schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Draps en Delahaye – In de zaak: M. t/ V. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 mei 1994

Belasting – Indirecte belasting – Gemeentebelasting op het wegslepen of stallen van een onregelmatig geparkeerd voertuig – Bewijs van de overtreding – Geen rechterlijke beslissing vereist

De bestreden beslissing (Bestendige Deputatie Namen, 29 april 1993) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de op 20 april 1988 door de gemeenteraad van de stad Namen vastgestelde belastingverordening ‘ten voordele van de stad Namen voor de belastingjaren 1988 tot en met 1992, een indirecte gemeentebelasting invoert op het wegslepen en stallen van, al dan niet ingeschreven, voertuigen die krachtens een wets- of verordeningbepaling onregelmatig op de openbare weg geparkeerd staan’;

«Overwegende dat die verordening een belasting invoert die wordt geheven op grond van een materiële toestand, namelijk het wegslepen of het stallen van een onregelmatig geparkeerd voertuig, los van enige strafrechtelijke vervolging en, derhalve, van enige veroordeling van de betrokkene wegens onwettig parkeren;

«Dat de beslissing van de bestendige deputatie, door te oordelen dat de belasting wordt geheven op grond van een overtreding die alleen maar door een rechterlijke beslissing kan worden bewezen, het eerste artikel van de gemeenteverordening van 20 april 1988 schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Draps – In de zaak: Stad Namen t/ H. en L.)

KANTTEKENINGEN

Vertrouwen in het gerecht?

Er kan niet worden ontkomen aan de indruk dat het meest gesproken wordt over wat niet is, zodat het wel zeer verontrustend is vast te stellen dat thans studiedagen en voordrachten worden gewijd aan het «vertrouwen in het gerecht».

Dat vertrouwen zou zo vanzelfsprekend moeten zijn dat erover niet wordt gesproken.

Kwatongen zullen wellicht beweren dat dit vertrouwen nooit echt heeft bestaan. En wie een loopbaan achter de rug heeft als advocaat of magistraat, kan ongetwijfeld een groot aantal anekdotes aanhalen waaruit zou blijken dat dikwijls wantrouwend werd gekeken naar bepaalde rechters en hun uitspraken, dat reeds altijd te lang moest worden gewacht op de behandeling van zaken, dat ook vroeger werd beweerd dat er te weinig magistraten waren en te veel advocaten... Met dezelfde ondervinding mag echter gerust worden beweerd dat de toestand sinds een twintigtal jaren uit de hand is gelopen, en dat onvrede en onrust alom aanwezig zijn.

Het kan niet worden betwijfeld dat het aantal magistraten lange tijd ontoereikend was, en dat dit aantal nog steeds niet evenredig is met de behoeften. Een paar voorbeelden illustreren dit:

- in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent waren in 1962 vier onderzoeksrechters, die elk gemiddeld 250 zaken behandelden per jaar; in 1972 behandelde een onderzoeksrechter ongeveer 450 zaken, en het aantal was nog steeds vier; op heden zijn er steeds vier onderzoeksrechters. En zou men durven denken dat hun opdracht niet nog zwaarder geworden is? Een betreurenswaardig gevolg is dat in 1962 een bevel tot aanhouding in de meeste gevallen werd afgeleverd nadat de rechter zelf de bijzonderste getuige had gehoord en soms geconfronteerd met de verdachte, terwijl dit in de latere jaren niet meer kon worden gedaan. Is dat niet het verlies van een belangrijke waarborg voor de verdachte?

- het is een openbaar geheim dat in het Hof van Cassatie een opvallend groter aantal zaken in het Nederlands worden behandeld dan in het Frans, en dat dit moet gebeuren door hetzelfde aantal raadsheren. Geen enkele eerste voorzitter is erin geslaagd deze toestand te doen aanpassen. Is het dan te verwonderen dat ook daar het spookbeeld van de achterstand opduikt?

Kan evenwel iemand beweren dat de werkelijke behoeften wetenschappelijk onderzocht zijn? Ingewijden weten dat statistieken niet in alle rechtbanken op dezelfde wijze worden opgemaakt. De werkelijke behoefte aan magistraten, griffiers en personeel dient te worden vastgelegd.

Hierbij zou ook aandacht moeten worden geschonken aan de activiteiten die magistraten buiten hun ambt aan de dag leggen. En daarbij eens de inventaris gemaakt van alle commissies en raden waarin krachtens de wet magistraten zitting moeten nemen. Enkel bij wijze van voorbeeld en verre van enig idee van volledigheid kunnen worden vermeld: commissies voor bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, beroepskamers O.C.M.W., Hoog Comité van Toezicht, diensten van toezicht op de politie, Geschillenraad televisieverenigingen, Commissie Opiniepeilingen, kiesbureaus, Raad van Beroep Effectenbeursvennootschappen, Raad voor Mededinging, probatiecommissies, enz. De ervaring leert dat sommigen die achterstand hebben in het maken van hun vonnissen of arresten, in die commissies zeer actief zijn. Deze activiteiten zouden mede het aantal magistraten moeten bepalen, hetgeen meteen de wedijver om een kleine bijverdienste zou kunnen uitschakelen.

Er is in de jongste jaren veel aandacht besteed aan de werving van de magistraten. Er werd beweerd dat in veel gevallen onbekwamen werden benoemd om louter politieke redenen. Dat heeft geleid tot een nieuwe wetgeving waarbij voorzien wordt in een examen voor gerechtelijke stagiairs, en een bekwaamheidsexamen voor meer ervaren kandidaten tot een ambt in de magistratuur.

De vraag kan hierbij worden gesteld welke waarde nog gehecht wordt aan het universitair diploma. Wie enige kennis heeft van de thans gegeven colleges, wordt zonder twijfel getroffen door het enorme verschil met wat dertig en veertig jaar geleden werd gedoceerd. Hij begrijpt dan ook niet goed hoe onbekwamen de universiteit kunnen verlaten met een diploma op zak. Maar hij kan niet anders dan vaststellen dat inderdaad zowel vonnissen als conclusies van advocaten soms blijken geven van het onvermogen een samenhangende tekst te schrijven. En dan hoopt hij dat de nieuwe examens alvast daarvoor nuttig zullen zijn.

Men kan er natuurlijk niet mee volstaan hoge eisen te stellen bij de werving; er moet de gegadigden ook iets aangeboden worden. Jaren geleden werd beweerd dat er een verhouding bestond tussen de wedde van een magistraat en de vergoeding van een parlementariër. Deze laatste zou veertig jaar geleden gelijk geweest zijn aan de wedde van een rechter of ondervoorzitter in de rechtbank van eerste aanleg; thans zou zij overeenkomen met die van een raadshere in

een hof van beroep of een staatsraad. Als dat juist zou zijn, is het een aanwijzing voor de devaluatie van het ambt van magistraat die ongetwijfeld door de afschaffing van het emeritaat, ook voor diegenen die in dienst waren, in de hand werd gewerkt. Een parlementariër heeft ooit gezegd dat naar zijn gevoel de rechters te weinig bezoldigd werden, maar dat thans geen verhoging kan worden gegeven «vermits wij geen toezicht hebben op hun werk». Het besef dat sommigen streven naar «toezicht», is natuurlijk niet zo dat het kandidaten kan aantrekken die zin hebben voor onafhankelijkheid. Ook de terugkeer van een leer die destijds door sommige rechters werd verkondigd, als zouden parketmagistraten niet echt magistraten zijn, zal ongetwijfeld niet bijdragen tot de aantrekkelijkheid van dit deel van de loopbaan in de magistratuur. Wanneer magistraten horen wat uitgekeerd wordt aan «managers» van al dan niet geprivatiseerde overheids- of andere bedrijven, nu eens als salaris, dan als afscheidspremie, dan kunnen zij slechts dromen. Dat is ook zo wanneer zij de vergelijking maken met de toestand van sommige buitenlandse collega's, zoals in Luxemburg, waar de vrederechter een nettowedde heeft die, naar gezegd wordt, hoger ligt dan die van de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie alhier.

Een behoorlijk statuut betekent echter niet dat zij, eenmaal benoemd, zonder enige controle heer en meester mogen zijn van wat zij doen, en dat niemand vermag hun iets te zeggen. Wel integendeel, doch dit gezag moet uitgeoefend worden door de eigen tuchtoverheid.

Voor de parketmagistraten is het natuurlijk weinig waarschijnlijk dat zij aan toezicht ontsnappen. Hoewel het toch enige verwondering baart te zien op welke wijze sommigen erin slagen bv. eindvorderingen op te maken die nooit hun kabinet zouden kunnen verlaten indien effectief toezicht werd uitgeoefend...

Voor de zittende magistraten is de toestand enigszins anders. Het is duidelijk dat op de inhoud van hun beslissingen geen toezicht kan zijn, en dat hun chefs niet mogen dicteren in welke zin zij iets beslissen. Maar dat mag niet beletten dat deze chefs als plicht hebben erop toe te zien dat er effectief beslist wordt.

Er zijn helaas gevallen bekend van magistraten die erin slagen slechts enkele zaken te vonnissen terwijl hun collega's er honderden behandelen, die na de pleidooien maanden wachten om een vonnis te vellen en soms een promotie krijgen terwijl deze zaken onafgehandeld overgaan naar niet gepromoveerden, die het werk moeten voortzetten. Soms gebeurt het dat die zaken «worden onttrokken aan de rechter», maar een echte sanctie die aanspoort om actiever te zijn, is dat niet.

Het is evident dat hier de tuchtoverheid in gebreke blijft. En wanneer een promotie dan geschiedt op voordracht door het hof van beroep, wat meer dan eens gebeurde ten gunste van kandidaten met veel achterstand, is de ontgoocheling groot bij de andere magistraten.

Aan die toestand moet ongetwijfeld dringend iets gedaan worden. De advocaten voelen zich relatief machteloos: zij moeten nog pleiten voor dezelfde rechters en raadsheren. De collega's beschouwen zich niet als verklidders. De colleges die geroepen worden om voordrachten te doen, zijn dikwijls onvoldoende ingelicht. De voorzitters en eerste voorzitters geven vaderlijke opmerkingen, hetgeen overbodig is bij diegenen die kortstondig wegens overmacht enige achterstand oplopen, en totaal nutteloos bij diegenen die stelselmatic in gebreke blijven. Hier is de vraag van prof. Storme op haar plaats: wie zal de bewakers bewaken? Indien de magistratuur dit probleem niet zelf kan oplossen, zullen anderen het ooit willen doen, en dan zal zij met leedwezen zien hoe haar onafhankelijkheid wordt aangetast.

Betreurenswaardig is ook het feit dat sommige magistraten blijkbaar de wens hebben zich in de kijker te plaatsen, en niet weerstaan aan de bekoring ook eens op T.V. te verschijnen, of hun eigen naam in de krant te lezen. Op enkele uitzonderingen na is de indruk op het publiek nooit gunstig gebleken. Als sommigen dan te kennen geven dat zij zich niet onafhankelijk voelen, wat dus betekent dat zij wellicht geen onpartijdige beslissingen kunnen nemen, moet het weinig verwondering baren dat het vertrouwen in het gerecht verloren gaat. De procedures die thans dikwijls gevoerd worden om benoemingen van magistraten te vernietigen, kunnen evenmin het vertrouwen in de benoemden verstevigen.

Het optreden van plaatsvervangende rechters is eveneens een element van wantrouwen bij de rechtzoekenden dat nogal onderschat wordt. De partij die in de rechtszaal op de behandeling van

haar zaak wacht, ziet haar raadsman of die van de tegenpartij de bank van de advocaten verlaten om plaats te nemen tussen de rechters. Wanneer zij kort daarop diezelfde advocaat in haar eigen zaak ziet pleiten, is zij ervan overtuigd dat deze bij de rechtbank een voetje voor heeft, en dus hoopt zij een betere of vreest de tegenpartij een slechtere uitslag dan normaal. Dat zulks in werkelijkheid onjuist is, heeft geen belang nu toech die indruk wordt gewekt. En denken de advocaten altijd ten onrechte dat gerechtelijke mandaten hun niet worden gegund omdat zij bij voorkeur aan de plaatsvervangende rechters worden toevertrouwd? In plaats van dit stelsel uit te breiden tot de hoven van beroep ware het wellicht beter te overwegen of het niet eenvoudig dient te worden afgeschaft. Er is overigens geen enkele reden waarom de Staat een deel van zijn werk laat doen door onbezoldigde vrijwilligers.

Mag in deze tijd daaraan nog worden toegevoegd dat het publiek gevoelig is voor het – ook privé – gedrag van de magistraat. Meer dan eens zeiden advocaten dat zij geremd waren in hun uiteenzetting, vooral in zaken tussen echtgenoten, omdat zij wisten dat de rechter zich in een analoge situatie bevond als de partij op wie zij kritiek wensten uit te brengen. Wie voeling heeft met de volksmens is soms verrast door sommige commentaren.

Ook aan de kant van de advocaten is een gewetensonderzoek noodzakelijk. Niet iedereen is ervan overtuigd dat de tuchtraden effectief optreden tegen misbruiken die de voortgang van de rechtsbedeling belemmeren. Maar is het niet zo dat velen klagen over methodes die zij af en toe ook gebruiken, en dus eigenlijk niet echt kunnen bestrijden? Hoeveel zaken kennen het verloop dat volgens het Gerechtelijk Wetboek normaal zou zijn? Hoe dikwijls worden zaken uitgesteld op vraag van een partij hetzij omdat de tegenpartij te laat concludeerde hetzij op gronden van confraterniteit? En dan maar aan de kaak stellen dat er op sommige terechtzittingen zo weinig zaken behandeld worden. En wat dan van de soms geuite bewering dat de Interessen van derden-rekeningen ten goede komen aan de balie en niet aan de cliënt?

De wetgeving speelt natuurlijk ook een rol. Waar is de oude wetenschap «*plurimae leges, pessima res publica*»? Wie durft te beweren dat hij de laatste stand van de wetgeving kent, zelfs na het raadplegen van alle wetboeken en hun bijvoegsels? Bestaat er ten behoeve van de magistraten een dienst op iedere rechtbank om dagelijks het Staatsblad uit te pluizen en de wetboeken in de bibliotheek dag na dag aan te vullen? Over hoeveel tijd kunnen de magistraten beschikken om dit alles te bestuderen, en om de talloze publikaties – voor zover die op de rechtbanken aanwezig zijn – zelfs maar te lezen?

Misschien ligt het besluit voor de hand: dat elk zijn eigen taak iets beter vervulle, en het vertrouwen kan worden hersteld.

G. De Baets

BOEKEN

C. VANHALEWYN en H. JACOBS, **Notariële beroepsaansprakelijkheid**, Uitgeverij Bruylant, Brussel, 1994, 170 pp.

C. VANHALEWYN en H. JACOBS, **La responsabilité professionnelle du notaire**, Uitgeverij Bruylant, Brussel, 1994, 170 pp.

1. De auteurs zijn bijzonder vertrouwd met de problematiek van de notariële beroepsaansprakelijkheid: het zijn dé specialisten daarin. C. Vanhalewyn is erenotariss en was directeur bij de N.V. Verzekeringen van het Notariaat. Wijlen Herman Jacobs was erenotariss en voorzitter van de N.V. Verzekeringen van het Notariaat. Beiden hadden inzicht in het zeer groot aantal niet-gepubliceerde rechterlijke uitspraken inzake notariële aansprakelijkheid, zodat hun boek, meer dan andere werken daarover, de juiste stand van de rechtspraak weergeeft.

2. Het voorliggende boek bevat de bespreking van de Belgische rechtspraak uit de periode 1990-1992, en sluit aan bij een vorig boek van de auteurs, dat de rechtspraak uit de periode 1980-1989 betrof. Voor dit nieuwe boek betreffende de jaren 1990-1992 werden 330

rechterlijke uitspraken onderzocht, en worden er 124 samengevat in dit boek. Slechts 22 van deze 124 vonnissen en arresten zijn gepubliceerd, zodat 102 uitspraken (83%) aangehaald worden die, tot op heden, totaal onbekend bleven voor diegenen die belangstelling hebben voor de burgerlijke aansprakelijkheid in het algemeen en de notariële beroepsaansprakelijkheid in het bijzonder. Dit boek, en het vorige boek, zijn dus een belangwekkende verrijking van de rechtsdocumentatie. Immers, het is evident dat het geheel van de vonnissen en arresten, en niet uitsluitend de gepubliceerde die een vertekend beeld geven van de rechtspraak, bekendgemaakt moet worden o.a. ten behoeve van de rechtsgeleerden, van wie het de taak is de normen inzake de notariële aansprakelijkheid te bepalen, te verduidelijken.

3. Het boek betreft de notariële aansprakelijkheid bij de koopakte (met inbegrip van het bespreken, het opstellen en het ondertekenen van de onderhandse koopovereenkomst), bij de financieringsakten, bij vennootschapsakten, bij de aangiften en vereffening van nalatenschappen, en bij andere rechtshandelingen zoals testament, schenking, echtscheiding, enz.

4. Het boek bevat, in een tweede deel, twee tabellen voor de jaren 1980-1992: a) een chronologisch overzicht van de cassatiearresten, van de arresten van de hoven van beroep en van de vonnissen die besproken werden; b) een lijst van bibliografische verwijzingen die vermeld werden of opgezocht werden bij het opstellen van de twee boeken.

5. Het boek verscheen zowel in de Nederlandse taal als in de Franse taal.

Carl De Busschere

F. VLEMMINX, **Het profiel van de sociale grondrechten**, Zwolle, Tjeenk Willink (Centrum voor wetgevingsvraagstukken), 1994, 162 pp.

Het gerecenseerde boek is het zestiende dat door het Centrum voor wetgevingsvraagstukken van de K.U. Brabant (Tilburg) wordt uitgegeven.

In het eerste hoofdstuk wordt de oorsprong en de codificatie van de sociale grondrechten besproken. Bij het antwoord op de vraag wat onder sociale grondrechten moet worden verstaan, hanteert de auteur een formeel criterium, namelijk de vindplaats. Sociale grondrechten zijn z.i. neergelegd in de artikelen 18 tot en met 22 van de Nederlandse Grondwet, het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten (IVESC).

Het boek beoogt het karakter van de sociale grondrechten te schetsen. Die schets is gebaseerd op een vergelijkend overzicht van drie benaderingswijzen die qua filosofie grondig van elkaar verschillen: het Nederlandse, het Duitse stelsel en het IVESC.

De Nederlandse Grondwet bevat een aantal sociale-grondrechtsbepalingen die zeer kernachtig worden geformuleerd. In de Duitse constitutie daarentegen treft men dergelijke bedingen nauwelijks aan. Desondanks spelen ze een belangrijke rol in de Duitse jurisprudentie. In het IVESC zijn de sociale grondrechten dan weer uitgebreid gecodificeerd.

In de hoofdstukken 2 (Nederland), 3 (Duitsland) en 4 (IVESC) wordt o.a. aandacht besteed aan het onderscheid tussen de klassieke en de sociale grondrechten en aan de werking van de sociale grondrechten tussen burgers. In het vijfde hoofdstuk wordt een round-up gemaakt. Het boek is volgens de tekst op de achterflap «bruikbaar in het doctoraal onderwijs 'Constitutioneel recht' en keuzevakken in deze sfeer». Ondanks het feit dat we hier dus slechts te maken hebben met een leidraad bij colleges, werd de tekst gestoffeerd met een voetnotenapparaat zodat ook andere geïnteresseerden hem kunnen gebruiken als vertrekpunt voor verdere studie. Jammer genoeg ontbreken zowel een bibliografie als een trefwoordenregister.

Inhoudelijk hebben we enkele bedenkingen.

De bepalingen van het IVESC werken niet rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde in tegenstelling tot sommige bepalingen van het ESH. Zo heeft de Hoge Raad reeds in 1986 (H.R., 30 mei 1986, *N.J.*, 1986, 688, en H.R., 7 november 1986, *N.J.*, 1987, 226) uitgesproken dat artikel 6, vierde lid, ESH, dat het stakingsrecht garandeert, in de nationale rechtsorde als objectief recht kan functione-

ren. Het is ons dan ook een raadsel waarom aan het eerstvermelde verdrag wel, en aan het Handvast geen, bespreking werd gewijd.

Een tweede opmerking betreft de keuze van de bronnen. De auteur vermeldt – o.i. ten onrechte – geen I.A.O.-verdragen. De bepalingen van het I.A.O.-Verdrag nr. 87 betreffende de vrijheid tot het oprichten van vakverenigingen en bescherming van het vakverenigingsrecht en het Verdrag nr. 98 betreffende de toepassing van de grondbeginselen van het recht van organisatie en collectief overleg verdienen zeker het predikaat «Sociaal grondrecht». Vrije vakbonden realiseren immers meer het doel van de sociale grondrechten (volgens de auteur «alle mensen bevrijden van armoede en gebrek», p. 6) dan loze beloften zoals het recht op een behoorlijk levenspeil dat in menige grondwet is opgenomen als windowdressing.

Patrick Humblet

F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement. Contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*, Collection droit et consommation 27, Brussel, Story-Scientia, 1992, 362 pp.

De doctoraatsdissertatie van Françoise Domont-Naert (U.C.L.) werd beëindigd op het ogenblik dat de wettelijke basis werd gelegd van het Belgisch consumentenrecht door middel van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (W.C.K.) en de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (W.H.P.C.).

De studie spijst zich toe op de juridische positie van de minder bedeelde of behoeftige consument (zowel op het intellectueel als op het materieel vlak) en op de sociale en economische achtergronden en implicaties die deze beschermenswaardige positie met zich brengt.

In het eerste deel wordt het begrip minder bedeelde of behoeftige consument beschreven: welke criteria kunnen daarvoor gelden, welke zijn de specifieke problemen waarmee die groep consumenten te kampen heeft en wat is de efficiëntie van de beschermende bepalingen van het consumentenrecht voor die categorie?

Het tweede deel behandelt de ontwikkeling van het reglementair instrumentarium inzake consumentenkrediet, gaande van de (ondertussen opgeheven) afbetalingswet van 9 juli 1957 tot de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet. Gelet op het tijdstip van afwerking van het proefschrift worden de bepalingen van de W.C.K. vrij bondig besproken (voor een diepgaander analyse zie Biquet-Mathieu, Chr., «Commentaire sommaire de la loi relative au crédit à la consommation», *Act.Dr.*, 1993, 1, 47-122; Blommaert, D. en Nichols, F., «Wet consumentenkrediet», in *Handels-, economisch- en financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen België, losbl., 1994; Bourgoignie, Th., Van der Wielen, P., Wallemacq, A., De Vroede, P., Domont-Naert, F., Dambre, M., Thunis, X., Meysmans, E., Laenens, J., Dejemeppe, P., Rigaux, F., Balate, E., *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Colloquium U.C.L., 17 oktober 1991, Brussel, Créadif, 1992, 222 pp. (ook gepubliceerd in *D.A.O.R.*, 1992, nr. 23); Dambre, M., *Consumentenkrediet. Een commentaar op de nieuwe reglementering*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 125 pp.; Lettany, P., *Het consumentenkrediet. De Wet van 12 juni 1991*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, 431 pp.; zie ook themanummers *T.Vred.*, 1993/3 en 1994/1).

In het derde deel onderzoekt de auteur de efficiëntie van de regelgeving m.b.t. consumentenkrediet ten aanzien van de minder bedeelde consument.

Men zou kunnen aannemen dat de consument in het algemeen in staat is op vrije wijze zijn keuze te bepalen bij zijn beslissing te contracteren, op voorwaarde dat dit geschiedt op basis van juiste en volledige informatie (zie in dat verband o.m. artt. 2 tot en met 15 en 30 W.H.P.C.; artt. 11, 1°, en 14 W.C.K.).

De auteur wijst er terecht op dat juist de groep bijzonder beschermenswaardige consumenten ten gevolge van een gebrek aan opleiding op dit vlak minder bedeeld zijn, aangezien zij niet kunnen weerstaan aan allerlei aantrekkelijke voorstellen die aanzetten tot consumptief gedrag op krediet. Op het vlak van het onderwijs en de «consumentenopvoeding» ziet de auteur niet alleen een vanzelfsprekende taak voor de overheid, maar eveneens voor privé-initiatieven (bv. uitgaande van consumentenorganisaties). Het verstrekken van juiste en volledige informatie kan in de eerste plaats worden bereikt door het van overheidswege opleggen van standaardcontracten. Rekening houdend met het analfabetisme van een deel van de groep minder bedeelde consumenten en de vaststelling dat standaardcontracten hoe dan ook meer dan een eenvoudige lectuur vergen om de draagwijdte van de clausules te begrijpen, zal dit niet veel soelaas brengen. Een voorafgaande overheidscontrole op de inhoud van dergelijke contracten dient echter als een zekerheid voor de consumenten te worden aangezien dat zij niet langer blootstaan aan draconische clausules.

Op het vlak van de voorlichting van de consument mag het belang van de bedenktijd of respijtermijn, gekoppeld aan de verplichting van de kredietgever om vooraf een schriftelijk aanbod aan de consument te overhandigen niet uit het oog worden verloren (zie artt. 14, § 2, en 18 W.C.K.; art. 78 W.H.P.C. i.v.m. de postorderverkoop; art. 88 W.H.P.C. i.v.m. de verkoop gesloten buiten de onderneming van de verkoper, bv. ten huize van de consument of op een beurs).

Daarnaast staat de informatieverplichting die weegt op de professionele deelnemers in het rechtsverkeer en die, zoals hierboven werd aangegeven, in de recente consumentenwetgeving een wettelijke grondslag heeft gekregen (zie voor de rechtsleer die daartoe heeft bijgedragen Domont-Naert, F., «Obligation de renseignement et confiance légitime», *T.B.H.*, 1986, 109-115; Fagnart, J.L., «L'obligation de renseignement du vendeur fabricant», *R.C.J.B.*, 1983, 228-259; Wilms, W., «Het recht op informatie in het verbintenissenrecht: een grondslagenonderzoek», *R.W.*, 1980-81, 429-520).

Het instrumentarium inzake kredietverlening omvat eveneens regelen m.b.t. het gebruik van credit scoring (in principe verboden door art. 10, tweede lid, W.C.K.), gegevensbanken, het vastleggen van maximumtarieven en termijnen, de omvang van het voorschot bij verkoop op afbetaling en de administratieve controle op de kredietverleners en de tussenpersonen.

Naast marktregulerende bepalingen dienen de misbruiken te worden bestreden d.m.v. adequate sancties. Voorbeelden daarvan zijn de bepalingen aangaande de misleidende reclame, bepaalde verkooppraktijken, de onrechtmatige bedingen en de verhouding tussen de kredietovereenkomst en de financieringsovereenkomst.

Innoverend en verrijkend is het vierde deel, dat wordt gewijd aan het onderzoek naar de opportuniteit om in België een collectieve procedure tot afbetaling van de schulden in te voeren.

Daarbij wordt eerst stilgestaan bij het huidige beslagrecht; hoewel de principiële gelijkheid van de schuldeisers wordt erkend, verhinderen praktische problemen op het vlak van centralisatie, organisatie en publiciteit een collectieve schuldregeling.

Rechtsvergelijkend verwijst de auteur naar het Amerikaans, Canadees en Nederlands faillissementsrecht, dat het faillissement niet enkel aan handelaars voorbehoudt, en naar de Franse wet van 31 december 1989 «relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles».

Het door Françoise Domont-Naert voorgestelde systeem van collectieve schuldregeling vertoont de volgende kenmerken: 1° de procedure moet gericht zijn op schulden buiten de beroeps sfeer; 2° het afbetalingsplan moet alle schulden betreffen, ook de bevoorrechte, hypothecaire en fiscale schulden en de onderhoudsgelden; 3° het initiatiefrecht komt toe aan de schuldenaar; 4° de schuldenaar moet zich in de onmogelijkheid bevinden zijn verbintenissen na te komen (bovenmatige schuldenlast); 5° afwezigheid van bedrog of bedrieglijk onvermogen; het vereiste van goede trouw zou echter te vaag zijn en aanleiding kunnen geven tot uiteenlopende rechterlijke uitspraken; 6° het afbetalingsplan wordt opgesteld onder toezicht van de rechter; 7° vanaf de neerlegging van het verzoekschrift worden alle uitvoeringsmaatregelen geschorst; 8° mogelijkheid van benoeming van een beheerder waarvan de beheerskosten wel zo laag mogelijk moeten worden gehouden; 9° het verlenen van kwijting aan de schuldenaar die het afbetalingsplan correct heeft uitgevoerd.

De voorstellen van Françoise Domont-Naert liggen derhalve op essentiële punten ver af van wat men gemakshalve een «burgerlijk faillissement» zou kunnen noemen.

Het onderzoek van de auteur kan als een van de inspiratiebronnen gelden voor recente wetsvoorstellen ter voorkoming en beperking van de schuldenoverlast (zie wetsvoorstel Bayenet en Hofman, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1993-94, nr. 967/1; wetsvoorstel Mayeur en Burgeon, *Gedr.St.*, *Kamer*, 1993-94, nr. 1324/1; zie ook het wetsvoorstel betreffende het burgerlijk uitstel van betaling en de gerechtelijke kwijting van schulden (Van der Maelen en Dielens), *Gedr.St.*, *Kamer*, 1990-91, nr. 1617/1).

Het gevaar dat een collectieve schuldregelingsprocedure bepaalde categorieën consumenten zou uitsluiten van de mogelijkheid kredietovereenkomsten aan te gaan, wil de auteur opvangen door het voeren van een sociale politiek, bv. op het vlak van de huisvesting en het verstrekken van sociale leningen door de overheid, zelfs op het vlak van consumentenkrediet. Hoe dit concreet zou kunnen geschieden, wordt echter niet uiteengezet.

Het proefschrift van Françoise Domont-Naert vormt een belangrijke bijdrage tot de verdere ontwikkeling van het consumentenrecht. De voorstellen tot het invoeren van een collectieve schuldregelingsprocedure vormen de basis van een interessante discussie die hoe dan ook, gezien de recente wetsvoorstellen ter zake, nog verder zal worden gevoerd.

Maarten Dambre