

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

HET MORELE BESTANDDEEL DER MISDRIJVEN EN HET TOEKOMSTIGE STRAFWETBOEK*

§ 1. Het opzet

1. Uit het voorlopige rapport van de commissie voor de herziening van het Strafwetboek¹ blijkt dat zij van oordeel is dat het toekomstige Strafwetboek in beginsel beperkt dient te blijven tot de maatschappelijke reactie op opzettelijk gepleegde antisociale gedragingen.

Dit standpunt werd door de van de commissie deel uitmakende beoefenaars van de criminele politiek in overeenstemming geacht met de voorheen uiteenzette en verdedigde beginselen.

Toch vergt de optie dat om die reden het algemene deel van het nieuwe Strafwetboek de regel zou moeten bevatten dat opzet bestanddeel is van alle misdaden en wanbedrijven, tenzij wanneer de wetgever uitdrukkelijk de onachtzaamheid voldoende acht als schuldvorm, nadere bezinning.

2. «Geen misdaad of wanbedrijf zonder opzet» als uitdrukkelijk geformuleerde regel zou het standpunt van Haus, grondlegger van het huidige Strafwetboek, bekrachtigen²; dit beginsel zou overeenstemmen met wat ook de meer moderne rechtsleer, soms wel met enig voorbehoud, in het algemeen bevestigt³; in het buitenland werd een gelijklopende regel uitdrukkelijk geformuleerd in de strafwetboeken van o.m. de Bonds-

republiek Duitsland, Zwitserland, Oostenrijk, Bulgarije, Polen, Griekenland, Zweden, Ethiopië⁴, die van jongere datum zijn dan het Belgisch Strafwetboek.

3. Tot wettelijke regel verheven, zou het beginsel niet meer miskend worden door de rechtspraak. Voorwerp van kritiek was b.v. de rechtspraak die oordeelt dat openbare zedenschennis geen opzet vergt, en dat onachtzaamheid daartoe volstaat⁵; of die welke verzwarende omstandigheden objectief toerekent aan de daders en de mededaders, waardoor aangeleund wordt bij de opvatting dat die omstandigheden deel uitmaken van het risico dat genomen wordt door diegene die een strafbaar feit pleegt of eraan deelneemt⁶.

Het nieuwe Strafwetboek zou geen aanleiding meer mogen geven tot vaststellingen zoals die welke gedaan werden door prof. Legros in zijn bekend werk *L'élément moral dans les infractions*, waarin hij tot het besluit komt dat het besproken beginsel bij de praktische toepassing der strafwetten fel afgezwakt wordt.

4. De werkelijke betekenis en draagwijdte van het beginsel «geen misdaad of wanbedrijf zonder opzet» is

* Lezing gehouden te Antwerpen op 17 november 1978 voor de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht.

¹ R.W., 1978-79, 99-120, meer bepaald tweede oriëntatie, 107 e.v.

² HAUS, *Principes généraux de droit pénal*, nrs. 294 en 295.

³ CONSTANT, *Précis de droit pénal*, uitgave 1975, nrs. 86 en 91; TROUSSE, *Novelles, Droit pénal*, I, nrs. 2397 en 2405; MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 2e uitgave, nr. 122; SIMON, *Handboek van het Belgisch strafrecht*, nr. 84; VANHOUDT en CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, nrs. 647 en 652; DE NAUW, «Bedenkingen over de hiërarchie der waarden in het bijzonder strafrecht», R.W., 1978-79, 625 e.v. inz. 644.

⁴ Strafwetboek der Bondsrepubliek Duitsland, § 15 («Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wens nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht»); Strafwetboeken van Zwitserland (art. 18), Oostenrijk (§ 7), Bulgarije, (art. 4, § 4), Griekenland (art. 26), Zweden (art. 2), Ethiopië (art. 59, 1°, 1), Polen (art. 6); Een opvallende uitzondering is het Strafwetboek van Hongarije, dat in art. 11 de omgekeerde regel formuleert.

⁵ Voor kritiek in die zin, zie de noot van VERHAEGEN, bij Hof Gent, 2 mei 1967, R.C.J.B., 1976, 187 e.v.

⁶ Voor kritiek in die zin, zie DELEIXHE en FRANCHIMONT, «Aspects de la participation criminelle en Belgique», R.D.P., 1956, 884 e.v., nrs. 906 en 907.

rechtstreeks afhankelijk van wat onder opzet verstaan wordt.

In dit verband moet vermeden worden de term «opzettelijk» («intentionnellement») te verwarren met de term «vrijwillig» («volontairement»). Zo dit gebeurt, zou de voorgestelde regel een dubbelzinnige en verwarrende formulering zijn die niets anders betekent dan dat een overtreding van de strafwet vrije wil onderstelt. Ook onopzettelijke handelingen zijn in ons huidige strafrecht slechts dan strafbaar indien zij gesteld worden met vrije wil, of het gevolg zijn van een vrije wilsdaad, d.w.z. een daad gesteld zonder dwang of noodzaak⁷.

Het valt te betreuren dat in het verleden Haus⁸ en anderen aan de woorden «vrijwillig» en «opzettelijk» dezelfde betekenis gaven. Veel misverstand is ontstaan omdat de term «vrijwillig» nu eens duidt op vrije wil, wil zonder dwang, en andere malen op de doelgerichte wil.

Vanzelfsprekend bestaat er geen opzet zonder weten en willen, maar bevestigen dat vrije wil en kennis voldoende zijn om opzet te vormen, is een «ungenaue Kurzformel»⁹, die tot verwarring aanleiding geeft indien uit het oog verloren wordt dat in de aanduiding van de twee bestanddelen van het opzet de wil, gecombineerd met het tweede bestanddeel, de doelbewuste wil is.

Indien het gaat om de doelbewuste wil, moet uitsluitend het woord «opzet» («intention») gebruikt worden. De leden van de commissie, voorstanders van de regel van het opzet, bevestigden, zoals blijkt uit het voorlopige rapport, dat deze regel alleen dan een eigen betekenis heeft indien men uitgaat van de doelgerichte wil.

In dit verband kan ik nuttig verwijzen naar het Oostenrijkse Strafwetboek, dat in twee afzonderlijke artikelen het beginsel van het opzet en de noodzaak van de schuld formuleert¹⁰.

Het Hof van Cassatie heeft in een recent arrest, in tegenstelling tot vroegere arresten waarin dit niet het geval is, het onderscheid gemaakt tussen «vrijwillig» en «opzettelijk»: er is opzet wanneer de dader de doelgerichte wil heeft te doen wat de wet verbiedt¹¹.

Die bepaling sluit aan bij wat in de hierna besproken strafrechtsstelsels het gewone of het rechtstreekse opzet is: met opzet handelt hij die de wil heeft de bestanddelen van het misdrijf te verwezenlijken¹².

In de strafrechtsstelsels waar het beginsel van het opzet uitdrukkelijk geformuleerd wordt in het strafwetboek, wordt dit beginsel dikwijls gevolgd, wegens het belang dat dan het opzetbegrip krijgt, door een wettelijke bepaling van het begrip opzet. Dit is o.m. gedaan door Oostenrijk, Griekenland, Polen, Zwitserland¹³ maar niet door de Bondsrepubliek Duitsland en Zweden, waar de omschrijving van het begrip opzet aan de rechtsleer en de rechtspraak wordt overgelaten. Een wettelijke omschrijving van het opzet komt ook voor in de Strafwetboeken van b.v. U.R.S.S. en Hongarije¹⁴. Het valt echter onmiddellijk op — en nu komt de kat op de koord — dat in al die strafrechtsstelsels de bepaling van het opzet niet alleen het gewone of het rechtstreekse opzet omvat, maar ook wat genoemd wordt het eventuele opzet.

Het is in die landen, en dit is ook zo volgens de rechtspraak en de rechtsleer van Nederland, niet nodig dat de rechter vaststelt dat de dader wilde doen (niet doen) wat de strafwet gebiedt (verbiedt); er is ook opzet als de rechter oordeelt — ik geef enkele modaliteiten aan — dat de dader de mogelijkheid (of de grote kans) aanvaard heeft dat een bestanddeel (of een gevolg) van het misdrijf kon worden verwezenlijkt, of dat hij volgens de rechter die kans op de koop toe genomen heeft of zich daaraan bewust blootgesteld heeft.

6. Een lid van de commissie publiceerde onlangs in het *Liber amicorum H. Bekaert* het artikel «Le dol éventuel et sa place en droit pénal belge»¹⁵.

Dit artikel begint met een citaat, dat de inhoud en de strekking ervan weergeeft: «Le dol éventuel peut et doit être maintenu dans le droit pénal... il représente un effort d'analyse très poussé de la subjectivité dans l'acte volontaire de l'homme.» En verderop in de studie wordt uiteengezet: «Les criminalistes autrichiens et allemands avaient eu le mérite de replacer le problème sur son véritable plan» en «la marque essentielle du dol éventuel» is «le consentement à la réalisation éventuelle du résultat».

In die opvatting beoogt de wetgever, die de openbare zedenschennis beteugelt, uitsluitend de opzettelijk gepleegde openbare zedenschennis. Maar het misdrijf zal ook dan aan het opzet van de dader toegeschreven worden als hij, al wilde hij niet rechtstreeks de zeden schenden, naar het oordeel van de rechter de kans aanvaard heeft dat derden zijn handelingen konden zien¹⁶.

⁷ O.m. PRINS, *Science pénale et droit positif*, nr. 308; CONSTANT, *op. cit.*, nr. 83; TROUSSE, *Novelles, op. cit.*, nr. 2401; VANHOUDT en CALUWAERT, *op. cit.*, nr. 663; zie ook hierna nr. 32.

⁸ HAUS, *op. cit.*, o.m. nrs. 298 en voetnoot 1, en 299.

⁹ DREHER, *Strafgesetzbuch*, 37e uitgave, § 15, blz. 72, over het begrip «Vorsatz».

¹⁰ Oostenrijks Strafwetboek:

§ 4: Straffbar ist nur, wer schuldhaft handelt.

§ 7(1) wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist nur vorsätzliches Handeln strafbar.

¹¹ Cass., 16 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 177, *Arr. Cass.*, 1974, 194, R.W., 1973-74, 825.

¹² O.m. DREHER, *op. cit.*, § 15, blz. 72.

¹³ Strafwetboeken van Oostenrijk, § 5, Griekenland, art. 27, Zwitserland, art. 18, 2; Polen, art. 7.

¹⁴ Strafwetboek van U.S.S.R., art. 8, Hongarije, art. 12.

¹⁵ VERHAEGEN, «Le dol éventuel et sa place en droit pénal belge», in *Liber Amicorum Bekaert*.

¹⁶ Die opvatting wordt nog verdedigd b.v. in NIJPELS en SERVAIS, *Code pénal belge interprété*, deel II, artikel 385, nr. 12. Zij zien daarin echter een vorm van gewoon opzet, die bestaat zodra men nalatig is.

Er is dan opzettelijk doding, al staat het vast dat de dader niet het opzet had om te doden, indien hij ervan kan worden beschuldigd de mogelijkheid van de dodelijke afloop aanvaard te hebben.

Verskillende leden van de commissie deelden de mening dat de bepaling van opzet, die volgens hen in het nieuwe Strafwetboek moet volgen op de beginselverklaring dat het misdrijf normaal het bestaan van opzet vergt, ook moet omvatten die van wat genoemd wordt het eventuele opzet. Slechts dan zou de wet het opzet in zijn volle betekenis omvatten.

De vaststelling van prof. Legros en het zogenoemde eventuele opzet waren in de schoot van de commissie het voorwerp van lange en hevige discussies gedurende verschillende plenaire vergaderingen. Ik meen te mogen zeggen dat in hoofdzaak mijn verzet tegen de constructie van het gebeurlijke opzet, die als vorm van opzet naar mijn oordeel niets anders is dan, zoals eens gezegd werd, «une invention des savants»¹⁷, het wantrouwen van meerdere leden van de commissie tegen dit begrip heeft gewekt, en ertoe geleid heeft dat hierover het voorlopige rapport, tot spijt van de voorstanders van die constructie, slechts melding maakt in subsidiaire orde.

7. De voorgestelde uitbreiding van het begrip opzet zou weliswaar geenszins de bedoeling hebben de opvatting over te nemen van de hedendaagse Franse rechtsleer en rechtspraak, die het «dol éventuel» ontlede als bewuste onvoorzichtigheid («imprudence consciente») en op die manier in het strafrecht neigt naar de assimilatie van de zware schuld met het opzet¹⁸.

Ik voeg hieraan toe dat deze opvatting van de Franse rechtsleer en rechtspraak hierdoor mogelijk is omdat, in tegenstelling tot de Nederlandse tekst van het Belgische Strafwetboek die de opzettelijke slagen viseert, het Franse Strafwetboek (vgl. de Franse versie van ons Strafwetboek) de «vrijwillige» slagen straft. Hieruit wordt door de Franse rechtspraak afgeleid dat de dader geen opzet moet hebben om te verwonden. Zo wordt het met vrije wil veroorzaken van verwondingen gelijkgesteld met het opzettelijk toebrengen van verwondingen indien de dader een misplaatste grap uithaalde en hij daardoor het slachtoffer wondde, en, meer algemeen, zodra geoordeeld wordt dat de dader zich

ervan bewust moest zijn een zware onvoorzichtigheid te begaan¹⁹.

De gelijkstelling van bewuste onvoorzichtigheid met opzet gaat bovendien uit van het onjuiste standpunt dat die vorm van onvoorzichtigheid altijd en noodzakelijk de zwaarste vorm van nalatigheid is; grove onverschilligheid, waarbij de dader zich niet om het gevaar verbonden aan zijn handeling bekommert, is niet zelden even erg, of meer laakbaar; bij bewuste onvoorzichtigheid heeft de dader zich tenminste nog om de gevolgen bekommerd, al heeft hij deze lichtvaardig onderschat²⁰.

Het eventuele opzet zou integendeel opgevat moeten worden naar het voorbeeld van andere rechtsstelsels die wel op theoretisch vlak het onderscheid bevestigen tussen bewuste onvoorzichtigheid, die geen opzet kan zijn, en het eventuele opzet, dat een tweede vorm van opzet is naast het gewone of het rechtstreekse opzet.

8. Vanzelfsprekend zijn er geen echte moeilijkheden wanneer eventueel opzet genoemd wordt wat in werkelijkheid nog een modaliteit is van het rechtstreekse opzet. Alles blijft dan beperkt tot een woordentwist zonder verdere inhoudelijke gevolgen.

In dit verband heb ik, voor zover het nieuwe Strafwetboek een bepaling van opzet zou moeten bevatten, het alternatieve voorstel gedaan om de inhoud van artikel 392 van het Strafwetboek «er is ook opzet al was het oogmerk afhankelijk van enige omstandigheid of van enige voorwaarde of al heeft de dader zich vergist omtrent de persoon die het slachtoffer is geworden», die ook geldt voor andere opzettelijk gepleegde misdrijven dan het opzettelijk doden of verwonden, naar het algemene deel van het Strafwetboek over te plaatsen.

Hetzelfde is waar voor de in dat artikel bedoelde vorm van opzet, door sommigen eveneens gebeurlijk opzet genoemd, die gericht is op «een persoon die zal worden aangetroffen of ontmoet», d.w.z. die niet gericht is op een bepaalde persoon, maar op onverschillig welke persoon²¹.

9. Helemaal anders wordt het wanneer ernaar gestreefd wordt het begrip van het opzet verder uit te breiden.

Dit is namelijk het geval wanneer zoals voorgesteld werd, het eventuele opzet door het toekomstige Strafwetboek op een meer algemene wijze zou worden omschreven, namelijk als de aanvaarding van de mogelijke gevolgen of van een mogelijk resultaat.

¹⁷ WOLTER, geciteerd door MERCADAL, «Recherches sur l'intention en droit pénal», *Rev. Sc. crim.*, 1967, 29.

¹⁸ O.m. BOUZAT en PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, nr. 178; MERLE en VITU, *Traité de droit criminel*, nr. 527; Encyclopédie Dalloz, *Droit pénal*, t. II, «Infraction», nr. 61; MERLE, «L'évolution du droit pénal français contemporain», *Rec. Dalloz Sirey*, 1977, in fine van dit artikel, blz. 306; PRADEL, *Droit pénal*, nr. 351; CHAVANNE en FAYARD, «Les délits d'imprudence», *Rev. Sc. crim.*, 1975, 5 e.v., vnl. 10 en 11.

De opvatting over het eventueel opzet wordt onvoorwaardelijk goedgekeurd door MARCHAL en JASPAR, *Droit criminel*, 2e uitgave, nr. 125.

¹⁹ Cass. crim., 15 maart 1977, *Rec. Dalloz Sirey*, 1977, 239; *Rev. Sc. crim.*, 1976, chronique de jurisprudence, blz. 969.

²⁰ NOYON en LANGEMEIJER, *Wetboek van Strafrecht, algemene bepalingen*, blz. 56.

²¹ Schieten in de menigte of op verschillende personen met het opzet onverschillig wie te treffen, wordt soms een vorm van eventueel opzet genoemd. B.v. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, nr. 316.

Tot waar een dergelijke algemene definitie, indien zij doorgang zou vinden, zou leiden is ver van duidelijk ; zij zou het uitgangspunt worden van de meest uiteenlopende interpretaties.

Dit blijkt ten overvloede uit de oeverloze uiteenzettingen door en pennetwisten onder de rechtsgeleerden van de als voorbeeld gestelde Germaanse en bepaalde andere rechtsstelsels. Inzage van de Nederlandse en de Duitse rechtsliteratuur leidt tot de vaststelling dat het eerste nut van de constructie van het gebeurlijke opzet, waarvan gelukkig in onze rechtspraktijk maar terloops sprake is, erin bestaat de universiteitsprofessoren en rechtsgeleerden van die landen de gelegenheid te verschaffen elkander te overtreffen in bladzijdenlange byzantijnse uiteenzettingen.

Nauwelijks enkele jaren nadat men in Duitsland met een zucht van verlichting meende te mogen vaststellen dat de oplossing van het probleem van het eventuele opzet in het zicht was²², verscheen in het rechtskundige tijdschrift *Juristische Schulung*, jaargang 1964, een studie van prof. Roxin, die niet minder dan negen verschillende theorieën van het eventuele opzet onderscheidt²³.

Wie zou denken dat het maar gaat om louter juridische woordenkramerij, slaat de bal volledig mis, want dit artikel werd gepubliceerd naar aanleiding van een in het jaar 1955 uitgesproken veroordeling, wegens opzettelijke doodslag, van twee personen die het oogmerk niet hadden om te doden — dit laatste gegeven stond vast — maar toch de dood van hun slachtoffer hadden veroorzaakt door de wurging, die enkel de bewusteloosheid viseerde, slecht te doseren. Dit is het in de Duitse gerechtelijke wereld zeer bekende geval van de lederen riem.

Welnu, naar gelang van de theorie die ten grondslag ligt aan het eventuele opzet, werd inderdaad opzettelijk gedood met eventueel opzet, of hadden de Duitse rechters ten onrechte toepassing gemaakt van de leer van het gebeurlijke opzet²⁴.

De hedendaagse Duitse en Nederlandse rechtsleer erkent onomwonden dat het zeer moeilijk is het essentiële kenmerk van het eventuele opzet te ontdekken en het onderscheid te maken tussen deze vorm van opzet en de bewuste nalatigheid. Het gaat om «eine der schwierigsten und umstrittensten Fragen des Strafrechts»²⁵.

Hoe kan dan nog geloof gehecht worden aan de overmoedige bewering van Jimenez de Asua — de discussies in Duitsland waren toen al volop opnieuw begonnen ! — tijdens een in Brussel gehouden uiteenzetting dat het onderscheid tussen zware nalatigheid en gebeurlijk opzet duidelijk is ? Daartoe zou het volgens hem voldoende zijn terug te grijpen naar de historische formules van Frank²⁶. De hedendaagse Nederlandse en Duitse rechtsleer vermeldt de formules van Frank wel wegens hun historisch belang, maar niet als afdoende middelen om de probleemstelling op te lossen²⁷.

10. De vage omlijning van wat eventueel opzet zou zijn blijkt ook hieruit dat verscheidene van de aan de commissie als voorbeeld gestelde buitenlandse strafwetboeken, die de uitbreiding van het opzet tot het eventuele opzet bekrachtigen, dit laatste begrip niet omschrijven als het aanvaarden van de mogelijkheid een strafbaar feit te plegen (d.i. de Einwilligungstheorie of Billigungstheorie), maar als het op de koop toe nemen van (in Kauf nehmen) of zich nederleggen bij (sich abfinden) die mogelijkheid²⁸.

De reden van die ruimere definitie is de overweging dat de letterlijke of te enge interpretatie door de rechter van de aanvaardingstheorie het toepassingsgebied van het eventuele opzet tot zo goed als niets zou reduceren : het is moeilijk een verdachte te doen verklaren dat hij aanvaard heeft wat hij niet wilde, of dit uit zijn verklaringen af te leiden.

Daarom evolueerde ook de rechtsleer van de Bondsrepubliek Duitsland, die vroeger meer aanleunde bij de aanvaardingstheorie, naar een ruimere interpretatie, die het gebeurlijke opzet ontleedt als het «op de koop toe nemen» of «zich nederleggen bij». Moeilijkheden van juiste formulering en interpretatie blijven bestaan. Een poging tot voorzichtige formulering van het gebeurlijke opzet, die het midden probeerde te houden tussen de twee meest voorkomende opvattingen, werd gedaan in het «Alternativ-Entwurf», opgesteld door juristen die het officiële voorontwerp van het nieuwe Strafwetboek contesteerden²⁹. Uiteindelijk werd, en men begrijpt waarom, aan een definitie bewust verzaakt in de tekst die het nieuwe Duitse Strafwetboek geworden is.

²⁶ JIMENEZ DE ASUA, «La faute consciente et le dolus eventualis», R.D.P., 1959-60, 603 e.v., vnl. 613.

²⁷ Tot een voorbijgaande verwijzing naar de leer van Frank beperken zich : o.m. NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, inleiding, opzet, blz. 41 en voetnoot 2 ; HAZEWINKEL-SURINGA, *op. cit.*, blz. 114, voetnoot 1 ; BAUMANN, *op. cit.*, § 26, blz. 392 ; JESCHEK, *Lehrbuch des Strafrechts*, § 29. Zie ook NIEBOER, *Wetens en willens*, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het strafrecht, uitgegeven door Gouda Quint, 1978, blz. 18.

²⁸ Strafwetboeken van Oostenrijk, § 5 (1) ; Hongarije, art. 12 (1), Oost-Duitsland, art. 6.

²⁹ Het Alternativ-Entwurf bevatte in het voorgestelde artikel 17 (2) navolgende definitie : «Vorsätzlich handelt auch, wer die Verwirklichung der Tatumstände ernstlich für möglich hält und in Kauf nimmt», Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, allgemeiner Teil, blz. 52 en 53).

²² MAURACH, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1954, blz. 225.

²³ ROXIN, «Zur Abgrenzung vom bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *Juristische Schulung*, 1964, 53 e.v. ; hierover ook ENGISCH, noot naar aanleiding van dezelfde veroordeling, *Neue Juristische Woche*, 1955, 1688.

²⁴ In daarmee vergelijkbare gevallen wordt bij ons artikel 401 van het Strafwetboek toegepast : bv. Cass., 2 oktober 1933, *Pas.*, 1934, I, 4.

²⁵ ROXIN, aanhef tot het hierboven vermelde artikel.

Zie ook WELZEL, *Strafrecht*, blz. 63 ; STRATENWERTH, *op. cit.*, nr. 313 ; BAUMANN, *Strafrecht*, § 26, blz. 391 ; HAZEWINKEL-SURINGA, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, blz. 115.

Zo moest ook de Zwitserse professor Schultz, die ons de boodschap bracht dat eventueel opzet in het Zwitserse strafrecht een verworvenheid is, erkennen dat afwijkende meningen in de Zwitserse rechtspraak en rechtsleer over de grondslag en de betekenis van dat begrip de werkelijke oorzaak ervan zijn dat de definitie van het opzet in het Zwitserse Strafwetboek geen rechtstreekse verwijzing naar het eventuele opzet inhoudt, maar wel voldoende algemeen is geformuleerd om de evolutie van de opvattingen over het eventuele opzet niet in de weg te staan. Ook in Zwitserland is de theorie van het op de koop toe nemen de meest voorkomende³⁰.

11. De aan de commissie voorgestelde algemene definitie van het eventuele opzet wordt nog meer een oorzaak van verwarring indien zij wordt omschreven, naar het voorbeeld van het Hongaarse Strafwetboek³¹, als het aanvaarden van (of zich neerleggen bij) de mogelijkheid dat een gevolg of resultaat van de handeling zich zal voordoen, in plaats van het morele bestanddeel te plaatsen tegenover de bestanddelen van het misdrijf.

Inderdaad, ofwel worden gevolgen bedoeld die reeds door de wet omschreven zijn als bestanddeel van het delict, ofwel ontstaat verwarring met gevolgen die buiten de wettelijke omschrijving van het delict liggen. Zo kan de neiging ontstaan om als bestanddeel van het misdrijf van openbare zedenschennis — wel te verstaan zoals dit misdrijf nu door de wet omschreven wordt — te beschouwen de omstandigheid dat als resultaat van de handeling een getuige inderdaad geschokt werd of dat zulks minstens het — eventuele — opzet van de dader was.

12. Ook de Nederlandse rechtsleer, die gebeurlijk opzet meestal³² als een noodzakelijke opzetvorm erkent, vermeldt het bestaan van verschillende theorieën³³.

De Hoge Raad der Nederlanden duidt het gebeurlijke opzet, dat geen culpa is, aan door de navolgende formule, waarvan varianten voorkomen: de dader heeft zich willens en wetens blootgesteld aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans dat bepaalde gevolgen zich zouden voordoen³⁴.

13. Het is dus beslist niet juist dat de definitie van het gebeurlijke opzet, die aan de commissie werd voorgesteld — het aanvaarden der mogelijke gevolgen —,

zou overeenkomen met een in het buitenland algemeen voorkomende definitie; evenmin kan beweerd worden dat de variërende definities op hetzelfde zouden neerkomen.

Wel staat bij al die variërende definities en betwistingen in de besproken buitenlandse stelsels één vaststelling vast: het is zeker niet de wil die eventueel is of zou afhangen van omstandigheden; het is de verwezenlijking van het delict die van de omstandigheden afhangt.

De uitdrukking eventueel opzet is een misleidende en ongelukkige term, omdat zij kan doen denken aan «eventueel willen», wat een samenvoeging is van contradictorische woorden³⁵. Ook het Hof van Cassatie meende de term «eventueel willen» te kunnen gebruiken in een van de weinige arresten waarin het meende toepassing te kunnen maken van het begrip eventueel opzet³⁶.

Wegens het ongelukkig karakter van de term gebeurlijk opzet heeft onlangs een Nederlands hoogleraar de voorkeur gegeven aan de uitdrukking «kans-opzet»³⁷.

14. Door de vaagheid van de voorgestelde definitie kan gebeurlijk opzet worden verbonden aan de elementen van het basisdelict (b.v. openbare zedenschennis met eventueel opzet, bigamie met eventueel opzet), en ook in verband worden gebracht met de niet rechtstreeks gewilde gevolgen van een op zichzelf strafbare opzettelijke handeling (b.v. opzettelijke slagen zonder het opzet om te doden, maar die toch de dood ten gevolge hebben). Eventueel opzet laat dan toe in voorkomend geval de niet gewilde gevolgen toch aan het opzet van de dader toe te schrijven.

Wanneer Haus, en later sommige andere Belgische juristen handelen over het gebeurlijke opzet, denken zij in de eerste plaats, soms zelfs uitsluitend, aan dit tweede aspect van het gebeurlijke opzet³⁸.

Ik denk dat die twee aspecten van wat eventueel opzet genoemd wordt, samen met de omstandigheid dat soms eventueel opzet genoemd wordt wat in werkelijkheid een modaliteit van het rechtstreekse opzet is³⁹, de verklaring zijn van de wel verrassende constatering dat Haus⁴⁰, en met hem de leden van de commissie die zijn gedachtengang aanbevelen, buiten discussie

³⁰ SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, 1e deel, blz. 179 en 180.

³¹ Hongaars Strafwetboek, art. 12 (1).

³² Een der tegenstanders van de leer van het eventuele opzet is Pompe.

³³ HAZEWINKEL-SURINGA, *op. cit.*, blz. 114; NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, inleiding, blz. 42.

³⁴ Hoge Raad der Nederlanden, o.m. arresten van 6 februari 1951 (*N.J.*, 1951, 475), 9 november 1954 (*N.J.*, 1955, 55), 26 februari 1957, *C.N.J.*, 1957, 385), 26 juni 1962 (*N.J.*, 1963, 10), 21 juni 1966, (*N.J.*, 1966, 409).

³⁵ HAZEWINKEL-SURINGA, *op. cit.*, blz. 115-116; DREHER, *op. cit.*, § 15, blz. 73; STRATENWERTH, *op. cit.*, nr. 314. Zie ook NIEBOER, *op. cit.*, blz. 5.

³⁶ Cass., 15 januari 1900, *Pas.*, 1900, I, 100; zie ook Cass., 8 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 139.

³⁷ NIEBOER, *op. cit.*, blz. 5.

³⁸ HAUS, *op. cit.*, nr. 314; TROUSSE, *op. cit.*, t. I, nr. 2423; CONSTANT, *op. cit.*, nr. 95; LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, nr. 236.

³⁹ Zie *supra*, nr. 8.

⁴⁰ HAUS, *op. cit.*, nr. 315 IV.

Ik stel hier natuurlijk de beginselvraag, en maak abstractie van de tekst van het Strafwetboek over de strafbare poging.

stellen de affirmatie dat in geen geval een poging tot een misdrijf met eventueel opzet kan worden gepleegd (inderdaad, de latere gevolgen van de strafbare handeling hebben zich voorgedaan, ofwel is dit niet het geval), terwijl de Nederlandse en de Duitse rechtsleer uit de evenwaardigheid van het eventuele opzet met het rechtstreekse opzet afleiden dat het vanzelfsprekend is dat de poging tot een misdrijf met eventueel opzet kan worden gepleegd⁴¹. In deze zin hebben ook de Hoge Raad der Nederlanden (automobilist-arrest)⁴², en het Duitse Bundesgerichtshof⁴³ beslist dat poging tot doodslag kan worden gepleegd met eventueel opzet.

15. Met toepassing van de leer van het eventuele opzet, zoals deze bestaat in de als voorbeeld gestelde Germaanse landen, zou schuldig zijn aan het opzettelijk toebrengen van verwondingen, en zou in voorkomend geval de jury van een Belgisch hof van assisen schuldig moeten verklaren aan opzettelijk doden.

Het ondernemingshoofd dat om redenen van besparing versleten machines in zijn bedrijf behoudt of plaatst, wetend dat hij daardoor een risico neemt tegenover zijn werknemers, al hoopt hij dat zich geen ongeluk zal voordoen⁴⁴.

Dit voorbeeld van gebeurlijk opzet doet denken aan de in de Franse en de Belgische rechtsleer soms geciteerde gevallen van de reder die het aandurft een niet helemaal zeewaardig schip te laten vertrekken, of de stationschef die een zwaar risico neemt al hoopt hij dat het mogelijke treinongeval zich niet zal voordoen⁴⁵.

Als de bestuurder van een auto met gevaarlijke gebreken een personeelslid van de auto-inspectie omkoopt, zouden beiden in deze gedachtengang beschuldigd moeten worden van moord indien door dat gebrek een ongeval met dodelijke afloop gebeurt. Betekent de omkoping niet dat beiden aanvaard, alleszins op de koop toe genomen hebben de mogelijkheid dat het ongeval kon gebeuren?

— de schutter die om een weddenschap te winnen wil tonen dat hij een glazen bol uit de handen van de houder van een kermiskraam kan schieten, indien de rechter oordeelt dat uit de omstandigheden blijkt dat de schutter de mogelijkheid van een slechte afloop aanvaardde, en dit ondanks de overweging dat de hoop

om de weddenschap te winnen de determinerende bevestigende van de weddenschap is⁴⁶.

Zo ook oordeelt de traditionele Belgische rechtsleer dat een onhandige discipel van Willem Tell in geval van tegenslag als moordenaar moet terechtstaan⁴⁷, en dit niettegenstaande de wettelijke omschrijving van het opzet zoals zij voorkomt in de artikelen 392 en 393 van het Strafwetboek⁴⁸.

— de arbeider die, al heeft hij niet het rechtstreekse opzet iemand te kwetsen of te doden, zonder enige voorzorgsmaatregel te nemen een balk van het dak van een huis gooit terwijl hij weet of eraan moest denken dat beneden op de straat voetgangers kunnen voorbijkomen.

Of die arbeider handelt met bewuste onvoorzichtigheid, dan wel met opzet, in de vorm van eventueel opzet, moet afgeleid worden uit een grondige ontleding van zijn geestesgesteldheid zoals die van een scherpzinnige Nederlandse rechter mag worden verwacht⁴⁹.

Dit voorbeeld doet denken aan diegene die roekeloos en al heeft hij misschien even gedacht aan de mogelijke gevolgen een bloempot door het raam van zijn woning zwiert. De Franse rechtsleer meent dat de gebeurlijke gevolgen moeten worden toegeschreven aan het gebeurlijke opzet van de bloempoteigenaar, omdat die handeling een typisch voorbeeld is van bewuste onvoorzichtigheid⁵⁰.

— de automobilist die bewust zware risico's neemt om aan een vervolging te ontsnappen⁵¹, of, volgens anderen, met het doel op tijd zijn bestemming te bereiken⁵². Een Franse rechter zal een automobilist die even zware risico's neemt alleen schuldig bevinden aan zware onvoorzichtigheid, maar zou die roekeloosheid met opzet kunnen gelijkstellen⁵³.

Het is mogelijk dat enkele van die voorbeelden door sommigen zullen worden verworpen als betwistbare toepassingsgevallen van de figuur van het gebeurlijke opzet.

Het kan echter niet betwist worden dat zij beantwoorden aan de in bepaalde strafrechtssystemen geldende algemene definitie van het zagezegde eventuele opzet.

Met betrekking tot het misdrijf van openbare schennis van de eerbaarheid, leert de Nederlandse rechtsleer: «vanwege het voorwaardelijk opzet zal men al gauw gezegd kunnen worden toch wel te hebben aan-

⁴¹ O.m. BAUMANN, *op cit.*, § 33, blz. 502 onder; JESCHEK, *op cit.*, § 49, blz. 388; NOYON en LANGEMEIJER, *op cit.*, art. 45, blz. 315.

⁴² Arrest van 6 februari 1951 van de Hoge Raad der Nederlanden, «automobilist-arrest», na strijdige conclusie van de advocaat-generaal Langemeijer, *Arresten over strafrecht*, verzameld door VAN BEMMEL, BURGERSDIJK en OOMEN, nr. 6, blz. 16.

⁴³ Bundesgerichtshof, 9 februari 1968, *Neue Juristische Woche*, 1968, 660.

⁴⁴ PHILIPPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*, deel 85, blz. 43.

⁴⁵ VANHOUDT en CALEWAERT, *op cit.*, nr. 658; CONSTANT, *op cit.*, nr. 95; BOUZAT en PINATEL, *op cit.*, nr. 178.

⁴⁶ PHILIPPS, *op cit.*, blz. 31; STRATENWERTH, *op cit.*, nr. 319; PREISDAUZE *Strafgesetzbuch*, blz. 20.

⁴⁷ SIMON, *op cit.*, nr. 87; PRINS, *op cit.*, nr. 315.

⁴⁸ Dit opzet wordt door onze rechtsleer traditioneel bijzonder opzet genoemd, maar is in werkelijkheid niets anders dan het rechtstreekse opzet om te doen wat de wet verbiedt, namelijk te doden (PRINS, *op cit.*, blz. 173, nr. 292).

⁴⁹ HAZEWINKEL-SURINGA, *op cit.*, blz. 117 en 118; zie ook BAUMANN, *op cit.*, § 26, blz. 391.

⁵⁰ PRADEL, *Droit pénal*, nr. 351.

⁵¹ HAZEWINKEL-SURINGA, *op cit.*, blz. 114 en 115.

⁵² JIMENEZ DE ASUA, *op cit.*, blz. 613.

⁵³ PRADEL, *op cit.* nr. 351; MERLE, *op cit.*, nr. 527.

vaard de aanmerkelijke kans dat men aanstoot gaf» ; verder dat de vraag of het opzet op de openbaarheid moet gericht zijn, door het eventuele opzet een academische kwestie geworden is : in de meeste gevallen zal de dader wel begrepen hebben dat hij in het openbaar zou kunnen handelen⁵⁴. In werkelijkheid komt die constructie erop neer de lichtere gevallen van onachtzaamheid uit te sluiten uit het toepassingsgebied der strafwet.

16. Strafrechtsstelsels zoals die van Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland kennen maar twee hoofdvormen van opzet : het gewone of het rechtstreekse opzet (direkter Vorsatz), beantwoordend aan wat in de omgangstaal onder opzet wordt verstaan, en daarnaast het eventuele opzet (bedingter Vorsatz), een uitdrukking eigen aan de vaktaal van de juristen, die niet overeenstemt met wat doorgaans onder opzet wordt verstaan. Kansopzet is een juridisch begrip met eigen inhoud, met een betekenis die niet meer uit de omgangstaal valt af te leiden⁵⁵.

De vergelijking met die strafrechtsstelsels is ook daarom belangwekkend omdat daaruit blijkt dat de constructie van het algemene opzet (le dol général), die volgens onze traditionele rechtsleer en rechtspraak bestaat zodra de dader vrijwillig, zij het niet doelbewust, handelt, er niet gekend is⁵⁶.

Die vaststelling moet tot een van de twee navolgende gevolgtrekkingen leiden.

17. Wie voorstelt de constructie van het gebeurlijke opzet, zoals deze bestaat in de besproken buitenlandse strafrechtsstelsels, in het Belgische strafrecht, waar die constructie nauwelijks wordt toegepast, in te voeren, en bovendien staande houdt dat ook het algemene opzet van ons strafrecht altijd een werkelijke vorm van opzet is, aanvaardt dat er drie hoofdvormen van opzet zouden zijn : het gewone of rechtstreekse opzet — d.w.z. het opzet om de bestanddelen van het misdrijf te plegen — met de door het Belgische Strafwetboek aangeduide modaliteiten, daarnaast het eventuele opzet, en daarenboven het algemene opzet telkens als het aan geen van beide voorgaande vormen van opzet beantwoordt, d.w.z. als daartoe de vrije, maar niet doelgerichte wil voldoende wordt geacht. Ook deze laatste twee vormen van opzet zouden nog altijd aan deze zijde liggen van de grens die het opzet van de tweede schuldvorm, namelijk de onachtzaamheid, de bewuste onvoorzichtigheid inbegrepen, scheidt.

18. Ik meen dat de vergelijking met de ons minder vertrouwde strafrechtsstelsels tot een heel andere gevolgtrekking moet leiden.

Het is duidelijk dat in de Germaanse en bepaalde andere rechtsstelsels de constructie van het eventuele opzet samenvalt met bepaalde toepassingsvormen van het algemene opzet van ons strafrecht.

Bigamie met algemeen opzet bij ons⁵⁷, bigamie met eventueel opzet in de Bondsrepubliek Duitsland⁵⁸ : in de twee stelsels beslist de rechter dat de beklaagde die onvoorzichtig en voortvarend was, wel opzet had ; in beide landen kan de veroordeelde in alle oprechtheid loochenen dat hij gelijktijdig twee vrouwen wilde hebben, maar dank zij kunstmatige constructies van opzet werd het beginsel gered dat misdrijven opzet vergen.

Die gevolgtrekking valt samen met de vaststelling van prof. Legros dat het algemene opzet, voor zover daardoor iets anders bedoeld wordt dan het rechtstreekse opzet in zijn verschillende modaliteiten, geen echte vorm van opzet meer is en niets anders betekent dan dat geen misdrijf kan worden gepleegd zonder vrije wil. In die zin, maar uitsluitend in die zin, zijn zowel algemeen opzet als eventueel opzet een fictieve constructie.

Wil de voorgestelde regel «geen misdaad of wanbedrijf zonder opzet» beantwoorden aan wat de rechtsonderhorige daaronder verstaat, dan moeten daaruit fictieve constructies zoals algemeen of eventueel opzet verbannen worden.

Werd niet aan de rechtsonderhorige beloofd een Strafwetboek te maken dat hij zou kunnen begrijpen ?

Om een beginsel te redden kan men aan een verdachte die geen opzet had toch geen opzet gaan toeschrijven ?

19. Nu rijst een ander probleem : kan het beginsel «geen misdaad of wanbedrijf zonder opzet», gezuiverd van de fictieve constructies die het algemene en het gebeurlijke opzet zijn, gehandhaafd worden ?

Die vraag klemmt des te meer omdat tot op heden niemand mij een strafstelsel heeft kunnen aanwijzen dat, na het besproken beginsel bevestigd te hebben, aan de term opzet zijn normale betekenis geeft.

Een strafstelsel dat uitgaat van dit beginsel in zijn zuivere vorm, zou mogelijk zijn, maar dan moet men er zich goed van bewust zijn dat dit beginsel, meer nog dan wanneer het gesteund wordt door het zogenaamde gebeurlijke opzet, veel uitzonderingen en beperkingen zal vergen, en tot niet te onderschatten verwickelingen zal leiden.

Wie aan de formulering van dit beginsel gehecht blijft, moet weten welke prijs ervoor moet worden betaald.

⁵⁴ NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, deel II, blz. 702 en 704.

⁵⁵ NIEBOER, *op. cit.*, blz. 6.

⁵⁶ Wanneer in Nederland of Duitsland wordt gesproken over dolus generalis, gaat het uitsluitend om een zeer bijzondere vorm van rechtstreeks opzet : de dader heeft het gewilde misdrijf verwezenlijkt op een andere manier dan hij zich voorstelde (NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, inleiding, blz. 44 ; BAUMANN, *op. cit.*, § 26, blz. 381 en 382).

⁵⁷ Cass., 27 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 909.

⁵⁸ Oberlandesgericht Freiburg, *Neue Juristische Woche*, 1949, 185, met bespreking.

20. Een eerste voorbeeld.

De consequente toepassing van de opzetleer betekent dat elke dwaling, niet alleen de onoverwinnelijke, het bestaan van opzet uitsluit. De niet-onoverwinnelijke dwaling laat slechts plaats voor onachtzaamheid⁵⁹. De verdachte die de dwaling kon vermijden, maar toch oprecht dwaalde, kan slechts gestraft worden wegens onachtzaamheid, doch op voorwaarde dat het feit door de strafwet ook als nalatigheidsdelict betoegeld wordt.

De opzetleer leidt dus tot een tweeledig verschil ten opzichte van de huidige rechtspraak in verband met de feitelijke dwaling. Ten eerste moet het begrip van de feitelijke dwaling uitgebreid worden tot de overwinnelijke, maar oprechte dwaling. Ten tweede volstaat het niet dat de rechter een straf oplegt in verhouding tot de geringere schuldvorm; hij moet de omschrijving van het feit wijzigen in die van een onopzettelijk misdrijf, minstens uitdrukkelijk vaststellen dat er slechts onachtzaamheid is en dat het feit ook dan nog strafbaar blijft.

Zo beperkten Strafwetboeken zoals die van de Bondsrepubliek Duitsland en van Zwitserland de feitelijke dwaling niet tot de onoverwinnelijke dwaling, en wordt bepaald dat in voorkomend geval veroordeling wegens nalatigheid mogelijk blijft⁶⁰.

Maar het Duitse Strafwetboek aanvaardt rechtsdwaling of verbodsdwaling alleen als rechtvaardigingsgrond wanneer zij onoverwinnelijk is. Duidelijk is hier de bekommernis om het gezag van de wet te handhaven sterker dan het consequent doordenken van de leer van het opzet. Is de rechtsdwaling foutief, dan kan de rechter alleen strafvermindering toestaan⁶¹. Ook het Zwitserse Strafwetboek ziet in de rechtsdwaling in beginsel slechts een grond tot strafvermindering⁶².

Overigens, wie dwaalt over de draagwijdte van de rechten van de tegenpartij, die een met strafsancities bekrachtigde wet inroept, kan het verwijt oplopen de strafwet te hebben geschonden met eventueel opzet: wie zich hierover niet naar behoren informeert stelt zich willens en wetens bloot aan de geenszins als denkbare te verwaarlozen kans een overtreding te begaan (of aanvaardt die mogelijkheid). Die redenering komt niet van mij, maar is geïnspireerd door het Cicero-arrest van de Hoge Raad der Nederlanden⁶³.

De gevolgen van de leer van het opzet doordenken tot elke vorm van oprechte feitelijke dwaling, terwijl

dit moeilijk kan in geval van rechtsdwaling, zou ingaan tegen de in ons strafrecht bestaande strekking naar gelijkstelling van de gevolgen van de feitelijke en van de rechtsdwaling⁶⁴.

21. Men kan de vraag stellen of dan ook de grove feitelijke dwaling voldoende is om te ontsnappen aan veroordeling wegens een misdrijf dat opzet vergt? Volgens de strikte logica zou hierop bevestigend geantwoord moeten worden. De werkelijkheid is anders. Zoals ik reeds de constructie van het eventuele opzet citeerde als middel om de foutieve rechtsdwaling te verwerpen, zo ook kan uit de rechtspraak van de stelsels der Germaanse landen afgeleid worden dat de werkelijkheid is dat wie een grove of onaanvaardbare fout begaat eventueel opzet aangewreven wordt: de rechter beslist dat de verdachte zulk risico nam dat hij als het ware de mogelijkheid aanvaardt heeft een inbreuk te begaan⁶⁵.

Zo blijkt een van de werkelijke functies van de leer van het gebeurlijke opzet in de Germaanse rechtstelsels: een middel om de te verregaande gevolgen van de leer van het opzet af te zwakken, of, zoals een Nederlands hoogleraar onlangs vaststelde, een instrument voor de bewijsmotivering van het opzet⁶⁶, maar ook, voor wie deze vaststelling combineert met de erkenning dat kansopzet een louter juridische inhoud heeft⁶⁷, een constructie die aan de rechter het middel verschaft opzet vast te stellen waar er geen opzet is.

Ware het niet nodig, indien de leer van het opzet door het toekomstige Strafwetboek bekrachtigd wordt, zulke uitzonderingen op het beginsel openlijk in het Strafwetboek in te schrijven?

22. De meeste leden van de commissie hebben de leer van de onzelfstandige deelneming (*la criminalité d'emprunt*) afgewezen. Er wordt in het rapport verwezen naar de besluiten van het VIIe Internationaal Congres voor Strafrecht, dat plaatshad in 1957 te Athene.

Ik wil toch opmerken dat de leer van de onzelfstandige deelneming bij ons dikwijls wordt aangevallen aan de hand van hetzelfde voorbeeld, waarnaar ook het voorlopige rapport verwijst: de doodslag gepleegd om de diefstal te vergemakkelijken. Het wordt beoordeeld als een buitensporig gevolg van de leer van de onzelfstandige deelneming dat de deelnemer, die niet betrokken is bij de doodslag, toch als mededader ervan zou moeten worden veroordeeld, en het is ook zo dat juryleden die gevolgtrekking niet altijd aanvaardden.

⁵⁹ Vgl. TROUSSE, *op. cit.*, t. I, nr. 2578, 2°; DOUCET, *Précis de droit pénal général*, blz. 129.

⁶⁰ Strafgesetzbuch, § 16, (1): «Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt»; Zwisers Strafwetboek, art. 19 (2). Zie ook Strafwetboeken van Griekenland (art. 30), Hongarije (art. 13), en andere.

⁶¹ Strafgesetzbuch, § 17 over Verbotsirrtum maakt wel onderscheid tussen vermijdbare en niet-vermijdbare dwaling.

⁶² Zwisers Strafwetboek, art. 20.

⁶³ Cicero-arrest van 9 november 1954 van de Hoge Raad der Nederlanden, *Arresten over strafrecht*, *op. cit.*, nr. 7, blz. 24.

⁶⁴ LEGROS, «Vers une théorie uniforme de l'erreur», *J.T.*, 1953, 337.

⁶⁵ Zie de reeds geciteerde voorbeelden, o.m. de bigamie met eventueel opzet, het Cicero-arrest; zie ook hierna over het opzet tegenover de leeftijd van het slachtoffer, en het opzet der mededaders.

⁶⁶ NIEBOER, *op. cit.*, blz. 8.

⁶⁷ NIEBOER, *op. cit.*, blz. 6.

Het gaat hier volgens mij om een niet pertinent voorbeeld, daar het in dit geval in de eerste plaats gaat om een probleem van delictsomschrijving. De omschrijving van dit misdrijf komt voor in de titel over de misdrijven tegen de eigendommen, waaruit, in strijd overigens met de tekst van het artikel 475 van het Strafwetboek, werd afgeleid dat het basisdelict niet de doodslag, maar de diefstal is⁶⁸. Indien, zoals in het Nederlandse en in het Duitse Strafwetboek⁶⁹, het feit wordt omschreven in het hoofdstuk over de misdrijven tegen het leven als doodslag, verzaamd door de omstandigheid dat zij begaan werd om een ander misdrijf zoals diefstal — maar ook b.v. verkrachting — mogelijk te maken of te verbergen, moet tegenover de deelnemer deelneming aan de doodslag, en niet enkel deelneming aan de diefstal bewezen worden.

Een tweede opmerking is dat de aanbevolen leer van de zelfstandigheid der deelneming op haar beurt tot moeilijkheden en overdreven gevolgen leidt, indien zij in al haar gevolgen zou worden toegepast.

Hoe moet de delictsomschrijving luiden als b.v. de deelnemer, die het misdrijf samen met de hoofddader gepland heeft en er ook voordeel uit haalde, beweert dat hij nochtans niet wist of wilde dat de hoofddader een wapen bij zich had en dat deze daarmee het slachtoffer zou bedreigen, of dat hij niet gemerkt heeft dat een andere dader braak pleegde⁷⁰, of dat het plan erin bestond maar enkele voorwerpen te stelen?

Kennismening van de Duitse rechtsleer en rechtspraak⁷¹ leert hoe men zich redt uit het gestelde probleem: als de deelnemer kon weten of moest weten dat bepaalde omstandigheden zich konden voordoen — dus ook als hij ze niet kende — heeft hij de mogelijkheid ervan aanvaard (of ze op de koop toe genomen), en is er deelneming met eventueel opzet⁷².

Weer eens blijkt de werkelijke functie van de constructie van het gebeurlijke opzet, waardoor het verschil tussen de leer van de zelfstandigheid van de deelneming en die van haar onzelfstandig karakter minder groot is dan het dispuut tussen de theoretici kan doen geloven.

Indien men de leer van het opzet wil doordenken tot het gebied der strafbare deelneming, is het wenselijk

aan de wetsartikelen over de strafbare deelneming onomwonden toe te voegen dat strafbare deelneming bestaat zodra de mededader kon of moest weten waaraan hij medegewerkt heeft. Dit zou al duidelijker en oprechter zijn dan hetzelfde gevolg te verbinden aan een algemene definitie van het kansopzet.

23. Moet de leer van het opzet toegepast worden op het element leeftijd van het slachtoffer, wanneer dit gegeven een bestanddeel of een verzwarende omstandigheid is van het misdrijf? Verschillende leden van de commissie oordeelden dat dit een normaal gevolg is van de opzetleer. Dit is de stelling van de Duitse rechtsleer⁷³, en ook het Franse Hof van Cassatie heeft eens een arrest geveld dat scheen te breken met de gevestigde Franse rechtspraak⁷⁴.

Kan de dader dan aan bestraffing wegens opzettelijk misdrijf ontsnappen door te beweren dat hij zich vergiste over de leeftijd van het slachtoffer, telkens als het positieve bewijs van de onjuistheid van die bewering niet kan geleverd worden?

De Duitse rechtsleer en rechtspraak antwoordt dat ook ten opzichte van dit bestanddeel van het misdrijf eventueel opzet volstaat. Wij weten waarop dit in de praktijk neerkomt: als de dader zich niet kan beroepen op een aanvaardbare grond van rechtvaardiging, oordeelt de rechter dat de dader aanvaard heeft dat het mogelijk zou zijn dat het slachtoffer de door de wet bepaalde leeftijd heeft, en is er eventueel opzet.

Voor het overige kan de consequente toepassing van de leer van het opzet ertoe leiden dat een zinloos onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de dader die ermee rekening hield dat het slachtoffer misschien nog te jong was, en de andere die zich daarom geenszins bekommerde en dus alleen maar roekeloos of onvoorzichtig was⁷⁵.

Ware het ook nu voor de rechtsonderhorige niet duidelijker dat, in die gevallen waarin de wetgever het mogelijk of wenselijk acht het gegeven van de leeftijd tot een minder strikt objectief gegeven van het misdrijf te maken, zulks zou blijken uit de wetsomschrijving van dat bepaald misdrijf? Ik verwijs naar de redactie van artikel 379 van het Strafwetboek betreffende het bederf van de jeugd.

24. De leer van het opzet zou ook, indien zij consequent wordt toegepast, tot de gevolgtrekking leiden dat een misdrijf, gepleegd in toestand van dronkenschap, niet meer als opzettelijk misdrijf kan worden gestraft zodra het onderscheidingsvermogen in voldoende mate aangetast is. In die optiek kan het misdrijf

⁶⁸ Zie hierover NIJPELS en SERVAIS, *Code pénal interprété*, artikel 475, nr. 6, blz. 520; VERHAEGEN, «Meurtres pour faciliter le vol», *R.D.P.*, 1974-75, 785.

⁶⁹ Strafgesetzbuch, § 211 (11); Nederlands Strafwetboek, art. 288; NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, II, blz. 934.

⁷⁰ DELEIXHE en FRANCHIMONT, *op. cit.*, p. 885: de strafbaarheid van de deelnemer aan diefstal moet niet noodzakelijk verzaamd worden wegens de gepleegde braak.

⁷¹ Zie o.m. DREHER, *op. cit.*, p. 25 en 26, blz. 126, 128; *Neue Juristische Woche*, 1973, 377.

Maar de Hoge Raad der Nederlanden oordeelt toch dat de verzwarende omstandigheid van geweld de strafbaarheid verhoogt van elke deelnemer, ook van hen die niet aan het geweld hebben deelgenomen: NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, III, art. 312, blz. 1028.

⁷² Als TROUSSE, (*op. cit.*, nr. 3854) de andersluidende mening uitdrukt dat deelneming met eventueel opzet niet mogelijk zou zijn, wil hij eigenlijk benadrukken dat er alleszins gezamenlijk opzet moet zijn tegenover het basisdelict.

⁷³ DREHER, *op. cit.*, § 15, blz. 75 («Bedingter Vorsatz kommt nach Beispielen aus der Rechtsprache in Betracht wenn der Täter zweifelt ob das Kind schon 14 Jahre ist»).

⁷⁴ Cass. fr., 6 november 1963, *J.C.P.*, 1964, II, 13463; zie hierover ook LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial*, blz. 914.

⁷⁵ Zie *Neue Juristische Woche*, 1953, 152.

dan enkel als onopzettelijk misdrijf gestraft worden, ofwel moet het Strafwetboek bepalen, zoals dat van de Bondsrepubliek Duitsland en van Ethiopië⁷⁶, dat het misdrijf — onverschillig welk misdrijf — dat in roestoestand gepleegd wordt, een specifiek misdrijf is, waarop een redelijk zware straf gesteld wordt.

Uit het voorlopige rapport blijkt dat vele leden van de commissie ervoor terugheschrokken zijn in verband met het voorstel die opvatting over te nemen⁷⁷. Hier wordt duidelijk gesteld het conflict tussen de opvatting van het strafrecht als maatschappelijke reactie op opzettelijke handelingen en het strafrecht als verdediger van maatschappelijke waarden.

25. Zal het beginsel «geen misdrijf zonder opzet» ook gelden ten opzichte van de bijzondere strafwetten?

Dan zal de wetgever de voorzorg moeten nemen de tekst van tal van strafwetten te herzien, waaraan de rechtspraak om niet altijd voor de hand liggende redenen een zogezegd materieel karakter toekeende, of die wetten te onttrekken aan de gelding van het besproken beginsel. Ik denk aan de jachtwet, de wapenwet, de douanewetgeving⁷⁸, en zelfs een wet zoals die op de drugs, daar b.v. het vergemakkelijken van het gebruik ervan uit onachtzaamheid kan gebeuren⁷⁹. Dan zal de wetgever naast de postverlating of de scheepsverlating met opzet, uitdrukkelijk moeten viseren de postverlating of de scheepsverlating door gebrek aan vooruitzicht of voorzorg⁸⁰, enz...

Zou het uiteindelijk om al die redenen niet eenvoudiger, en duidelijker zijn voor de rechtsonderhorige, indien de wetgever voor elke categorie van strafbaar gestelde handelingen naast de materiële bestanddelen ook het morele bestanddeel uitdrukkelijk zou aanduiden, met dien verstande dat telkens als de aard van het misdrijf zulks mogelijk maakt alleen de opzettelijke handeling met strafsancie beteugeld wordt?⁸¹

In dit verband meen ik dat het voorlopige rapport helemaal ten onrechte insinueert dat een stelsel van strafrecht dat voor iedere strafbare handeling of voor iedere categorie van strafbare feiten het eraan verbou-

den morele bestanddeel bepaalt, «een klimaat van rechtsonzekerheid» zou scheppen, en dat, hoe dan ook, de talrijke uitdrukkelijke en andere uitzonderingen op de regel van de noodzaak van het opzet dit beginsel ernstig zullen relativeren.

Een algemene definitie van het opzet in het Strafwetboek betekent ook het niet-denkbare gevaar dat bewust of onbewust verwarring zal ontstaan of verwekt zal worden tussen opzet en anderzijds het motief of de beweegredenen.

Tenslotte zij opgemerkt dat de commissie voor de herziening van het Franse Strafwetboek het niet gewenst achtte een verband te leggen tussen de indeling der misdrijven en het al dan niet opzettelijk karakter ervan^{81a}.

§ 2. Causaliteit en vooruitzienbaarheid

26. Ten opzichte van de gevolgen van een misdrijf of een met vrije wil gestelde handeling die anders of erger zijn dan de gewilde gevolgen (of die, volgens de betwistbare theorie van het gebeurlijke opzet, verder strekken dan wat de dader aanvaard zou hebben), rijst de vraag wanneer deze gevolgen aan de strafrechtelijke schuld van de dader kunnen worden toegerekend.

Volgens de geldende opvatting is de dader strafrechtelijk aansprakelijk voor de door de strafwet omschreven gevolgen zodra er naar het soevereine oordeel van de rechter causaal verband bestaat tussen de met vrije wil gestelde handeling en haar gevolgen.

Vele leden van de commissie oordelen dat de vaststelling van het causale verband volstaat als een van de elementen van de burgerlijke aansprakelijkheid, maar dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de niet gewilde gevolgen moet worden beperkt tot de vooruitzienbare gevolgen.

Die beperking zou in het strafrecht beter de werkelijke schuld van de verdachte op de voorgrond stellen, en komt tot uitdrukking in b.v. de tekst van het Zwitserse Strafwetboek⁸².

Een andere formulering komt voor in de Strafwetboeken van b.v. de Bondsrepubliek Duitsland, Griekenland, Ethiopië⁸⁴: ten opzichte van de niet gewilde gevolgen moet minstens schuld vaststaan, en wel doordat ten opzichte van die gevolgen onachtzaamheid aan de dader moet kunnen worden verweten. Deze formulering komt op hetzelfde neer indien de rechtsleer, zoals die van de Bondsrepubliek Duitsland, oordeelt dat de vooruitzienbaarheid der gevolgen bestanddeel is van de onachtzaamheid.

⁷⁶ Strafgesetzbuch, § 330a; Strafwetboek van Ethiopië, art. 485.

⁷⁷ Zie ook LEGROS, «Considérations sur les délits d'imprudences», R.D.P., 1958-59, 109 e.v., vnl. 114.

Het Zweedse Strafwetboek stelt het in staat van dronkenschap gepleegd misdrijf gelijk met een opzettelijk gepleegd misdrijf (art. 2, lid 2).

⁷⁸ Zie de uitvoerige en genuanceerde uiteenzetting van het openbaar ministerie bij het arrest van 23 januari 1911 van het Hof van Cassatie (Pas., 1911, I, 98).

⁷⁹ Cass., 21 december 1964, Pas., 1965, I, 407, betreffende een apotheker die door een overgeeflijke beroepsfout niet merkt dat de hem voorgelegde attesten vals waren en niet konden beantwoorden aan een normale geneeskundige behandeling.

⁸⁰ Want postverlating door algemeen opzet kan in werkelijkheid een misdrijf als gevolg van onachtzaamheid zijn: LEGROS, *op. cit.*, blz. 183.

⁸¹ HAZEWINKEL-SURINGA, *op. cit.*, blz. 112.

^{81a} Avant-projet du code pénal, dispositions générales, blz. 21.

⁸² Zwitsers Strafwetboek, artt. 123 en 124.

⁸³ Bondsrepubliek, art. 18; Griekenland, art. 29; Ethiopië, art. 58.

27. Men moet zich nochtans afvragen wat de rechter, die de opeenvolging der feiten achteraf vaststelt en ontleedt, zal beletten te oordelen dat het causale verband, en zeker als hij het adequate causale verband vaststelt, vooruitzienbaar was. Die vraag rijst met des te meer klem wanneer men kennis neemt van b.v. ook de uitspraken der Duitse en Nederlandse rechtbanken over de mogelijke gevolgen waarmee de verdachte rekening had moeten houden⁸⁴. Ik twijfel er daarom sterk aan of in de praktijk de in de strafwet geformuleerde eis van de vooruitzienbaarheid der gevolgen werkelijk een beperking van algemene draagwijdte zal toevoegen ten opzichte van de noodzaak van het bestaan van een causaal verband.

Ten opzichte van het in het voorlopige rapport uitgedrukte voorstel om langs wetgevende weg door de strafrechter andere maatstaven te doen hanteren dan de burgerlijke rechter om vast te stellen dat er causaal verband bestaat, meer bepaald de adequate causaliteit in plaats van de causaliteit op basis van de gelijkheid der voorwaarden, meen ik dat — behalve de vraag of dit principieel onderscheid in de praktijk door de rechters met trefzekerheid zal worden toegepast — dit probleem ook moet worden gezien in het licht van het bij ons bestaande stelsel waardoor de meeste burgerlijke vorderingen wegens een misdrijf aan de strafrechter voorgelegd worden.

Een andere soort van causaliteit als grondslag voor de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke aansprakelijkheid zou leiden tot complicaties in een strafrechtsstelsel dat de benadeelde als burgerlijke partij toelaat in het strafproces, en is naar mijn mening maar verwezenlijkbaar in een stelsel dat het strafgeding en het burgerlijk geding volledig of grotendeels scheidt.

De commissie heeft niet gemeend zulk een scheiding te moeten voorstellen, en het is zeer de vraag of dit wenselijk zou zijn^{84a}.

§ 3. Niet- opzettelijke schuld

28. Uit een andere passus van het voorlopige rapport blijkt dat vele leden van de commissie oordelen dat niet alleen de causaliteit, maar ook de schuld zelf anders moet worden beoordeeld door de strafrechter dan door de burgerlijke rechter.

Naar hun mening moet de schuld door de burgerlijke rechter zo ruim mogelijk geïnterpreteerd en zelfs «geobjectiveerd» worden, terwijl de strafrechter rekening moet houden met de persoonlijke eigenschappen van de dader, zoals de leeftijd, opleiding, intelligentie, om uit die kenmerken af te leiden of de verdachte zich ja dan neen schuldig maakte aan onachtzaamheid of onvoorzichtigheid in de zin van de strafwet.

Aan de strafrechter wordt opgedragen op die wijze over het bestaan van de strafrechtelijke onachtzaamheid te oordelen door b.v. de strafwetboeken van Zwitserland en Ethiopië⁸⁵.

29. Dit voorstel beoogt een einde te maken aan de identiteit van de strafrechtelijke en de burgerlijke schuld — althans wanneer de wetgever voor bepaalde misdrijven de onachtzaamheid als schuldvorm niet uitdrukkelijk beperkt tot bepaalde vormen van onvoorzichtigheid — en te komen tot een tweeledig schuldbegrip: de strafrechtelijke schuld zou minder ver strekken dan de burgerlijke schuld.

Die aanbeveling kan naar mijn oordeel aldus geïnterpreteerd worden dat de bestuurder van een motorvoertuig, die nog niet voldoende rijervaring heeft, of die wegens gevorderde leeftijd niet meer zo opmerkzaam kan zijn, door de strafrechter vrijgesproken moet worden als de overtreding op het verkeersreglement te wijten is aan gebrek aan ervaring of hoge leeftijd.

Vergeten wij niet dat volgens het voorlopige rapport in zulke gevallen, en namelijk wanneer de schuld en de gevolgen gering zijn, de strafrechter zich reeds, met toepassing van de aanbevolen oriëntatie tot «vermenselijking» der maatschappelijke reactie, tot een eenvoudige schuldigverklaring van de gedaagde zou kunnen beperken, en dit zowel wanneer geen schade aan een derde werd berokkend, als wanneer de bestuurder gedekt is door de wettelijk voorgeschreven verzekering.

Ik meen dat de schuldigverklaring, waartoe de strafrechter zich zou kunnen beperken indien hij vaststelt dat de schuld van de dader gering is of de gevolgen ervan onbeduidend zijn, in het voorlopige rapport ten onrechte omschreven wordt als een nieuwe vorm van straf, meer bepaald de kleinste straf. Het gaat integendeel om een loutere vaststelling van overtreding van de strafwet met vrijstelling van straf, zoals op dit ogenblik reeds in Frankrijk mogelijk is⁸⁶, en ook in Nederland mogelijk zal zijn, wanneer daar volgens een onlangs ingediend wetsontwerp de strafrechter de bevoegdheid zal hebben aan de verdachte het rechterlijk pardon toe te staan wegens de geringe ernst van het feit⁸⁷.

Vrijstelling van straf wegens de geringe betekenis van de schuld of haar gevolgen, en dan nog, volgens andere normen, een tweeledig schuldbegrip: dit lijkt mij van het goede te veel, en zal een bron van complicaties worden.

⁸⁵ Zwitsers Strafwetboek, art. 18, 3, in fine; Ethiopisch Strafwetboek, art. 59, 1°, lid 2. Zie ook HAUS, *op. cit.*, nr. 323.

⁸⁶ Wet van 11 juli 1975.

⁸⁷ Nieuw artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht, volgens ontwerp van wet nr. 15012, van 2 mei 1978, in behandeling bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Vgl. ook TROUSSE, «Le mobile justificatif», *R.D.P.*, 1962-63, 433, vnl. blz. 435.

⁸⁴ B.v.: Pantoffel-eierschade-arrest van 14 juni 1939 van het Hof te Amsterdam, in *Arresten* verzameld door VAN BEMMELEN e.a., blz. 113; DREHER, *op. cit.*, § 222, blz. 897.

^{84a} Zie jaarverslag Beneluxcommissie, *R.W.*, 1978-79, 992 e.v.

Het voorstel om een tweevoudig schuldbegrip te scheppen naar gelang het gaat om de strafrechtelijke of de burgerrechtelijke aansprakelijkheid impliceert de stelling, die niet door iedereen gedeeld wordt, dat als grondslag van de burgerlijke aansprakelijkheid de schuld niet door het risicobegrip vervangen hoeft te worden.

Er wordt verwezen naar rechtsstelsels waar inderdaad een tweeledige opvatting van het schuldbegrip bestaat⁸⁸, en naar aanbevelingen in die zin door verschillende auteurs en door het congres van Lissabon, maar men mag niet vergeten dat die dualiteit ontstaan is in rechtsstelsels die, in tegenstelling tot het onze, de stelling van de benadeelde als burgerlijke partij voor de strafrechter niet of slechts in zeer beperkte mate kennen.

In een rechtsstelsel als het onze, waar het slachtoffer van een misdrijf zijn vordering tot herstel der schade meestal voor de strafrechter inleidt — en ik herhaal dat de commissie niet heeft gemeend te moeten voorstellen om die mogelijkheid aan de benadeelde te ontnemen — zou de voorgestelde dualiteit van de burgerrechtelijke en de strafrechtelijke schuld tot een ernstige verstoring van de rechtsbedeling leiden.

Indien het nog denkbaar is een einde te maken aan het absolute gezag van het vonnis in strafzaken, meer bepaald van het vrijsprekende strafvonnis, tegenover wie zich niet burgerlijke partij heeft gesteld, zou daarentegen de als beginsel gestelde dualiteit van de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke schuld aan al wie zich voor de strafrechter burgerlijke partij stelde, en er zijn argumenten ontwikkelde, maar afgewezen werd, de onbeperkte mogelijkheid bieden om de vordering tot herstel der schade wegens hetzelfde feit en tegen dezelfde persoon opnieuw in te leiden voor de burgerlijke rechter.

Hij die zich benadeeld acht zal altijd kunnen beweren dat de vrijspraak door de strafrechter enkel en alleen betekent dat het feit gepleegd werd zonder strafrechtelijke schuld, en dat aan dat feit wel een burgerlijke schuld ten grondslag ligt.

Dualiteit van strafrechtelijke en burgerrechtelijke schuld zal in een rechtsstelsel als het onze leiden tot een dualiteit van processen tussen dezelfde personen, zonder te spreken van de mogelijkheden van beroep in cassatie omdat het begrip strafschuld, zoals sommige leden van de commissie dit wensen in de strafwet te omschrijven, verkeerd geïnterpreteerd werd.

En weer eens : was het niet de bedoeling een Strafwetboek te maken dat de rechtsonderhorige kan grijpen ? Wie zal het op zich nemen aan de rechtsonderhorige uit te leggen dat het normaal is dat hij na vrijspraak door de strafrechter, omdat hij geen schuld heeft, en waardoor de vordering van de tegenpartij tot

herstel van de schade afgewezen werd, door de burgerlijke rechter toch schuldig kan worden bevonden voor hetzelfde feit, en dat hij dan aan dezelfde tegenpartij wegens datzelfde feit toch vergoeding verschuldigd zal zijn.

Dit zijn de redenen waarom ik het voorstel van de dualiteit van de schuld, dat uitging — zoals uit de tekst van het voorlopige rapport blijkt — van de subcommissie die met dat probleem belast werd, afwees.

30. Ik heb dan voorgesteld het in het voorlopige rapport geformuleerde alternatieve stelsel : één schuldbegrip, maar de vastgestelde schuld zal in voorkomend geval niet gestraft worden, wel een reden zijn om de veroorzaakte schade te vergoeden.

In werkelijkheid sluit dat voorstel gewoon aan bij de door de commissie genomen optie dat de strafrechter, wanneer daartoe redenen zijn, zich kan beperken tot de loutere schuldigverklaring met vrijstelling van straf. Daar de strafrechter de schuld heeft vastgesteld, is hij bevoegd meteen uitspraak te doen over de vordering tot herstel der schade die hem werd onderworpen door de burgerlijke partij.

Het is vanzelfsprekend dat dit voorstel niet in de weg staat aan een mogelijke evolutie in het burgerlijk recht ten opzichte van de grondslag van de burgerlijke aansprakelijkheid, in die zin dat in de toekomst wellicht het risicobegrip de schuld zal overvleugelen als grondslag van de aansprakelijkheid. Het is ook mogelijk dat wanneer die evolutie zou plaatshebben, dit een weerslag zal hebben op de interpretatie van het schuldbegrip in het strafrecht.

Verder blijft het de wetgever steeds mogelijk voor bepaalde misdrijven de schuld, meer bepaald de onachtzaamheid of het gebrek aan voorzorg, te beperken tot bepaalde schuldmodaliteiten, zoals thans het geval is met b.v. de onopzettelijke brandstichting.

Het bezwaar van de voorstanders van de dualiteit van het schuldbegrip was dat naar hun oordeel zelfs de loutere schuldverklaring een straf is. Ik meen dat dit bezwaar niet opweegt tegen de voordelen verbonden aan het alternatieve stelsel ; bovendien zou duidelijk moeten worden gesteld dat de schuldigverklaring niet de eindbeslissing is, maar een schakel in de gedachtengang van de strafrechter om te komen tot de beslissing van vrijstelling van straf.

31. Opzet en onachtzaamheid zijn de twee schuldvormen. Zonder onachtzaamheid, die de mindere vorm van schuld is, kan er geen misdrijf zijn.

Waarom zou de regel «geen misdrijf zonder schuld» niet als positieve regel in het Strafwetboek opgenomen worden, zoals de Oostenrijkse wetgever dat deed⁸⁹ ?

⁸⁸ Vgl. NOYON en LANGEMEIJER, *op. cit.*, Algemene bepalingen, blz. 56.

⁸⁹ Zie noot 10.

32. Het ware echter onjuist te stellen dat in strijd hiermee ons huidige strafrecht de dader straft voor feiten waaraan hij volstrekt geen schuld heeft, meer bepaald, zoals sommige leden van de commissie menen, wanneer het gaat om reglementaire inbreuken of zogezegde materiële misdrijven.

Het voorlopige rapport verwijst naar de aanbeveling van de Canadese commissie voor de herziening van het strafrecht, dat minstens onachtzaamheid aan de verdachte verwijtbaar moet zijn. Ten onrechte wordt hierdoor de indruk verwekt dat dit beginsel miskend wordt door de huidige Belgische rechtspraktijk.

Blijkbaar is deze onjuiste opvatting ontstaan onder invloed van de Franse rechtspraak, die de reglementaire inbreuken wel als materiële misdrijven kenmerkt, die geen enkele schuldvorm vergen. Zo werd als voorbeeld de Franse beslissing geciteerd dat de nudist die te ver liep omdat het hem voorbehouden terrein door de gemeente niet naar behoren was afgebakend, zich kan rechtvaardigen ten opzichte van de verdenking van openbare zedenschennis, maar niet ten opzichte van de inbreuk op het gemeentereglement⁹⁰.

Onze rechtspraak erkent echter het bestaan van gronden van rechtvaardiging ten opzichte van alle misdrijven, de overtredingen op de reglementaire voorschriften inbegrepen. Dit is dan nog het geval als de wetgever gemeend heeft onwetend gepleegde overtreding te moeten doen bestraffen⁹¹.

Er is dus op dit gebied een uitgesproken verschil tussen de Belgische en de Franse opvatting⁹², bijvoorbeeld op het gebied van de strafbare milieuvuiling⁹³. Het is daarom een bron van misverstand bepaalde misdrijven in het Belgische strafrecht als materiële misdrijven te kenmerken.

33. Wanneer welke vorm of graad van onachtzaamheid ook voldoende is als moreel bestanddeel van het misdrijf, kan die schuldvorm worden afgeleid uit de materiële vaststelling van het misdrijf: schuld door schending van de strafwet.

Dit doet echter geenszins afbreuk aan de overweging dat minstens onachtzaamheid als schuldvorm aanwezig moet zijn. Is dit moreel bestanddeel niet voorhanden, dan kan en zal de verdachte een grond van rechtvaardiging inroepen: de rechtbank stelt dan vast dat geen schuld, en dus geen misdrijf, aanwezig is indien de aangehaalde grond van rechtvaardiging met de werkelijkheid overeenstemt. Overigens volstaat het dat de aangehaalde grond van rechtvaardiging met de werkelijkheid schijnt overeen te stemmen, opdat het openbaar ministerie moet bewijzen dat die schuldsluitende grond niet bestaat⁹⁴.

WALTER BROSENS
*Advocaat-generaal bij het
Hof van Beroep te Antwerpen.*

⁹⁰ Toulon, 4 december 1952, *Gaz. Pal.*, 1953, 114, vernietigd, wat de zedenschennis betreft, door Hof Aix.

⁹¹ Cass., 6 oktober 1952, *Pas.*, 1953, I, 37.

⁹² LEGROS, «Le droit pénal dans l'entreprise», *J.T.T.*, 1977, nr. 144.

⁹³ *R.D.P.*, 1978-79, chronique semestrielle de jurisprudence, blz. 591.

⁹⁴ O.m. Cass., 2 mei 1949, *Pas.*, 1949, I, 329.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 9 MEI 1978

Voorzitter: baron Richard

Raadsheer-rapporteur: ridder de Schaetzen

Eerste advocaat-generaal: de h. Dumon

Openbaar ministerie—Optreden voor rechtscolleges— Immunititeit.

De magistraten van het openbaar ministerie hebben, wanneer zij optreden o.m. voor een hof van assisen, het recht en de plicht — onder het eventueel voorbehoud van het disciplinair toezicht — betreffende de hun toevertrouwde zaak alles te zeggen en eventueel te schrijven dat zij in geweten oordelen noozakelijk te zijn voor het vervullen van de opdracht die hun is toevertrouwd.

Het gevolg daarvan is dat hetgeen zij ter uitoefening van hun functies zeggen, geen aanleiding tot vervolging kan geven.

X.

Conclusie van de eerste advocaat-generaal Dumon

De feiten zijn U bekend. In hun klachten van 30 november en 20 december 1977 hebben vijf geneesheren, die in een assisenzaak als deskundigen waren opgetreden, tegen de h. substituut-procureur-generaal X klacht ingediend omdat hij zich ter zitting van 30 november 1977 van het hof van assisen, dus in het openbaar, schuldig gemaakt zou hebben aan feiten die zouden moeten worden omschreven als misdrijven, bepaald door de artikelen 443, 444, 448 en 561-7° van het Strafwetboek.

Het Hof weet welke de wetsbepalingen zijn die ten deze van toepassing zijn, wat de procedure betreft.

Aangezien we thans te maken hebben met dergelijke testleggingen, gericht tegen een magistraat van een hof van beroep wegens feiten die hij gepleegd zou hebben in de uitoefening van zijn ambt, zijn de bepalingen van de artikelen 483, enerzijds, en 481 en 482, anderzijds, van toepassing.

Artikel 483, betreffende de misdrijven gepleegd in de uitoefening van het ambt, verwijst weliswaar uitsluitend naar de bepalingen van artikel 479 van hetzelfde wetboek — die slechts de misdrijven gepleegd buiten de uitoefening van het ambt betreffen — en de artikelen 481 en 482 aangaande de procedure voor het Hof van Cassatie staan weliswaar in de afdeling II van het hoofdstuk III betreffende de «misdaden door rechters gepleegd buiten hun ambt en in de uitoefening van hun ambt», maar het is duidelijk dat de verwijzing, in artikel 483 naar artikel 479, meteen ook een verwijzing naar de artikelen 481 en 482 inhoudt.

Ingevolge de bepalingen van artikel 482 — ten deze van toepassing — zal het Hof van Cassatie ofwel beslissen dat er geen reden is tot verdere vervolging omdat er geen bezwaren aanwezig zijn, of omdat de feiten die een magistraat van het hof van beroep ten laste worden gelegd, wettelijk, niet strafbaar zijn ... ofwel — zoals artikel 482 bepaalt «indien daartoe grond bestaat» — de zaak verwijzen hetzij naar een onderzoeksrechter — indien het onderzoek niet volledig schijnt te zijn — ofwel naar een hof van beroep van een ander rechtsgebied dan datgene van het Hof waartoe de verdachte magistraat behoort, ten einde uitspraak te doen ten gronde.

Men kan de vraag stellen, of het Hof van Cassatie ook over het recht beschikt de zaak te seponeren omdat een vervolging niet opportuun zou blijken: toepassing van het opportuniteitsprincipe. Ik meen niet dat het Hof dit recht heeft, alhoewel professor Constant, in zijn studie verschenen in de *Novelles*, «Les crimes commis par les juges», oordeelt dat het Hof zulks vermag te doen. Ter adstructie van deze zienswijze roept hij het gezag van zeven arresten van het Hof in. Leest men deze arresten, dan valt nochtans daaruit geenszins af te leiden dat zij een dergelijke macht om te oordelen over de opportuniteit van de vervolging aan het Hof van Cassatie toeschrijven. Zij gewagen wel van het recht en de opdracht van het Hof om uitspraak te doen nopens het bestaan of het niet-bestaan van voldoende bezwaren — hetgeen natuurlijk lijkt — maar ze reppen met geen woord betreffende de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Ik ben ervan overtuigd, dat ten deze het Hof behoort te beslissen dat er geen misdrijf bestaat. De feiten die door de vijf geneesheren worden aangeklaagd werden misschien wel door de substituut-procureur-generaal X begaan, maar wij hebben daarover geen stelling te nemen. We hoeven dit punt niet te onderzoeken. Inderdaad, rekening houdende met de plaats en de omstandigheden waarin zij gepleegd zouden zijn, hebben die feiten geen karakter van een misdrijf omdat zij door een immuniteit van incriminatie en van vervolgingen worden gedekt.

Geen enkele schriftelijke regel bepaalt, dat in gevallen zoals die waaromtrent het Hof thans stelling moet nemen, een dergelijke immuniteit van rechtsvervolging bestaat ... maar, zoals het Hof weet, wordt ons positief recht niet uitsluitend door geschreven regels, wettelijke, reglementaire en andere, gevormd. Ook ongeschreven regels, i.h.b. gewoonterechtelijke regels of algemene en gewone principes van het recht, maken van ons positief recht deel uit.

Gewoonterechtelijke regels hebben, vóór de inwerkingtreding van de wet van 30 maart 1968 (*Staatsblad* van 6 juni 1968), waarbij het Verdrag van Wenen van 16 april 1971 werd goedgekeurd — verdrag over de diplomatieke betrekkingen — een immuniteit van jurisdictie en vervolging voor de diplomaten en de leden van hun familie opgelegd. Deze immuniteit kan overigens ook uit een algemeen rechtsbeginsel afgeleid worden.

Dikwijls worden door wetsbepalingen algemene principes toegepast voor bepaalde gevallen. Dit is het geval voor het principe van de bescherming van de rechten van de verdediging. Dit is ook het geval voor het algemene principe waarop thans onze aandacht gericht is: principe volgens hetwelk bepaalde gezagdragers of andere personen wettelijk niet kunnen worden vervolgd of aan enig onderzoek onderworpen n.a.v. een mening, een opvatting, door hen uitgebracht en dus n.a.v. woorden die werden uitgesproken in de uitoefening van de functies of opdrachten waarmee zij zijn belast, welke woorden zij in geweten geoordeeld hebben voor deze uitoefening noodzakelijk te zijn.

Sommige wetsbepalingen passen dit algemene principe uitdrukkelijk toe op bepaalde gevallen, maar dit betekent natuurlijk niet dat aldus het algemene principe wordt uitgeput en dat derhalve bedoelde immuniteit in geen enkel ander geval nog zou bestaan.

Dat de wet of een internationaal verdrag iets daarover beslist, komt steeds omdat ofwel historische redenen aanwezig waren, ofwel bijzondere voorzorgsmaatregelen genomen dienden te worden voor bepaalde gevallen, zoals voor de leden van het Parlement, de advocaten, de rechters van internationale rechtscolleges, en ook voor diplomaten.

De leden van het Parlement

In de XVIIe eeuw werd het in Engeland, ter bescherming van de uitoefening — de vrije uitoefening — van hun functies door de leden van het Parlement, noodzakelijk geacht in de Bill of Rights schriftelijk te bepalen: «That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or place out of Parliament.» In 1629 werd deze vrijheid voor de laatste maal door de rechtbank niet erkend. Twee leden van het Parlement werden veroordeeld wegens oproerige uitlatingen (seditious words) in het Parlement. The House of Lords deed het vonnis teniet «on the ground that words spoken in Parliament could only be judged in Parliament».

De vrijheid bestaat voor alle woorden uitgesproken in de uitoefening van de functies van een parlamentslid, bv. ook besprekingen met een minister, in dezes privé-woning, van aangelegenheden die het Parlement betreffen. Wanneer een parlamentslid van zijn vrijheid misbruik maakt, kan het Parlement tuchtmaatregelen nemen. In 1947 werd tegen Garry Allingan, lid van het House of Commons voor Gravesend, een dergelijke disciplinaire sanctie getroffen na verslag door «the Committee of Privileges».

Een gelijkaardige bepaling vinden we ook in onze Grondwet, in alle Franse grondwetten en de grondwetten van andere landen, die door de eerste democratische grondwetten van Frankrijk werden beïnvloed. Men weet onder welke omstandigheden de grondwettelijke bepalingen, die de immuniteit van het woord en van repressieve vervolging waarborgen, in Franse grondwetten werden opgenomen. Koning Lodewijk XVI wenste na een aantal weken de Etats Généraux te ontbinden en hij liet de leden ervan verzoeken de zaal te verlaten na aan hun werkzaamheden een einde te hebben gemaakt. Toen nam Mirabeau het woord en verklaarde: «Dites à votre Maître, le Roi, que les représentants de la Nation ne quitteront ce lieu qu'à la pointe des baïonnettes.»

De vertegenwoordigers van de Natie zagen onmiddellijk in, dat het wellicht noodzakelijk was zich onder de bescherming van grondwettelijke bepalingen te stellen.

De advocaten

Artikel 452 van het Strafwetboek bepaalt: «Voor de rechtbanken gesproken woorden of aan de rechtbanken overgelegde geschriften geven geen aanleiding tot strafvervolgning wanneer die woorden of die geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben.»

Ten tijde van Napoleon — Strafwetboek van 1810 — en nog ten tijde van de inwerkingtreding van ons Strafwetboek van 1867, was het nodig uitdrukkelijk en plechtig de aandacht van de hoven en rechtbanken, en zelfs van de belanghebbenden, te vestigen op de rechten van de verdediging, en in het bijzonder op de rechten en plichten die daaruit voortvloeien voor de advocaten, die voor de rechtscollages de rechten en belangen van partijen, de beklaagden hierin begrepen, dienen te behartigen.

Het Protocol betreffende het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bepaalt in artikel 3: «De rechters zijn vrijgesteld van rechtsvervolgning. Met betrekking tot hetgeen zij in hun officiële hoedanigheid hebben gedaan, gezegd of geschreven blijven zij deze immuniteit genieten, ook nadat zij hun ambt hebben neergelegd. Het Hof kan, in voltallige zitting, de immuniteit opheffen ...»

De opstellers van de Verdragen van Rome en van de protocollen daarbij, hebben geoordeeld dat, daar verscheidene Staten leden van de Europese Gemeenschappen zouden worden en hun nationale positieve rechten niet dezelfde waren, het voorzichtig was deze immuniteit plechtig met zoveel woorden in een protocol duidelijk te bepalen en eerbiediging daarvan op te leggen.

Ik meen nochtans de aandacht van het Hof te moeten vestigen op het feit, dat bedoeld artikel 3 van het Europees protocol twee begrippen met elkaar heeft verward: 1) immuniteit van rechtsvervolgning omdat er geen misdrijf bestaat, en 2) immuniteit van rechtsvervolgning voor feiten die het kenmerk van een misdrijf hebben en die eventueel vervolgd worden na de opheffing van de immuniteit.

Onze nationale Grondwet maakt een duidelijk onderscheid: 1) definitieve en essentiële immuniteit voor de woorden en meningen uitgesproken of uitgebracht in de uitoefening van het ambt van lid van het Parlement (artikel 44 van de Grondwet) en 2) feiten die misdrijven uitmaken welke tot vervolging aanleiding kunnen geven maar waarvoor verloop van de betrokken wetgevende kamer vereist is (artikel 45 van de Grondwet).

De magistraten van de rechterlijke macht en onder meer — dit is ons probleem vandaag — de magistraten van het openbaar ministerie

Men heeft zich somtijds afgevraagd, of de bepalingen van artikel 452 van het Strafwetboek ook op de magistraten van de rechterlijke macht en in het bijzonder de magistraten van het openbaar ministerie betrekking hebben.

Aan de hand van de oorspronkelijke tekst van bedoeld artikel moest men noodzakelijkerwijze oordelen, dat dit artikel niet kan doelen op de woorden en de geschriften van magistraten van het openbaar ministerie ... en zelfs van magistraten van de rechtbank. Twee door de wet van 10 oktober 1967, houdende het Gerechtelijk Wetboek, opgeheven leden van bedoeld artikel 452 konden noodzakelijkerwijze niet toegepast worden op de magistraten. De eerste van bedoelde

teksten bepaalde, dat de rechter de weglating van de geschriften die als eerrovend of als smadend worden beschouwd mag bevelen, en het tweede lid bepaalde dat de rechters bevelen konden richten tot de advocaten en de ministeriële officieren en zelfs disciplinaire vervolgingen bevelen.

Het is duidelijk dat dergelijke bepalingen, die in de twee opgeheven leden van artikel 452 stonden, de magistraten noch van de rechtbank noch van het openbaar ministerie konden betreffen.

Dit is ook de opvatting van de Belgische rechtsleer. Zulks neemt niet weg, dat Belgische auteurs zoals Nypels en Servais en Constant de nadruk erop leggen, dat uiteraard, d.w.z. wegens de functies welke hij vervult en ook wegens het ambt dat hij bekleedt, «les réquisitions écrites du magistrat du parquet ne pourraient en aucun cas faire l'objet d'une action même civile en diffamation ou injures» (Nypels en Servais, deel III, art. 452, nr. 6) en «... par suite les réquisitions qu'ils prennent à l'audience ne peuvent donner lieu à aucune action en diffamation ou injures».

Zoals het Hof weet, wordt het principe van de immuniteit van de leden der rechterlijke macht ook erkend en toegepast in het Engels en het Amerikaans recht. Er zijn belangrijke arresten op dit stuk, maar zij betreffen uitsluitend zittende magistraten om de eenvoudige reden dat het begrip «magistraat van het openbaar ministerie» noch in Groot-Brittannië noch in Noord-Amerika bestaat. De juristen die voor de rechtscollages van die landen optreden als «public prosecutor» zijn leden van de balie of ambtenaren en geenszins leden van een rechterlijke macht¹.

Uit de aard zelve, de natuur van de functies die aan de leden van het openbaar ministerie zijn toegekend, vloeit het bestaan van bedoeld principe noodwendig voort: immuniteit voor al wat zij in de uitoefening van hun ambt hebben geschreven of gezegd ... voor zoveel natuurlijk zij in geweten oordelen dat wat zij geschreven of gezegd hebben en wat als eerrovend beschouwd wordt noodzakelijk was voor de hun gegeven opdracht en i.h.b., zoals ten deze, dat het noodzakelijk was voor de openbaarmaking van de waarheid.

Dit algemene principe wordt dus uit de natuur zelve van het ambt en van de functies afgeleid. We kennen andere algemene principes die eveneens uit de natuur van een ambt worden afgeleid: ik bedoel i.h.b. het principe van de bestendigheid, de continuïteit van de openbare diensten — la loi ou le principe de la continuité ou de la permanence des services publics.

Zonder deze immuniteit zouden de magistraten van het openbaar ministerie in de onmogelijkheid verkeren hun functies te vervullen die voor de repressieve rechtscollages erin bestaan de feiten zoals zij uit het dossier en de debatten blijken — o.m. uit de verklaringen van de getuigen en uit de schriftelijke of mondelinge vaststellingen en verklaringen van de deskundigen — aan de hoven en rechtbanken kenbaar te maken.

Als zij bedreigd konden worden met een eventuele burgerlijke of repressieve vervolging wegens datgene wat zij in de uitoefening van hun opdracht gezegd of geschreven hebben, — hetgeen noodzakelijkerwijze wil zeggen voor alles wat zij geschreven of gezegd hebben betreffende de zaak waarin zij

¹ «No action will lie against a judge for any acts done or words spoken in his judicial capacity in a Court of Justice ...», *Pollock's Law of Torts — A Treatise*, 1939, p. 92-93 en voetnoten.

optreden — dan zou het hun onmogelijk worden hun functies te vervullen. Dit is ook de reden waarom artikel 44 van de Grondwet uitdrukkelijk bepaalt dat geen enkele vervolging — noch civielrechtelijke, noch repressieve — ontvankelijk is ten laste van een lid van het Parlement dat iets gezegd heeft «in de uitoefening van zijn functie». Het lid van het Parlement mag alles zeggen, alles schrijven, welke stem ook uitbrengen — woorden, geschriften of stemmingen — zonder het minste gevaar te lopen ooit vervolgd te worden.

Disciplinaire maatregelen zijn natuurlijk mogelijk voor het geval de tuchtoverheid oordelen zou dat van de immuniteit misbruik is gemaakt, ofwel dat de gebezigde woorden, uitdrukkingen of stemmingen misschien te ver zijn gegaan.

Dit is de voorwaarde zelve van de onafhankelijkheid van een lid van het Parlement in de uitoefening van zijn functie : hij moet over een *volledige* vrijheid beschikken zonder het gevaar te lopen van een eventuele repressieve of burgerlijke vervolging wegens laster, eerroof of belediging.

Het stelsel en de verantwoording van de immuniteit van de leden der rechterlijke macht en i.h.b. van de leden van het openbaar ministerie zijn identiek.

Het Franse Hof van Cassatie, geconfronteerd met hetzelfde probleem als het onze, besliste op 2 februari 1950 en op 23 november 1950 (ch. crim.) (*Rec. Dalloz Hebd.*, 1951, jurisprudence, p. 23) :

«Les officiers du ministère public tiennent de la nature de leurs fonctions et du caractère dont ils sont revêtus, le droit, sous le seul contrôle des autorités dont ils relèvent, de dire ou d'écrire tout ce que, dans leur conscience, ils estiment être nécessaire à l'accomplissement de la mission dont ils sont chargés ; par suite, les réquisitions ou conclusions qu'ils prennent à l'audience ne peuvent donner lieu à aucune action en diffamation ou injure.»

U zult het bemerkt hebben, dit opperste rechtscollege gewaagt niet van de beperking van de immuniteit zoals zij in artikel 452 van het Strafwetboek wordt uitgedrukt — immuniteit «in zoverre die woorden of die geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben» — of zoals zij bepaald wordt in artikel 41 van de Franse wet van 29 juli 1881 : «Pourront toutefois les faits *diffamatoires étrangers à la cause* donner lieu à l'action publique ou l'action civile ...»

Het Hof van Cassatie beperkt zich ertoe te overwegen, dat «les officiers du ministère public tiennent ... le droit, sous le seul contrôle de ..., de dire ou d'écrire tout ce que, dans leur conscience, ils estiment être nécessaire à l'accomplissement de la mission dont ils sont chargés.»

Dit werd, meen ik, doelbewust gedaan : de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie t.o.v. de rechtbank vereist of veronderstelt dat de rechters geen enkel toezicht, zelfs onrechtstreeks, op de magistraten van het Parket zouden kunnen uitoefenen, hetgeen nochtans het geval zou kunnen wezen indien zij zouden mogen oordelen of hetgeen de magistraten van het openbaar ministerie ter terechtzitting hebben gezegd op de «zaak» betrekking had of niet, wat de rechters meteen de mogelijkheid zou geven te beslissen of bepaalde verklaringen, aantijgingen, woorden, uitdrukkingen al dan niet noodzakelijk waren voor de magistraten van het openbaar ministerie om hun ambt op degelijke wijze waar te nemen.

Het is echter duidelijk dat louter door het feit dat een magistraat van het openbaar ministerie met een bepaalde zaak is belast en zich op een terechtzitting bevindt, hij niet overschillig welke woorden en uitdrukkingen mag bezigen en i.h.b. aanwezige of afwezige personen bepaalde feiten of

tekortkomingen of houdingen ten laste mag leggen die hen in hun eer kunnen krenken of hen aan de openbaar minachting kunnen blootstellen. Hij beschikt vanzelfsprekend niet over een onvoorwaardelijke en onbegrensd immuniteit.

Strafvervolgingen en civielrechtelijke rechtsvorderingen zouden natuurlijk in bepaalde gevallen ontvankelijk zijn. Daarom heb ik in mijn vordering geschreven, dat de immuniteit alleen dan bestaat, wanneer de magistraat iets zegt of schrijft dat hij in geweten oordeelt *noodzakelijk* te zijn *voor de ontdekking* van de waarheid en dus voor het vervullen van de hem toevertrouwde opdracht. Het is immers duidelijk dat voor eerroevende woorden uitgesproken op een terechtzitting betreffende aangelegenheden die niets te maken hebben met de zaak en dus met de opdracht die aan de magistraat werd gegeven geen immuniteit zou kunnen gelden; want dan zouden wij niet meer te maken hebben met iets dat de magistraat oordeelt te moeten schrijven of zeggen *wat noodzakelijk* is voor het vervullen van zijn opdracht en, zoals ik in mijn schriftelijke vordering heb gezegd, noodzakelijk is om de waarheid aan het licht te brengen door aan de bevoegde rechtscolleges alles — zonder beperking — bekend te maken wat, naar zijn oordeel, van zulke aard is dat het derwijze de rechtspraak kan dienen.

Ik mag besluiten.

De aantijgingen die de vijf geneesheren ten laste van de heer X. hebben gelegd, werden uitgesproken op een zitting van het hof van assisen, in verband met een zaak waarmee hij voor dit hof, als magistraat van het openbaar ministerie was belast, en de woorden die eerroevend zouden zijn, indien zij zouden vaststaan — hetgeen wij niet hoeven te onderzoeken — betroffen het verrichten of het niet-verrichten of het onvolledig of slordig verrichten, door de klagers, van een deskundig psychiatrisch onderzoek

Het springt in het oog dat, indien de h. X de hem ten laste gelegde woorden al heeft uitgesproken, hij dit gedaan heeft in de uitoefening van de functie, meer precies, in verband met de zaak, die hem in handen was gelegd.

Misschien zal later een disciplinaire sanctie geboden zijn, maar de verweten feiten kunnen geen misdrijf uitmaken of opleveren en derhalve bestaat er geen reden tot verwijzing van de zaak hetzij naar een hof van beroep hetzij naar een onderzoeksrechter.

Arrest

Gelet op de vordering van de heer Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie die luidt als volgt :

Aan de tweede kamer van het Hof van Cassatie,
Wij, Procureur-Generaal in het Hof van Cassatie,

Gezien de brief D/GS/3956 van 31 januari 1978 waardoor de minister van Justitie, met toepassing van de artikelen 481, 482 en 483 van het Wetboek van Strafvordering, de klachten heeft overgezonden die ingediend werden door de doctors in de geneeskunde A, B, C, D en E tegen de h. X, substituit-procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel, uit hoofde van misdrijven bedoeld door de artikelen 443, 444 en 561-7° van het Strafwetboek.

Overwegende dat op 29 oktober 1975 de heren A en B, en op 13 oktober 1976 de heren C, D en E door de h. onderzoeksrechter te Y verzocht werden een neuropsychiatrisch, medicopsychologisch en sociaal onderzoek te verrichten van F, verdacht van doodslag op G ;

Overwegende dat op 29 november 1977 voornoemde vijf neuropsychiaters door het hof van assisen van de provincie Z

werden verhoord en op de 30ste van dezelfde maand de h. substituut-procureur-generaal X, die het ambt van openbaar ministerie in de vervolging tegen F, voor genoemd hof waarnam, zijn rekvisitorium uitsprak ;

Overwegende dat de heren A, B, C, D en E in hun klachten van 30 november en 20 december 1977 doen gelden, dat ter terechtzitting van 30 november 1977 en dus in het openbaar de h. substituut-procureur-generaal X het volgende gezegd heeft : (...)

Overwegende dat, zelfs in de veronderstelling dat de h. substituut-procureur-generaal X deze aantijgingen aldus tegen de vijf heren psychiaters gericht zou hebben, hij zich desniettemin niet aan feiten die wettelijk tot een strafvervolging aanleiding kunnen geven schuldig gemaakt zou hebben ;

Dat immers de magistraten van het openbaar ministerie, op grond van de aard zelve van hun functies en ingevolge de verplichtingen en de verantwoordelijkheden welke deze impliceren, het recht en de plicht hebben — onder het eventueel voorbehoud nochtans van het disciplinair toezicht — alles te zeggen en eventueel te schrijven betreffende de hun toevertrouwde zaak, wanneer zij o.m. optreden, zoals ten deze, voor een hof van assisen, wat zij in geweten oordelen noodzakelijk te zijn voor het vervullen van de opdracht die hun is toevertrouwd ;

Dat dit principe, noodzakelijkerwijze ook erkend en toegepast in andere Staten die gelijkaardige instellingen als de onze bezitten, de voorwaarde is van de onafhankelijkheid van deze magistraten, die essentieel voor en onafscheidbaar is van hun opdracht de waarheid te doen ontdekken door aan de bevoegde rechtscolleges alles bekend te maken wat, naar hun oordeel, van zulke aard is dat het derwijze de rechtsbedeling kan dienen ;

Dat overigens andere gelijkaardige principes van ons positief recht, gebaseerd insgelijks op de aard en de noodzakelijkheden van sommige opdrachten aan andere personen verleend — o.m. de leden van de Wetgevende Kamers, de leden van de rechtscolleges in het algemeen, en de advocaten — ook een volledige vrijheid, i.h.b. van het woord, toekennen met het gevolg dat hetgeen zij ter uitoefening van hun functies zeggen geen aanleiding tot vervolging kan geven ;

Dat derhalve hetgeen de h. substituut-procureur-generaal X, volgens de klachten van de heren A, B, C, D en E op 30 november 1977 ter terechtzitting van het hof van assisen van de provincie Z, in de loop van zijn rekvisitorium, gezegd zou hebben geen aanleiding tot vervolging op grond van de artikelen 443, 444, 448 of 561-7° van het Strafwetboek kan geven ;

Om die redenen,

Vordert de ondergetekende Procureur-Generaal dat het aan het Hof moge behagen, uitspraak doende in raadkamer en beslissende op grond van artikel 482 van het Wetboek van Strafvordering, voor recht te zeggen dat de hierboven bedoelde feiten ten laste gelegd van de h. substituut-procureur-generaal X, zelfs in de veronderstelling dat zij zouden vaststaan, geen misdrijf uitmaken en dat er derhalve geen reden bestaat tot verwijzing van de zaak hetzij naar een hof van beroep hetzij naar een onderzoeksrechter.

Gelet op de door de heer minister van Justitie ter uitvoering van artikel 482 van het Wetboek van Strafvordering overgezonden stukken ;

Gelet op de in bovenstaande vordering van de heer Procureur-Generaal vermelde wettelijke bepalingen, de redenen van die vordering overnemende, recht doende in raadkamer,

zegt dat de voormelde feiten, ten laste gelegd van substituut-procureur-generaal X, zelfs in de veronderstelling dat zij zouden vaststaan, geen misdrijf uitmaken en dat er derhalve geen reden bestaat tot verwijzing van de zaak hetzij naar een hof van beroep hetzij naar een onderzoeksrechter.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 4 DECEMBER 1978

Voorzitter : de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur : baron Vinçotte

Procureur-generaal : de h. Dumon

Inkomstenbelasting—Aanslag van bezoldigingen die na verstrijken van het jaar worden uitbetaald.

Krachtens art. 93, § 1, 3°, b, W.I.B. zijn afzonderlijk belastbaar tegen de gemiddelde aanslagvoet overeenstemmend met het geheel van de belastbare inkomsten van het laatste vorige jaar tijdens hetwelk de belastingplichtige een normale bedrijfsactiviteit heeft gehad, de bezoldigingen en pensioenen als bedoeld in art. 20, 2°, a, van voornoemd wetboek, waarvan de uitbetaling of de toekenning door toedoen van een openbare overheid of wegens het bestaan van een geschil slechts heeft plaatsgehad na het verstrijken van het belastbaar tijdperk waarop zij in werkelijkheid betrekking hebben.

Daar art. 93, § 1, 3°, W.I.B. slechts gewag maakt van het bestaan van een geschil en niet van het bestaan van een geding of van een in rechte ingediende vordering, eist de wet niet dat de betwisting voorgelegd werd aan een gerechtelijk organisme.

Belgische Staat t/ F.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 november 1977 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Over het *middel*, afgeleid uit de schending van artikel 93, § 1, 3°, b, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, *doordat* het arrest beslist dat, nu artikel 93, § 1, 3°, b, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen slechts gewag maakt van «het bestaan van een geschil» en niet bijvoorbeeld van «het bestaan van een geding» of van «een in rechte ingediende vordering», en nu ten deze de Belgische Staat niet in twijfel trekt dat er zich in feite tussen verweerder en wijlen zijn werkgever en nadien tussen verweerder en de weduwe van zijn werkgever een geschil heeft voorgedaan betreffende achterstallige bezoldigingen, zodat verweerder nopens deze feitelijkheid geen verdere bewijslast te dragen heeft, de Belgische Staat thans de toepassing van voormelde wettelijke bepaling wil onderwerpen aan een voorwaarde die ze niet stelt, door te eisen dat de betwisting «voorgelegd» zou zijn aan een gerechtelijk organisme,

terwijl de interpretatie die het Hof van Beroep te Antwerpen in het arrest aan de term «het bestaan van een geschil» geeft, niet strookt met de algemene strekking van voormelde wetsbepaling, die blijkt uit de beperkende uitleg die in de parlementaire voorbereiding betreffende artikel 6 van de wet van 28 maart 1955 aan dit begrip werd gegeven :

Overwegende dat uit het arrest en uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat verweerder, die be-

diende was in dienst van een notaris, aanvoerde dat de bedragen, die hem uitbetaald werden in 1966 door zijn werkgever en in 1969 door dezes weduwe, achterstallige bezoldigingen voor de vorige jaren begrepen en dat, in beide gevallen, de betalingen werden gedaan om een bestaand geschil te beëindigen ; dat er echter niet werd voorgehouden dat de betwistingen aanleiding gegeven hadden tot een geding ;

Overwegende dat, krachtens artikel 93, § 1, 3°, b, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, behalve een uitzondering zonder verband met het geval, afzonderlijk belastbaar zijn tegen de gemiddelde aanslagvoet overeenstemmend met het geheel van de belastbare inkomsten van het laatste vorige jaar tijdens hetwelk de belastingplichtige een normale bedrijfsactiviteit heeft gehad, de bezoldigingen en pensioenen als bedoeld in artikel 20, 2°, a, van voornoemd wetboek, waarvan de uitbetaling of de toekenning door toedoen van een openbare overheid of wegens het bestaan van een geschil slechts heeft plaatsgehad na het verstrijken van het belastbaar tijdperk waarop zij in werkelijkheid betrekking hebben ;

Overwegende dat het arrest niet wordt bekritiseerd in zoverre het beslist dat bedragen groot 70.000 frank en 86.117 frank aan verweerder werden uitbetaald, respectievelijk op 18 april 1966, «na veelvuldige discussies» met zijn werkgever, als achterstal van salarissen van de jaren 1963 tot 1966, en op 6 november 1969, ingevolge een onderhandse akte van dading, als achterstallige bezoldigingen voor de periode van juni 1966 tot juli 1969, en in zoverre het alle gedeelten van die bedragen als achterstallig in de zin van voormelde wetsbepaling beschouwt ;

Overwegende dat het arrest verder wettelijk oordeelt dat, «nu artikel 93, § 1, 3°, b, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen slechts gewag maakt van 'het bestaan van een geschil' en niet bijvoorbeeld van 'het bestaan van een geding' of van 'een in rechte ingediende vordering'», de wet niet eist «dat de betwisting zou 'voorgelegd' geweest zijn aan een gerechtelijk organisme» ;

Dat het middel naar recht faalt ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiser in de kosten.

NOOT—1. Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen werd gepubliceerd in R.W., 1977-78, 1311.

2. Zie in tegengestelde zin : Hof Luik, 9 juli 1957, *Rev. fisc.*, 1958, 602 ; Hof Gent, 19 juni 1962, *Rev. fisc.*, 1963, 413 ; Hof Brussel, 20 februari 1974, *Journ. prat. dr. fisc.*, 1974, 114 ; A. TIBERGHIEN, *Handboek voor fiscaal recht*, (1971), nr. 175 ; E. SCHREUDER, *Les impôts sur les revenus*, compl. 1960, nr. 154 ; *Journ. prat. dr. fisc.*, 1955, 158.

3. Cf. Cass., 25 februari 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 613.

RAAD VAN STATE

6e KAMER — 21 SEPTEMBER 1978

Kamervoorzitter : de h. Remion (rapporteur)

Staatsraden : de hh. Gregoire en Ligoit

Auditeur : de h. Falmagne

Advocaten : mrs. Duelz en Perlberger

Raad van State—Beroep tot nietigverklaring—Begrip administratieve overheid—Vreemde overheid—Afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen.

De afgevaardigde, in België, van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen wordt weliswaar betrokken bij de toepassing van de wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie, maar staat in geen dele onder het hiërarchisch gezag van een Belgisch minister en is dus geen administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

L. t/ Minister van Buitenlandse
Zaken en de Afgevaardigde, voor België,
van het Hoog Commissariaat van de VN
voor de vluchtelingen
Arrest nr. 19.151

Gezien het op 31 oktober 1977 ingediende verzoekschrift, waarbij Haki L. de nietigverklaring vordert van de beslissing dd. 30 augustus 1977 van de Afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen, die weigert hem als vluchteling te erkennen ;

(...)

Overwegende dat verzoeker, Joegoslavisch onderdaan, op 27 oktober 1976 bij de Afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat voor de vluchtelingen een aanvraag om als vluchteling te worden erkend heeft ingediend overeenkomstig het bepaalde in het Verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, goedgekeurd bij de wet van 26 juni 1953 ; dat de Afgevaardigde voor België van het Hoog Commissariaat voor de vluchtelingen aan verzoeker bij brief van 30 augustus 1977 heeft laten weten dat hij, «naar zijn mening, niet voldeed aan de voorwaarden bepaald in het statuut van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen of in het Verdrag van 1951 betreffende de status van vluchtelingen», zodat hij niet bij machte is hem «als vluchteling te erkennen» ;

Overwegende dat Haki L. luidens zijn verzoekschrift slechts de nietigverklaring vordert van de beslissing van 30 augustus 1977 van de Afgevaardigde voor België van het Hoog Commissariaat voor de vluchtelingen ; dat hij echter verklaart dat zijn beroep ook tegen de Belgische Staat gericht is «op grond van artikel 5 van de wet van 26 juni 1953 dat de minister van Buitenlandse Zaken ertoe machtigt zijn bevoegdheid om vluchtelingen te erkennen aan de internationale autoriteit op te dragen, en op grond van het besluit van 22 februari 1954 waarbij de minister die bevoegdheid heeft opgedragen aan de Afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties» ;

Overwegende dat volgens de bijlage van de resolutie van de algemene vergadering van de Organisatie der Verenigde Naties van 14 december 1950, de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen verkozen wordt door de algemene vergadering voor een termijn van drie jaren ; dat die resolutie de Hoge Commissaris machtigt tot het benoemen van vertegenwoordigers erkend door de Regering van de landen welke ermee instemmen ; dat de vertegenwoordiger — of afgevaardigde — van de Hoge Commissaris in België een ambtenaar van de Verenigde Naties is ;

Overwegende dat de wet van 26 juni 1953 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen in artikel 5 bepaalt :

«Alleen de minister van Buitenlandse Zaken is bevoegd om, krachtens de bepalingen van het Verdrag, te beslissen omtrent de hoedanigheid van vluchteling der personen die het voordeel van dit Verdrag inroepen. Hij is er toe gemachtigd deze bevoegdheid over te dragen aan de internationale autoriteit die door de Verenigde Naties gelast is voor de bescherming der vluchtelingen te zorgen» ;

dat de minister van Buitenlandse Zaken, steunend op die bepaling, bij besluit van 22 februari 1954, heeft vastgesteld :

«De Afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor vluchtelingen is bevoegd voor het bepalen van de hoedanigheid van vluchteling van de personen die zich beroepen op het genot van het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, ondertekend te Genève, op 28 juli 1951» ;

dat de bevoegdheid om iemand als vluchteling te erkennen dus opgedragen is aan een ambtenaar van de Verenigde Naties ; dat deze weliswaar betrokken wordt bij de toepassing van de wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie, maar in geen dele onder het hiërarchisch gezag van een Belgisch minister staat en dus geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 ; dat de Raad van State geen kennis kan nemen van de handelingen van die internationale ambtenaar ;

Overwegende dat het beroep niet strekt tot nietigverklaring van enige handeling van de minister van Buitenlandse Zaken ;

Overwegende dat het beroep niet ontvankelijk is (...)

NOOT—Wat is een administratieve overheid ?

Bovenstaand arrest is conform aan de vroegere arresten Kare-Merat, nr. 14.263, en Kabozo, nr. 14.264 van 25 september 1970 : de afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor vluchtelingen is geen Belgische administratieve overheid, zodat de Raad van State geen kennis kan nemen van zijn handelingen.

Op het eerste gezicht lijkt deze stelling evident ; zo wordt zij trouwens door de rechtsleer ervaren (R. MAES, *Het begrip administratieve overheid*, 1967, p. 24, nr. 20 : «Deze overheden moeten vanzelfsprekend 'Belgische administratieve overheden' zijn» (cursivering toegevoegd) ; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 7e uitg., 1978, p. 523 : «De Raad van State kan enkel kennis nemen van annulatieberoepen gericht tegen besluiten van Belgische administratieve overheden» (cursivering toegevoegd) ; in dezelfde zin : *Les Nouvelles*, Droit administratif, tome VI, Le Conseil d'Etat, nr. 977).

Toch is deze stelling voor betwisting vatbaar.

Allereerst moet worden onderstreept dat de wetgeving op de Raad van State niet eist dat de bestreden rechtshandeling moet uitgaan van een Belgische administratieve overheid ; art. 14 van de gecoördineerde wetten bepaalt enkel dat een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld tegen (o.m.) de akten en reglementen van «de onderscheidene administratieve overheden».

Weliswaar bepaalde artikel 1 van de wet van 23 december 1946 dat nu artikel 1 van de gecoördineerde wetten is geworden, maar in gewijzigde vorm : «Voor België ... bestaat een Raad van State». Hiermede werd de territoriale bevoegdheid van de Raad van State aangegeven, evenwel niet dat alleen Belgische administratieve overheden onder zijn bevoegdheid zouden ressorteren.

In het zeldzame geval dat een vreemde overheid — *in casu* een internationaalrechtelijke overheidsinstantie — op grond van de Belgische wetgeving — *in casu* art. 3 van de wet van 28 maart 1952, zoals gewijzigd door de wet van 30 april 1964, en art. 5 van de wet van 26 juni 1953 houdende goedkeuring van het internationaal verdrag betreffende de status van vluchtelingen — in België een eenzijdige uitvoerbare rechtshandeling stelt — d.i. een handeling die op zichzelf rechtsgevolgen met zich brengt, *in casu*, de rechten toegekend door het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen, waarvan althans enkele bepalingen «self-executing» zijn —, dan valt m.i. deze rechtshandeling binnen de bevoegdheid van de Raad van State.

In de drie arresten Kare-Merat, Kabozo en Lusnjani wordt slechts één tegenargument aangetroffen : de afgevaardigde van het Hoog Commissariaat van de VN staat in geen dele onder het hiërarchisch gezag van een Belgisch minister. Dit is ongetwijfeld juist. Maar de Raad van State beperkt hierdoor het begrip «administratieve overheid» op een bezwaarlijk te rechtvaardigen wijze.

Wat is een administratieve overheid ? Vrij algemeen wordt in de rechtsleer aangesloten bij de definitie van de procureur-generaal Hayoit de Termicourt (conclusie bij Cass., 27 november 1957) : het karakter van administratieve overheden ... bezitten de niet onder de rechterlijke of onder de wetgevende macht ressorterende instellingen of lichamen die door een openbare macht zijn opgericht om in een openbare dienst of een dienst van openbaar nut te voorzien, waarvan die macht de organisatieregelen en de werkwijze of de statuten bepaalt en kan wijzigen, en waaraan de bevoegdheid is opgedragen om beslissingen vast te stellen, die uitwerking hebben t.a.v. derden. Terecht voegen H. Buch en M. Dumont hieraan toe dat ook met een publiekrechtelijke opdracht belaste privé-personen het kenmerk van een administratieve overheid vertonen (H. BUCH en M. DUMONT, «De procedures voor het uitwerken van de akten der administratieve overheden (België)», T.B.P., 1965, 253 ; vgl. Raad van State, 10 april 1954, nr. 3307, De Leener, R.J.D.A., 1954, 181-182, met noot van J. PUTZEYS).

Het is geenszins vereist dat de betrokken overheden «onder het hiërarchisch gezag van een minister staan». Noch de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, noch de Nationale Maatschappij der Waterleidingen, noch de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting en erkende huisvestingsmaatschappijen, noch de Nationale Landmaatschappij en erkende maatschappijen, staan onder het hiërarchisch gezag van een minister ; toch worden zij alle door de rechtspraak van de Raad van State als «administratieve overheden» erkend. Waarom zouden — bij ontstentenis van elke wetsbepaling in die zin — andere criteria gelden t.a.v. een vreemde overheid die in België, op grond van de Belgische wetgeving, met een opdracht van algemeen belang is belast ?

Er is nog een bijkomend argument. Voor de erkenning van de hoedanigheid van vluchteling is in beginsel alleen de minister van Buitenlandse Zaken bevoegd. Deze is evenwel gemachtigd deze bevoegdheid over te dragen aan de Afgevaardigde van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen (art. 5, wet van 26 juni 1953). Dit is gebeurd bij ministerieel besluit van 22 februari 1954.

Indien de minister van Buitenlandse Zaken zijn bevoegdheid ter zake niet zou hebben overgedragen, en dus zelf zou beslissen, zou de weigeringsbeslissing om iemand als vluchteling te erkennen, alleszins met een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State bestreden kunnen worden. Nu de minister zijn bevoegdheid wel heeft overgedragen — een delegatie van bevoegdheid die te allen tijde kan worden ingetrokken — zou, volgens de hier besproken arresten, elke vorm van rechtsbescherming uitgeschakeld zijn. M.a.w., de minister kan dus eigenmachtig de bevoegdheid van de Raad van State inperken en bepaalde rechtshandelingen aan de controle van de Raad onttrekken. Dit lijkt moeilijk aanvaardbaar.

Het beroep tot nietigverklaring van een beslissing genomen door de Afgevaardigde van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen, in België, op grond van de Belgische wetgeving, is derhalve m.i. wel degelijk ontvankelijk.

L.P. Suetens

RAAD VAN STATE

7e KAMER — 13 DECEMBER 1978

Voorzitter : de h. A. Adriaens

Staatsraden : de hh. Depondt (rapporteur) en Debaedts

Auditeur : de h. Falmagne

Advocaat : mr. P. De Roeck

Erkenning als politiek vluchteling—Afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen—Terugwijzing—Beroep tot nietigverklaring—Bevoegdheid Raad van State.

De Raad van State kan geen kennis nemen van handelingen — in casu de niet-erkenning als politiek vluchteling — van de afgevaardigde in België van het Hoog Commissariaat van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen, aangezien deze internationale ambtenaar niet onder het gezag staat van een Belgisch minister en dus geen administratieve overheid is in de zin van art. 14 gec. wetten op de Raad van State.

Een beroep tegen een maatregel van terugwijzing, alleen gebaseerd op de beweerde onwettelijkheid van de niet-erkenning als vluchteling, waarvan de Raad van State geen kennis kan nemen, is niet ontvankelijk.

B. t/ Minister van Justitie en
Minister van Buitenlandse Zaken
Arrest nr. 19.327

Overwegende dat het het beroep strekt tot vernietiging van :

1° de beslissing, aan verzoeker medegedeeld met een schrijven van 31 mei 1976, waarbij de afgevaardigde voor België en Luxemburg van de Hoge Commissaris voor de vluchtelingen de vraag van verzoeker om als politiek vluchteling erkend te worden zonder gevolg laat,

2° het bevel om het land te verlaten dat aan verzoeker op 27 juli 1976 door de rijkswacht van Kalmthout werd betekend ;

Overwegende dat aangezien geen van beide bestreden beslissingen uitgaat van de minister van Buitenlandse Zaken, deze minister buiten de zaak moet worden gesteld ;

Overwegende dat de tegenpartij de niet-ontvankelijkheid van het beroep opwerpt in zoverre het gericht is tegen de beslissing van de afgevaardigde van het Hoog Commissariaat voor vluchtelingen, doordat deze afgevaardigde geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ;

Overwegende dat volgens de bijlage van de resolutie van de algemene vergadering van de Organisatie der Verenigde Naties van 14 december 1950, de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen verkozen wordt door de algemene vergadering voor een termijn van drie jaren ; dat die resolutie de Hoge Commissaris machtigt tot het benoemen van vertegenwoordigers erkend door de regering van de landen welke ermee instemmen ; dat de vertegenwoordiger — of afgevaardigde — van de Hoge Commissaris in België een ambtenaar van de Verenigde Naties is ; dat, al kan zijn beslissing een weerslag hebben op de toepassing van de wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie, hij geenszins onder het hiërarchisch gezag van een Belgisch minister staat en dus geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ; dat de Raad van State geen kennis kan nemen van de handelingen van de internationale ambtenaar ; dat het verzoekschrift in zijn eerste onderwerp niet ontvankelijk is ;

Overwegende dat het bevel om het land te verlaten — beslissing die verzoeker in tweede instantie bestrijdt — in feite een maatregel tot terugwijzing is zoals omschreven in artikel 3 van de wet van 28 maart 1952 op de vreemdelingenpolitie, gewijzigd bij de wet van 30 april 1964 ; dat als enig middel tot vernietiging van deze beslissing verzoeker aanvoert «dat het bevel om het land te verlaten, dat gevolgd is op de weigering van de aanvraag (om als vluchteling erkend te worden) nietig dient verklaard te worden, aangezien het gebaseerd is op een beslissing (de weigering verzoeker als vluchteling te erkennen) die nietig dient verklaard te worden

en hiermede samenhangt» en «dat men toch niet zonder het recht en de rechtvaardigheid te schenden, een bevel kan ten uitvoer leggen, terwijl de beslissing zelf waarop het bevel gebaseerd is, eventueel nietig verklaard wordt» ; dat het middel, gebaseerd op de beweerde onwettelijkheid van de niet-erkenning van verzoeker als vluchteling waarvan de Raad van State geen kennis kan nemen omdat deze beslissing niet uitgaat van een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet ontvankelijk is ; dat aangezien geen andere middelen tegen de terugwijzing worden aangevoerd, het beroep zelf tegen deze terugwijzing niet ontvankelijk is,

Besluit

Artikel 1.

Het beroep is verworpen.

NOOT—*De politieke vluchteling, een vogelvrijverklarde ?*

Bovenstaand arrest is een voortzetting van de rechtspraak Kare-Merat, Kabozo en Lusnjani (zie mijn noot, *supra*). Eens te meer wijst de Raad van State erop dat de vertegenwoordiger — of afgevaardigde — van de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen in België een ambtenaar van de Verenigde Naties is, geenszins onder het hiërarchisch gezag van een Belgisch Minister staat, en dus ontsnapt aan het jurisdictioneel toezicht van de Raad van State.

Het arrest zet — logischerwijze — een verdere stap in de redenering ; een maatregel tot terugwijzing, gebaseerd op de niet-erkenning als vluchteling, is evenmin aanvechtbaar voor de Raad van State.

In de noot onder het arrest van 21 september 1978 heb ik erop gewezen dat het feit dat de afgevaardigde in België van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de vluchtelingen geen Belgische overheid is, geen bezwaar vormt voor de kennisneming door de Raad van State van beslissingen, die in België, op grond van Belgische wetgeving, door hem worden genomen.

Niets in de bestaande wetgeving verzet zich hiertegen ; daarenboven is vanuit rechtspolitiek standpunt, de tussenkomst van de Raad van State m.b.t. de erkenning als politiek vluchteling meer dan noodzakelijk.

Inderdaad, de procedure voor de afgevaardigde van de Hoge Commissaris biedt weinig of geen waarborgen voor de vreemdeling die het statuut van politiek vluchteling aanvraagt : geen inzage in het dossier, geen motivering, geen mogelijkheid van beroep (zie Alain P. COUTURIER, «Problèmes relatifs à la procédure de reconnaissance du statut de réfugié politique», *J.T.*, 1978, 308-309).

Men staat hier wel zeer ver van de vereisten, die door art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden t.a.v. burgerlijke rechten en verplichtingen worden voorgeschreven : «een ieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak ... door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie...» !

Het moet dan ook blijvend worden beklemtoond dat de rechtspraak van de Raad van State ter zake nodeloos beperkend is.

L.P. Suetens

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. — 13 MEI 1977

Voorzitter : de h. Paternostre

Raadsheren : mevr. A. de Man en de h. Claessens

Substituut-procureur-generaal : de h. Van Camp

Advocaat : mr. Erdman

Bescherming van de maatschappij—Inobservatiestelling—
Einde van de maatregel—Indienen van deskundig verslag.

Indien het deskundig verslag van de psychiaters ingediend is bij de onderzoeksrechter, maar er geen gegevens voorhanden zijn waaruit blijkt dat de onderzoeksrechter vastgesteld heeft dat ze hun taak geheel hebben vervuld, bestaat er nog geen aanleiding om een einde te maken aan de inobservatiestelling.

P.

Overwegende dat er tegen de verdachte ernstige aanwijzingen van schuld bestaan wegens mededaderschap aan doodslagen gepleegd om diefstal of afpersing te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, diefstallen gepleegd door middel van braak, inklimming of valse sleutels en pogingen tot diefstallen gepleegd door middel van braak, inklimming of valse sleutels ;

Dat er wegens deze misdrijven, strafbaar met een gevangenisstraf van drie maanden of een zwaardere straf, door de onderzoeksrechter tegen de verdachte op 4 februari 1977 een bevel tot aanhouding werd verleend ;

Dat dit bevel tot aanhouding laatst herbevestigd werd door de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 4 mei 1977 ;

Dat uit het verslag van 25 april 1977 van de door de onderzoeksrechter aangestelde deskundigen-psychiaters blijkt dat er gronden zijn om aan te nemen dat de verdachte verkeert hetzij in staat van krankzinnigheid, hetzij in een ernstige staat van geestesstoornis of van zwakzinnigheid die hem ongeschikt maakt tot het controleren van zijn daden ;

Dat de door de onderzoeksrechter aangestelde deskundige psychiaters wel op 25 april 1977 hun verslag hebben neergelegd, doch dat er in het dossier nog geen gegevens voorhanden zijn waaruit blijkt dat de onderzoeksrechter die hen heeft aangewezen, heeft vastgesteld dat zij hun taak geheel hebben vervuld ;

Dat er derhalve nog geen aanleiding bestaat om een einde te maken aan de inobservatiestelling van de verdachte (Cass., 17 mei 1943, *Pas.*, 1942-1943, 185-186 met noot 2 ; J. Constant, *Traité élémentaire de Droit Pénal*, deel I (1966), blz. 426-427, nr. 350 ; C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch Strafrecht*, deel III (1976), blz. 766, nr. 1579) ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE GENT

5e KAMER — 18 DECEMBER 1978

Voorzitter : de h. de Clercq

Raadsheren : de hh. Colle en Roose

Advocaten : mrs. Vervliet, Beele, Verhoeven en De Rycke

Verzekering — Verzwijging — Motorrijtuigenverzekering—Vorig contract bij akkoord beëindigd—Vraag of vroegere verzekering geweigerd of opgezegd werd, ontkennend beantwoord.

Er is geen verzwijging of valse verklaring als de verzekeringsnemer, wiens vorige motorrijtuigenverzekering door een akkoord met de verzekeraar werd beëindigd, op de vraag van zijn nieuwe verzekeraar of hem ooit een motorrijtuigen-

verzekering bij een andere verzekeraar geweigerd of opgezegd werd, ontkennend antwoordt en voorts verklaart dat hij sedert vier jaar een voertuig bestuurt en in de laatste drie jaren in twee ongevallen betrokken was.

N.V. M. t/ De C. e.a.

De eis van appellante beoogt de terugbetaling van uitkeringen die zij heeft gedaan, naar aanleiding van een verkeersongeval waarvoor haar verzekerde, eerste geïntimeerde De C., aansprakelijk werd verklaard. Deze regresvordering steunt op de bepalingen van de artikelen 24 en 25.1 van de algemene voorwaarden van de verzekeringsovereenkomst, namelijk op de verzwijging van de opzegging door een andere verzekeringsmaatschappij van een vorige polis. De C. heeft de verzekeringsmakelaars C. en R. in tussenkomst geroepen om zich tegen alle gebeurlijke veroordelingen te vrijwaren.

De eerste rechter (Rb. Gent, 8 januari 1976) heeft de vordering afgewezen op de overweging dat, nu de vorige polis bij gemeen akkoord werd vernietigd, er geen opzegging is geweest zodat verzwijging of valse verklaring uitgesloten zijn.

Tevergeefs merkt appellante op dat het antwoord op de in het voorstel van verzekeringsovereenkomst gestelde vragen niet rechtzinnig was en haar niet toeliet het te verzekeren risico met juistheid te appreciëren, dat er dus wel verzwijging is geweest.

De gestelde vraag luidt : « Is u ooit een motorvoertuigenverzekering bij een andere maatschappij geweigerd of opgezegd ? », waarop « neen » werd geantwoord.

De overgelegde stukken wijzen erop dat er bij gemeen akkoord — verzekeraar en verzekerde — overeengekomen werd dat de bestaande polis een einde zou nemen ; er is dus geen opzegging geweest. De C. hoefde niets te verklaren over de omstandigheden waarin het gemeenschappelijk akkoord werd getroffen.

Geïntimeerde verklaarde verder sedert vier jaar een voertuig te besturen en in de laatste drie jaren in twee ongevallen betrokken te zijn geweest. Het was appellante best mogelijk verdere inlichtingen in te winnen nopens de vorige verzekeraar ; zij beschikte over de nodige gegevens — bekentenis van ongevallen — om het risico te appreciëren ; zij kon de reden van de gemeenschappelijke beëindiging van de polis vermoeden. Niets laat toe te denken dat appellante na verder onderzoek de verzekering geweigerd of de voorwaarden ervan gewijzigd zou hebben.

Uit het geheel van de antwoorden verstrekt op de vragen van het voorstel tot verzekering mag niet afgeleid worden dat De C. opzettelijk iets zou hebben verzwegen of achtergelaten.

De bestreden beslissing (Gent, 8 januari 1976) dient bevestigd te worden, ook wat betreft de verwerping van de zonder voorwerp zijnde eisen in vrijwaring.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

1e KAMER — 16 NOVEMBER 1978

Voorzitter : de h. de Forche

Rechters : mevr. Bourgeois en de h. Pourtois

Openbaar ministerie : de h. van Ingelgem

Advocaten : mrs. Coel en Moors

Echtscheiding—Op grond van bepaalde feiten—Overspel—Bekentenis—Proces-verbaal van zitting van vrederechter—De plano.

Hoewel bekentenis van overspel inzake echtscheiding met argwaan moet worden benaderd, kan ze aangenomen worden als bedrog en collusie uitgesloten zijn.

Overspel kan inzake echtscheiding bewezen worden door een bekentenis, opgenomen in een proces-verbaal van de zitting van de vrederechter rechtdoende met toepassing van art. 223 B.W. Een dergelijk bewijs leidt tot echtscheiding de plano.

D. t/ O.

Overwegende dat partijen op de terechtzitting van 19 oktober 1978 vrijwillig verschenen ten einde ten gronde te horen beslissen over de echtscheidingsprocedure hangende tussen partijen, echtscheiding ingeleid door D. met verzoekschrift en de redenen erin vervat, aangeboden aan de heer Voorzitter dezer Rechtbank in datum van 29 mei 1978 ;

Overwegende dat eiser de echtscheiding de plano ten laste van verweerster vordert op grond van een proces-verbaal van de zitting van het Vredegerecht te Lier van 2 februari 1978, waaruit blijkt dat huidige verweerster, toen eiseres, werd gehoord in verband met haar vordering ingesteld op grond van artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat in dit proces-verbaal huidige verweerster bekende dat zij met verscheidene mannen overspel had gepleegd ;

Overwegende dat bekentenissen als bewijsmiddel in een echtscheidingsprocedure met argwaan moeten worden bekeken wegens het gevaar voor collusie tussen de echtgenoten ;

Overwegende dat in casu de bekentenissen van verweerster niet bedrieglijk zijn, aangezien zij afgelegd werden in omstandigheden die elke collusie uitsluiten, meer nog door haar bekentenissen werd haar vordering door de vrederechter ongrond verklaard ;

Overwegende dat verweerster vraagt bij besluiten dat haar akte wordt gegeven dat zij zich naar de wijsheid van de rechtbank gedraagt ;

Om die redenen,

De Rechtbank, rechtdoende op tegenspraak, gehoord in openbare terechtzitting de heer A. Van Ingelgem, substituut-procureur des Konings in zijn overeenkomstig advies, verklaart de eis ontvankelijk en gegrond en staat eiser de gevraagde echtscheiding toe ten laste van verweerster. (...)

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

3e KAMER — 3 OKTOBER 1978

Voorzitter : de h. D'Halleweyn

Rechters in sociale zaken : de hh. Kokken en Van Dun

Advocaten : mrs. Van de Put en Vervaeke loco Van den Heuvel

Arbeidsovereenkomst—Bedienden—Soorten overeenkomsten—Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd—Airhostess aangeworven met opeenvolgende overeenkomsten voor een bepaald werk—Full-time beschikbaarheid.

Een essentieel onderscheid moet gemaakt worden tussen de duur van de arbeidsovereenkomst, d.i. van de arbeidsrechtelijke relatie tussen werkgever en werknemer en de duur van de taken binnen deze juridische relatie.

De overeenkomst voor bepaalde tijd onderscheidt zich niet van die voor onbepaalde tijd doordat de eerste geen en de tweede wel een full-time beschikbaarheid zou onderstellen.

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is volkomen verenigbaar niet alleen met deeltijdse arbeid maar zelfs met wisselvallige tewerkstellingen.

De S. t/ N.V. D.

Overwegende dat de vordering, ingesteld bij dagvaarding van 17 maart 1977, ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat de achtereenvolgende tussen partijen gesloten overeenkomsten voor een bepaald werk ongeldig zijn ; te horen zeggen voor recht «dat aanlegster sedert haar indiensttreding in 1973, verbonden was en steeds is in de banden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd jegens gedaagde en dat zij dus ten minste dezelfde sociale voordelen diende te genieten als het overige bedienendpersoneel met dezelfde functies in vast dienstverband bij gedaagde»

(...)

Aard van de arbeidsovereenkomst

Overwegende dat aanlegster betoogt dat zij sedert 1973 als airhostess in dienst was van verweerster ; dat verweerster haar bij elke vlucht een arbeidsovereenkomst voor een bepaald werk liet ondertekenen ; dat de rechtspraak en rechtsleer aanvaarden dat een dergelijke praktijk een wetsomzeiling inhoudt ; dat verweerster dagelijks een aantal vluchten uitvoert voor rekening van andere luchtvaartmaatschappijen of chartervluchten verzekert ; dat zij hiervoor, naast een twaalfstal piloten, een chef-hostess en een hostess met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur tewerkstelt ; dat zij daarnaast een beroep doet op een variabel aantal luchtwaardinnen die op een weekrol ingeschreven zijn ; dat aanlegster tot ongeveer midden 1974 geregeld als luchtwaardin door verweerster tewerkgesteld werd ; dat hiervoor geen taakcontracten gesloten werden ; dat zulks nadien wel het geval was ; dat aanlegster herhaaldelijk aandrang om in vast dienstverband aangenomen te worden ;

Overwegende dat verweerster hiertegen aanvoert dat zij, wat haar lijnvluchten betreft, afhankelijk was van de duur van de door haar verkregen contracten en vergunningen ; dat anderzijds ook de door haar uitgevoerde chartervluchten wisselvallig waren ; dat, gelet enerzijds op de wisselvalligheid van haar activiteit en anderzijds op de noodzakelijkheid om bij elke vlucht een volledige bemanning te verzekeren, wat de luchtwaardinnen betreft, zij een aantal dames diende aan te spreken, die, naar gelang het hen zelf zou passen, al of niet zouden aanvaarden de door verweerster geplande vluchten als bemanningslid te verzekeren ; dat bedoelde personen vrij waren al dan niet bedoelde opdrachten te aanvaarden ; dat zij overigens bij elke vlucht zich akkoord verklaarden met een clause welke luidde als volgt : «De werknemer verklaart zelf te wensen enkel voor een bepaald werk aangeworven te worden, om aldus vrij te blijven in de aanbieding van zijn diensten. Bovendien erkennen beide partijen dat deze aanwerving zich uiteraard niet leent tot een overeenkomst voor onbepaalde tijd» ; dat deze clause het resultaat was van een raadpleging van de betrokken luchtwaardinnen omtrent de

wenselijkheid van het sluiten van overeenkomsten voor onbepaalde duur ; dat aanlegster niet bewijst dat verweerster de omzeiling van imperatieve wetsbepalingen beoogde ; dat het door verweerster toegepaste stelsel overigens verantwoord was door de concrete noden van het bedrijf ; dat in casu ten slotte geen sprake kan zijn van «opeenvolgende» contracten voor een bepaald werk, aangezien de tussen partijen gesloten overeenkomsten telkens door een tijdshiaat gescheiden werden ;

Overwegende dat het van essentieel belang voorkomt vooraf de volgende twee begrippen te onderscheiden : enerzijds de duur van de arbeidsovereenkomst, d.i. van de arbeidsrechtelijke relatie tussen werkgever en werknemer, anderzijds de duur van de taken binnen de bovenvermelde juridische relatie ;

Overwegende dat verweerster zich klaarblijkelijk op het standpunt stelt, dat zij in een van haar dienstnota's onder meer als volgt formuleerde : «Met vast dienstverband wordt bedoeld de aanwerving voor een onbepaalde tijd of voor een lange tijd... In beide gevallen zal de luchtwaardin full-time ter beschikking zijn van D. ; zoals bv. een arbeider of een bediende die full-time aangeworven is, dus zonder vrije keuze betreffende de vluchten of de dagen en uren waarop gewerkt wordt...» ;

dat hieruit blijkt dat, in de stelling van verweerster, de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur zich van de overeenkomst voor onbepaalde duur zou onderscheiden in de mate waarin de eerste geen en de tweede wel full-time beschikbaarheid zou onderstellen ; dat met deze stelling in geen geval ingestemd kan worden, aangezien zij op een kennelijke verwarring berust tussen de begrippen duur van de overeenkomst en localisatie en duur van de ingevolge deze laatste uit te voeren arbeidsprestaties ; dat de full-time tewerkstelling geen essentieel kenmerk van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur uitmaakt ; dat deze laatste volkomen kan worden verzoend niet alleen met deeltijdse arbeid, maar zelfs met wisselvallige tewerkstellingen ; dat de duur en de localisatie van de arbeidstijden ingevolge een strafrechtelijke verplichting voor alle werknemers — of zij door arbeidsovereenkomsten voor bepaalde, dan wel voor onbepaalde duur verbonden zijn — in het arbeidsreglement vermeld dienen te worden (artikel 6, 1°, eerste lid, van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen) ;

dat het opstellen en de wijziging van bedoeld arbeidsreglement dient te geschieden met inachtneming van de procedureregels bepaald bij de artikelen 11 tot 14 van de bovenvermelde wet van 8 april 1965 ; dat het ingevolge artikel 38bis van de Arbeidswet van 16 maart 1971 zelfs verboden is arbeid te doen of te laten verrichten buiten de arbeidstijd vastgesteld in het arbeidsreglement of in het bericht bedoeld in artikel 14, 1°, van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen ; dat uit al deze bepalingen volgt dat de werkgever ook ten aanzien van door een overeenkomst voor onbepaalde duur verbonden werknemers geen willekeurige arbeidstijden kan opleggen, aangezien hen hierbij door bedoelde bepalingen een inspraakrecht gewaarborgd wordt ;

dat verweerster ten onrechte stelt dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur de verplichting zou insluiten voor de werknemer om zich bestendig voor tewerkstelling beschikbaar te houden ; dat deze bewering volledig in strijd is met de reglementering inzake arbeidsduur, vastgesteld bij of krachtens de Arbeidswet van 16 maart 1971 ; dat inderdaad de bij deze bepalingen gestelde grenzen van de arbeidsduur

niet alleen betrekking hebben op de loutere effectieve arbeid van de werknemer, doch op de hele tijd gedurende welke deze ter beschikking is van de werkgever, zelfs indien hij deze tijd van beschikbaarheid thuis doorbrengt (J. Petit, «Arbeidsduur» *Arbeidsrecht*, C.A.D., II, 17, p. 33) ; dat de werkgever aldus nooit — zelfs niet op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur — de werknemer tot een langere duur van dagelijkse of wekelijkse beschikbaarheid kan verplichten dan die welke bij of krachtens de arbeidswet is vastgesteld ;

dat, waar verweerster zich in casu erop beroept dat aanlegster — evenals haar collega's — desiderata inzake tewerkstelling, vervanging of niet-tewerkstelling kon laten gelden, deze beschouwing veeleer de stelling van aanlegster dan die van verweerster kracht bijzet ; dat zij inderdaad aantoonde dat aanlegster in de regel hoofdzakelijk wel en slechts uitzonderlijk niet voor tewerkstelling beschikbaar was ; dat aanlegster overigens ook binnen de juridische relatie van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur gelijkaardige desiderata kon laten gelden ;

Overwegende dat niet ernstig betwist wordt dat aanlegster tijdens de jaren 1974 (mei tot december) 1975 en 1976 respectievelijk 271, 40, 352, 75 en 710 vluchten op haar actief had, hetzij gemiddeld respectievelijk ongeveer 34,30 en 60 vluchten per maand ;

dat niet ernstig betwist wordt dat de eigenlijke werktijd, die bedoelde vluchten meebrachten, in feite het drievoudige uitmaakte van het bovenbedoelde aantal uren ; dat hiermee in elk geval wordt aangetoond dat de tewerkstelling van aanlegster geen uitzonderlijk occasioneel gebeuren was dat van de loutere willekeur van aanlegster afhing, maar dat zij integendeel een frequentie had die bewijst dat aanlegster een bestendige hulpkracht was op wie — binnen de door laatstgenoemde vooraf aanvaarde grenzen — stelselmatig een beroep werd gedaan in verhouding tot de omvang van de uit te voeren vluchten ;

dat er derhalve een duidelijke discrepantie opvalt tussen de feitelijke verhoudingen tussen partijen en de juridische kwalificatie die eraan werd gegeven in de standaardcontracten, die naar aanleiding van elke vlucht aan aanlegster ter ondertekening werden voorgelegd ;

Overwegende dat, reeds in de geest van de wetgever van 1922, de in artikel 2 van die wet gebruikte woorden «dienstverband voor een bepaalde onderneming» een zeer beperkte draagwijdte had (cf. noot M. Taquet bij Cass., 22 november 1957, *J.T.*, 1960, 190) ; dat inderdaad, naar luid van de desbetreffende voorbereidende werkzaamheden, alleen in volstrekt uitzonderlijke gevallen van het hierbovenvermeld dienstverband kon worden gewaagd (zie aanvullend verslag uitgebracht door M. Bologne, Kamer, nr. 403, 29.6.21) ;

dat deze toelichting er de toenmalige rechtsleer reeds toe bracht te verklaren dat, zolang de feitelijke omstandigheden toelaten te geloven dat een voor een bepaalde duur gesloten overeenkomst uitzonderlijk aangegaan werd onder de drang van welbepaalde noodwendigheden, zoals uitzonderlijke vermeerdering van werk, vervanging van personeelsleden tijdens de ziekte of de oproeping onder de wapens van bedoelde werknemers, er geen reden toe bestond om de geldigheid van deze overeenkomsten te wantrouwen ; dat indien echter de omstandigheden aantonen dat het sluiten van opeenvolgende

overeenkomsten voor bepaalde duur op een bestendig systeem berust, dat zij volgens een typevorm opgesteld worden en onbeperkt vernieuwbaar zijn, de rechter bezwaarlijk de geldigheid ervan zou kunnen aanvaarden (L.T. Léger en P. Crockaert, *Le contrat d'emploi*, p. 366 ; L.E. Troclet, *Influence de la guerre sur les contrats de travail et d'emploi*, nr. 579bis, noot bij arrest 12.4.1951, WRR ber. Brussel, T.S.R., 91) ;

dat de wetgever aldus reeds in 1922 een duidelijke argwaan betoonde tegen de uitzonderingsgevallen, waarin de werknemer verstoken blijft van een van de belangrijkste hem door de wet toegekende rechten, te weten het recht op vastheid van betrekking dat hem onder meer door de verplichte naleving van een opzegtermijn wordt gewaarborgd ; dat de wetgever, naar aanleiding van de talrijke wijzigingen die hij aan de oorspronkelijke wet van 7.8.1928 bracht, op steeds nadrukkelijker wijze het belang van het prioritair door hem nagestreefde beschermingsobjectief — de vastheid van betrekking — onderstreepte (U. Deprez, «Vastheid van dienstbetrekking», R.W., 1970-71, 1689) ; dat deze bezorgdheid andermaal tot uitdrukking kwam in de nieuwe artikelen 2 en 2bis, ingelast door de wet van 21 november 1969 in de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract ;

Overwegende dat de systematisch aan aanlegster ter ondertekening voorgelegde standaardcontracten kennelijk tot doel hadden de wetten betreffende het bediendencontract te omzeilen, door aanlegster te beroven van haar normale aanspraak op de naleving van een opzegtermijn of uitkering van een verbrekingsvergoeding ; dat zij tevens kennelijk ertoe strekten aan aanlegster elk recht te ontnemen waarvan de omvang door de duur van de anciënniteit van de bediende beïnvloed wordt ;

dat, daar de in bedoelde contracten gegeven juridische kwalificatie niet beantwoordt aan de werkelijke aard van de tussen partijen bestaande arbeidsrelaties, aan deze laatste voorrang gegeven dient te worden ; dat partijen aldus dienen geacht door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur gebonden geweest te zijn ;

(...)

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 3 mei 1978

Onrechtmatige daad—Aansprakelijkheid—Kind dat niet tot de jaren des onderscheids gekomen is.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 5 januari 1978) heeft eiser volledig aansprakelijk verklaard voor de gevolgen van een verkeersongeval, waarvan het kind van verweerders het slachtoffer werd, op grond «dat het slachtoffer een impulsieve handelwijze heeft gehad die vanwege een voor zijn daden toerekenbare persoon een onvoorzichtigheid zou zijn geweest ; dat die impulsieve handelwijze die de partij D. (eiser) moest voorzien aangezien zij het andere kind op weinige afstand van de rijbaan had zien staan, slechts dodelijke gevolgen heeft gehad doordat die bestuurder bij gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg geen rekening heeft gehouden met het al-

gemeen reglement op de politie van het wegverkeer dat hem de verplichting oplegde 'dubbel voorzichtig te zijn ten aanzien van kinderen' ; dat (eiser) in een bebouwde kom en ten aanzien van kinderen integendeel met een snelheid reed die hem belette tijdig te reageren bij een hindernis die hij moest voorzien en moest kunnen ontwijken».

In het enige cassatiemiddel laat eiser gelden dat uit die redengeving geenszins valt af te leiden dat ook zonder de impulsieve handelwijze van het slachtoffer, dat de rijbaan is opgerend bij het naderen van diens voertuig, het ongeval zich zou hebben voorgedaan zoals het zich thans heeft voorgedaan. Bovendien is volgens eiser niet wettelijk verantwoord de beslissing die een bestuurder wegens een door hem begane fout alleen aansprakelijk verklaart op grond dat de schade zich zonder zijn fout niet zou hebben voorgedaan.

Dit middel wordt op de volgende gronden verworpen :

«Overwegende dat na te hebben vastgesteld dat het slachtoffer van het ongeval een kind was dat nog niet tot de jaren des onderscheids gekomen was, het arrest, in strijd met wat in het middel wordt geopperd, niet wettelijk kon beslissen dat dit kind geheel of ten dele voor de gevolgen van dat ongeval aansprakelijk was in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, ook al had het arrest eerder op gewezen dat het kind 'een impulsieve handelwijze heeft gehad die vanwege een voor zijn daden toerekenbare persoon een onvoorzichtigheid zou zijn geweest' ;

«Overwegende dat het arrest overigens onbestreden heeft vastgesteld dat de ouders van het kind voor dat ongeval in genen dele aansprakelijk zijn, en mitsdien op de in het middel vermelde gronden wettelijk heeft beslist dat de eerste rechter terecht de algehele aansprakelijkheid voor het ongeval aan eiser heeft toegerekend ;

«Dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter : baron Richard—Raadsheer-rapporteur : de h. Screvens—Eerste advocaat-generaal : de h. Dumon—Advocaat : mr. De Bruyn—In de zaak : D. t/ G. en B.).

Hof van Cassatie (3e Kamer), 6 november 1978

Arbeidsongeval—Weg van het werk—Werkplaats—Werknemer verblijft er na het werk langer dan gedurende een normale tijdsspanne zonder wettige reden en bevindt er zich niet meer onder het gezag van zijn werkgever—Geen werkplaats meer.

Het cassatieberoep tegen Arbh. Antwerpen, 2 augustus 1977, R.W., 1977-78, 2667, wordt om de navolgende redenen verworpen :

«Overwegende dat, krachtens artikel 8, § 1, van de Arbeidsongevallenwet, als arbeidsongeval wordt beschouwd onder meer het ongeval dat zich op de weg van het werk voordoet en onder de weg van het werk wordt verstaan het normale traject dat de werknemer moet afleggen om zich van de plaats waar hij werkt naar zijn verblijfplaats te begeven ;

«Overwegende dat, ten aanzien van de werknemer, de plaats waar hij gewerkt heeft ophoudt het karakter van werkplaats te vertonen, wanneer hij er, na het beëindigen van zijn werk, langer dan gedurende een normale tijdsspanne zonder wettige reden verblijft en zich er niet meer onder het gezag van zijn werkgever bevindt ;

«Overwegende dat het arrest erop wijst dat het verblijf van de echtgenoot van eiseres, gedurende anderhalf uur na beëindiging van zijn dagtaak, in het restaurant waar hij als kelner werkzaam was geweest, enkel door persoonlijke redenen was veroorzaakt, met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geen verband hield en niet verantwoord was door overmacht of door een wettige reden ; dat uit de beweegredenen van het arrest verder blijkt dat, naar het oordeel van het arbeidshof, voornoemde na het einde van zijn werk niet onder het gezag van zijn werkgever gebleven is ;

«Dat, op grond van deze overwegingen, de rechter wettelijk heeft kunnen beslissen dat de man van eiseres, toen hij, kort na zijn vertrek uit het restaurant, het slachtoffer werd van een dodelijk ongeval, zich niet op het normale traject tussen werk en huis bevond ;

«Dat het onderdeel niet kan worden overgenomen.»

(Voorzitter : de h. Gerniers—Raadsheer-rapporteur : baron Vincotte—Advocaat-generaal : de h. Declercq—Advocaten : mrs. Houtekier en Bayart—In de zaak : G. t/ N.V. H.)

Hof Antwerpen, (5e Kamer), 2 januari 1979

Handelspraktijken—Ondubbelzinnige prijsaanduiding.

Tegen een tegelfabrikant wordt een vordering tot staken ingeleid, o.m. wegens misleiding van het publiek t.a.v. de identiteit, de aard, de samenstelling en de eigenschappen van de produkten door onder de naam «eerste keus» mindere categorietegels en tegels van derde keus te verkopen. Naast een overtreding van bepalingen ter zake van publiciteit (art. 20 WHP), die niet kan worden bewezen, roepen eiseressen tevens art. 2 WHP over de prijsaanduiding in.

Het hof overweegt :

«Overwegende dat de eerste rechter, even terecht onderstreept dat de stelling van tweede appellante dat de prijs en keus van een ten-toongesteld produkt gelijktijdig dienen te worden vermeld, een modaliteit of voorwaarde aan de wettelijke bepaling (art. 2) toevoegt : dat immers de «keus» kan en moet blijken uit het produkt zelf, doch de aanduiding van de prijs ondubbelzinnig en schriftelijk moet geschieden ;

«Overwegende dat derhalve tweede appellante in gebreke blijft te bewijzen dat geen geldige prijsaanduiding door geïntimeerde was verricht en dat zij niet aantoonde op welke rechtsgrond de prijs en keus gelijktijdig moeten worden vermeld ;

Overwegende dat zij derhalve ten onrechte een overtreding van artikel 2 bijlt inroepen.»

(Voorzitter : de h. Meers—Raadsheer : de hh. Janssens en Van Gelder—Advocaten : mrs. Daelemans en Dieryck—In de zaak : V.Z.W. M. en N.V. D.V.T. t/ P.V.B.A. W.)

NOOT—1. Het bovenstaand arrest, waarvan de overige (minder interessante) overwegingen werden weggelaten, heeft het in art. 2 WHP neergelegde vereiste van ondubbelzinnige prijsaanduiding geen goede dienst bewezen. Volgens het hof moet men bij de prijsaanduiding van tegels niet vermelden om welke kwaliteit het gaat. Dat het tegels van eerste, tweede of derde keus zijn, moet blijken uit het produkt zelf. Deze stelling is, zeker in de betrokken sector, onhoudbaar. Een prijsaanduiding is pas ondubbelzinnig wanneer de gebruiker weet welke kwaliteit tegels hij aankoopt. Laat ons de redenering van het hof op een ander domein doortrekken : is een conservenfabrikant in orde met de voorschriften van art. 2 WHP wanneer hij op blikken erwten alleen de prijs vermeldt zonder enige aanwijzing te geven over de aangeboden kwaliteit (middelgroot, fijn, extra-fijn) ? Moet daar de kwaliteit ook alleen maar blijken «uit het produkt zelf» ? Weliswaar werd in de WHP de prijsaanduiding, de hoeveelheidsaanduiding en de kwaliteit der produkten afzonderlijk geregeld (de eerste drie afdelingen van hoofdstuk I ; voor tegels is op basis van art. 12 WHP geen bijzondere regeling getroffen). Wil men een objectieve gebruikersvoorlichting garanderen, dan is echter vereist dat alle elementen die voor een koopbeslissing van belang zijn samen en op ondubbelzinnige wijze worden megedeeld.

2. Tevens is het onbegrijpelijk dat de niet-ontvankelijkheid van een vordering tot staken wegens overtreding van de strafrechtelijk gesanctioneerde prijsaanduidingsvoorschriften niet werd ingeroepen. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep was er toch reeds het cassatiearrest van 4 juni 1976 (R.W., 1976-77, 176-177 ; voor een commentaar zie H. SWENNEN en J. VEROUGSTRATE, «Kroniek van Belgisch economisch recht 1976», S.E.W., 1977, 684 e.v.).

Roger Van den Bergh
Assistent U.I.A.

Rb. Oudenaarde (1e Kamer), 13 juni 1978

Handelshuur—Herziening van de huurprijs—Referentehuurwaarde—Bijkomende lasten—In de huurwaarde te ver-

rekenen—Berekening van de waarde van de bijkomende lasten—Verlies aan rendement van vroegtijdig uitgegeven kapitaal—Wettelijke rentevoet.

1. Bij notariële akte van 24 februari 1960 heeft De P. aan eiseres, de N.V. M., voor de duur van 27 jaar vanaf 1 maart 1960 in huur gegeven, «een dienststation met medegaand appartement ingericht te Gent (...)». Op dezelfde dag had De P. het gebouw aangekocht. De gemiddelde huurprijs werd op 344.000 fr. per jaar bepaald, betaalbaar nochtans gedurende de eerste twaalf jaar a rato van 550.000 fr. per jaar en vanaf het dertiende jaar a rato van 180.000 fr. per jaar.

Eiseres betaalde evenwel terstond een bedrag van 6.500.000 fr. als voorschot op de huurgelden, en kreeg daarvan kwijting in de akte.

Bedongen werd dat de verhuring onderworpen is aan de bepalingen van de wet van 30 april 1951 op de handelshuur, en dat bij toepassing van art. 6 van deze wet, de partijen na elke driejaarlijkse periode gebeurlijk een herziening van de huurprijs konden vragen.

2. Bij notariële akte van 21 april 1964 wordt vastgesteld dat De P. het gebouw met uitzondering van het dienststation heeft afgebroken ; dat hij een appartementsgebouw op de vrijgekomen gronden wil optrekken en dat hij met het oog daarop een verdeling van zijn eigendom heeft verwezenlijkt. Eiseres verklaart De P. toelating te verlenen om het gehuurd dienststation en appartement af te breken en weder op te bouwen. De huur wordt bevestigd, maar zal geschorst worden tijdens de onbruikbaarheid wegens het ombouwen. De P. verbindt er zich toe de ruwbouw van het dienststation binnen het tijdsbestek van vier maanden te verrichten, en de afwerking binnen zes maanden daarna. Er wordt bedongen dat, indien De P. in gebreke zou blijven, eiseres de werken zal mogen uitvoeren op kosten van De P., en dat de aldus gedane investeringen een rente van 6 % zullen opleveren en afgehouden zullen kunnen worden van de te vervallen huurgelden. Eiseres beweert dientengevolge voor 1.012.477 fr. in het gebouw geïnvesteerd te hebben.

3. Bij vonnis van 24 december 1968 werd De P. failliet verklaard, en als curator treedt thans mr. Tombeur op, verweerder qq. Deze laatste heeft bij dagvaarding van 29 februari 1972 de herziening van de huurprijs gevorderd. Er werd gevraagd de huurprijs op 442.285 fr. per jaar te brengen en hem aan de index der consumptieprijsen te koppelen.

De vrederechter van het eerste kanton te Gent heeft bij vonnis van 9 juni 1972 beslist dat de huurprijs van 344.000 fr. per jaar overeenstemde met de normale huurwaarde van het pand op 24 februari 1960, en dat de driejaarlijkse herziening van de huurprijs ter zake mogelijk wel kon worden uitgevoerd. Voorts werd een deskundig onderzoek bevolen naar de normale huurwaarde op 1 maart 1972 en naar de redenen waarom de huurwaarde sinds 1 maart 1960 gewijzigd zou zijn.

Op het hoger beroep van eiseres heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent bij vonnis van 24 april 1974 het vonnis van de vrederechter bevestigd, met dien verstande «dat de door de eerste rechter aangestelde deskundige bij het bepalen van de normale huurwaarde van het goed op 1 maart 1972 geen rekening zal houden met de tussen 1960 en 1967 uitgevoerde verbouwingswerken en dat de bij de aanvang van de huur in 1960 bepaalde huurprijs, de som van 344.000 fr. belooft».

4. Op cassatieberoep van eiseres werd het vonnis wegens een gebrek in de motivering vernietigd, doch enkel in zoverre het beslist dat de bij de aanvang van de huur in 1960 bepaalde huurprijs de som van 344.000 fr. belooft, en voor zover het uitspraak doet over de kosten (Cass., 4 februari 1977). De aldus beperkte zaak werd verwezen naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde, zitting houdend in hoger beroep.

Ingevolge deze verwijzing valt er dus thans enkel te beslissen welke de bij de aanvang van de huur in 1960 bepaalde referentehuurprijs was en wie tot de kosten van de tot hiertoe gevoerde rechtsgedingen moet worden veroordeeld.

Binnen deze perken van de verwijzing beslist de rechtbank dat de normale huurwaarde van het goed in 1960 als volgt moet worden bepaald :

«De normale huurwaarde in 1960

«1. De betwisting tussen partijen gaat erover, of de prijs van 344.000 fr. die als gemiddelde huurprijs bij de oorspronkelijke verhuring werd bepaald, de gehele overeengekomen huurwaarde vertegenwoordigt, die als referthuurwaarde met het oog op eventuele herziening aan te houden zou zijn, — dan wel of de referthuurwaarde ook een last zou bevatten die zou voortspruiten uit de vooruitbetaling van 6.500.000 fr. bij de ondertekening van het huurcontract, zijnde buiten betwisting dat deze vooruitbetaling aan de verhuurder wel degelijk een voordeel verschafft heeft.

(...)

«3. De huurovereenkomst van 24 februari 1960 is een geheel, waarvan de bedingen alle uit de besprekingen onder partijen en hun uiteindelijke consensus gegroeid en vastgelegd werden; men kan die bedingen bezwaarlijk uit elkaar rukken door bijvoorbeeld te zeggen, zoals gedaagde in hoger beroep en de tussenkomende partij doen, dat aan de bedongen huurprijs essentieel het huurgenot beantwoordt en aan de vooruitbetaling van huur tot beloop van 6.500.000 fr., essentieel de andere voordelen beantwoorden, die eiseres in hoger beroep bekwaam zoals het voordeel van de langere looptijd van de huur, van de niet-uitwinning door de verhuurder, van een concurrentiebeding, van de niet-onderbreking van het huurgenot tijdens de voorgenomen verbouwingen, enz... Deze splitsing van de wederzijdse verbintenissen kan uit de tekst van de overeenkomst niet worden afgeleid, noch uit de enkele brieven vóór de overeenkomst tussen partijen gewisseld werden.

«Door te beweren dat aan de voorafbetaling van 6.500.000 fr. huurgelden, bepaalde voordelen beantwoorden, welke N.V. M. bekwaam, aanvaarden gedaagde in hoger beroep en de tussenkomende partij evenwel impliciet wat zij anderszins betwisten, en namelijk dat die voorafbetaling inderdaad een bijzondere last voor de huurster uitmaakt, aangezien daaraan voor haar zekere voordelen zouden beantwoorden.

«4. Het komt niet als redelijk voor, ja zelfs als niet mogelijk, de huurster het bewijs op te leggen dat zij, indien zij geen 6.500.000 fr. vooruitbetaald had, datzelfde bedrag zou belegd hebben en daarenboven tegen welke rentevoet zij het belegd zou hebben. Hoe dan ook, dat bewijs kan noch in de balansen noch in de comptabiliteit van de N.V. M. gevonden worden; inderdaad de balansen en de comptabiliteit houden geen hypothesen in, maar werkelijke toestanden.

«Aangezien de huurster een handelsvennootschap is, dringt zich het vermoeden op dat likwiditeiten ten beloop van 6.500.000 fr. noodzakelijk door haar aangewend zouden zijn, hetzij als bedrijfskapitaal, hetzij voor werkingskosten, hetzij als bijdrage tot delging van schulden, hetzij anders nog.

«Tot bewijs van het tegendeel zou dus de bestemming van de 6.500.000 fr. die als voorschot op huurgelden op 24 februari 1960 werden betaald, renderend zijn geweest; het derven ervan vertegenwoordigt bijgevolg een last die in de vooruitbetaling zijn oorsprong heeft; noch de geïntimeerde noch de tussenkomende partij hebben integendeel bewezen dat, had M. verder over de genoemde som beschikt, zij deze niet conform haar maatschappelijk doel zou hebben gebruikt.

«5. Het duidelijk voordeel dat door de vooruitbetaling van zoveel jaren huurgelden door de verhuurder genoten werd, zoals daar zijn de onmiddellijke beschikking over dat kapitaal, de vrijstelling van rentebetaling op die in beginsel nog niet eisbare som, heeft hij van de huurster verkregen; van wie anders? Hoe iemand van een ander een voordeel zou kunnen verkrijgen; zonder dat die andere iets afstaat, ontsnapt aan elke logische redenering; het verkrijgen van een voordeel is in contractueel recht niet los te koppelen van het prijsgeven van iets, door degene die het voordeel toekent.

«6. Het staat dus tot dusver onomstootbaar vast, dat de vooruitbetaling door de huurster op 24 februari 1960, van 6.500.000 fr. ineens, een bijkomende last vertegenwoordigde, die in de huurwaarde te rekenen is. De vraag die daarbij nog te beantwoorden is, is die van de economische waarde van dat voordeel. Het antwoord op die vraag is zeker niet in rekeningen en balansen van de N.V. M. te vinden: inderdaad blijkt de discussie theoretisch, wanneer men de vraag stelt wat iemand — hij zij een fysieke persoon of

een handelsvennootschap — met geld gedaan zou hebben dat hij niet meer heeft; talloze veronderstellingen kunnen daarbij naar voren geschoven worden, die alle evenmin de waarheid met zekerheid benaderen.

«Wanneer echter één zekerheid bestaat, namelijk dat de handelsvennootschap N.V. M. op grond van haar maatschappelijk doel en juridische structuur, geroepen is om de haar ter beschikking zijnde sommen winstgevend of met het oog op economisch voordeel aan te wenden, dan moet het verlies aan rendement van vroegtijdig uitgegeven bedragen in billijkheid berekend worden. In ons verbintenissenrecht wordt daartoe door de wet een berekeningsgrondslag verschaft, namelijk de wettelijke rentevoet, die hier «*stricto iure*» niet toepasselijk is, maar een vaste basis voor de billijke raming van de gederfde winst uit het afgestaan kapitaal kan vertegenwoordigen.

«7. Om de billijkheid te benaderen, moet evenwel rekening gehouden worden met de omstandigheid dat de N.V. M. contractueel gehouden was de jaarlijkse huurgelden te betalen, zodat in feite de bijkomende last jaarlijks verminderde, ook met de omstandigheid dat de jaarlijkse bedongen aanbatalingen van huur in de eerste twaalf jaar de gemiddelde huurprijs met 206.000 fr. zouden overtreffen, zodat de aanvankelijke huurlast toch zwaarder geweest zou zijn, en met de omstandigheid dat de rente in handelszaken — toepasselijk ten voordele van een handelsvennootschap — bij de wet van 5 mei 1865 artikel 2, gewijzigd door K.B. nr. 147 van 18 maart 1935, op 5,5 % per jaar was bepaald.

«De billijke raming van de bijkomende huurlast, vertegenwoordigd door het verlies aan rendement van het voorgeschoten renteloos kapitaal van 6.500.000 fr., kan dus op de volgende berekening berusten;

a. het voorschot op 1 maart 1960 is 6.500.000 fr. onder aftrek van de jaarlijkse bepaalde huurprijs die normaal op voorhand te betalen is, namelijk van 550.000 fr., dus 5.950.000 fr. tegen 5,5 %	
	= 327.250 fr.
b. 1 maart 1961 : 5.400.000 fr. x 5,5 %	297.000 fr.
c. 1 maart 1962 : 4.850.000 x 5,5 %	266.750 fr.
d. 1 maart 1963 : 4.300.000 x 5,5 %	236.500 fr.
e. 1 maart 1964 : 3.750.000 x 5,5 %	206.250 fr.
f. 1 maart 1965 : 3.200.000 x 5,5 %	176.000 fr.
g. 1 maart 1966 : 2.650.000 x 5,5 %	145.750 fr.
h. 1 maart 1967 : 2.100.000 x 5,5 %	115.500 fr.
i. 1 maart 1968 : 1.550.000 x 5,5 %	85.250 fr.
j. 1 maart 1969 : 1.000.000 x 5,5 %	55.000 fr.
k. 1 maart 1970 : 450.000 x 5,5 %	24.750 fr.
	1.936.000 fr.

«In maart 1971 is het voorschot volledig door de vervallen huurtermijnen opgeslorpt. Op de elf beoogde jaren is het gezamenlijk bedrag van het als huurlast afgestaan rendement der vooruitbetaling dus 1.936.000 fr., ongeacht mogelijke samenstelling van interest, die ter zake niet moet worden berekend, aangezien bedrijfs gelden van een handelsvennootschap niet bestemd zijn om gekapitaliseerd te worden. Met fiscale voorheffing moet hier geen rekening gehouden worden daar deze voorheffing niet de geldmiddelen treft, maar om de referthuurwaarde van 1960 te berekenen is het billijk de bekomen totaliteit van de bijkomende last te spreiden over de bij het huurcontract bedongen huurperiode van 27 jaar, zodat deze last $1.936.000 / 27 = 71.703$ fr. per jaar vertegenwoordigt.

«Het komt de rechtbank verder als billijk voor, aangezien contractueel bondongen was dat de huurster in de eerste twaalf jaar merkkelijk meer dan de overeengekomen gemiddelde huurwaarde zou betalen en daardoor nogmaals een vooruitbetaling van huur deed, deze jaarlijkse last, zoals zojuist berekend, naar boven af te ronden tot 75.000 fr.

«De referetewaarde van 1960 zal dus bedragen :

a) gemiddelde huurprijs	
bij contract bepaald	344.000 fr.
b) bijkomende last	75.000 fr.
	429.000 fr.

(Voorzitter : de h. Dossche — Rechters : de hh. Mys en De Smedt—Advocaten : mrs. Fransen loco Goffin, Tombeur qq. en Demeester—In de zaak : N.V. M. t/ mr. T. qq. en D.).

Rb. Antwerpen (8e Kamer), 12 januari 1979

Verkeer—Autobus verlaat halte en maakt rechtsomkeer—Maneuver.

De hoofdeis en de wedereis hebben betrekking op een ongeval waarbij de auto van eiser is ingereden op een door gedaagde geëxploiteerde Sabenabus.

«Overwegende dat de omstandigheden van het verkeersongeval slechts kunnen worden afgeleid uit een gemeenschappelijk opgestelde aangifte en een aangifte die de aangestelde van verweerster aan zijn werkgever bezorgde; dat de Sabenabus aan haar halte op de Keyserlei te Antwerpen vertrok en zich geheel links wendde ten einde te draaien om aldus de Quellinstraat in te rijden; dat toen de autobus dwars over de rijbaan was, eiser, rijdend in de richting van het station, de autobus aan de voorzijde aanreed;

«Overwegende dat verweerster art. 39 A.V.R. inroept, waarbij wordt bepaald dat binnen de bebouwde kommen elke bestuurder die dezelfde richting volgt als de autobus, de autobusbestuurder de gelegenheid moet laten zijn halteplaats te verlaten en daartoe moet vertragen en desnoods stoppen;

«Overwegende dat eiser wel in dezelfde richting reed als de autobus, doch de autobusbestuurder niet alleen zijn halte verliet, maar een rechtsomkeermaneuver maakte en aldus een groot gedeelte van de rijbaan benam; dat zulks volgt uit de verklaring van de autobusbestuurder: 'Ik stond dwars op de Keyserlei tijdens het uitvoeren van draaimaneuver en tegenpartij reed zonder stoppen op de bus'; dat zulks eveneens volgt uit de schets aangebracht op de gemeenschappelijke ongevalsangifte;

«Overwegende dat daaruit volgt dat eiser volledig verrast werd door het rechtsomkeermaneuver van de autobusbestuurder, en niet aanvaard kan worden dat deze alleen maar zijn halte verliet; dat in dit geval eiser de autobus had kunnen ontwijken, gezien de breedte van de rijbaan en de stand van zijn voertuig op de rijbaan;

«Overwegende dat de hoofdvordering gegrond is en de tegenvordering ongegrond.»

(Voorzitter: de h. Michiels—Openbaar ministerie: de h. Boule—Advocaten: mrs. Tritsman en Wens—In de zaak: Can O. t/ N.V. A.)

NOOT—Zie over het begrip «autobushalte» Cass., 15 september 1977, R.W., 1978-79, 605.

Vred. Brugge (3e Kanton), 17 oktober 1975

Overeenkomst—Leveringen en prestaties aan verloofde—Factuur na afbreken van verlovings—Geen betaling verschuldigd.

Eiser vordert betaling van door hem beweerde uitgevoerde leveringen en prestaties aan de personenwagen van verweerster volgens factuur van 27 september 1974, ten bedrage van 12.793 fr., met de gerechtelijke interesten en de proceskosten.

«Verweerster betwist de realiteit dezer beweerde leveringen en prestaties, beweert dat de factuur louter gefingeerd is en de uiting is van een dreiging van eiser te haren opzichte na het afbreken hunner verlovings.

«In zijn verhoor houdt eiser staande dat de door hem aangerekende leveringen en prestaties geschied zijn, doch erkent hij dat hij de facturatie ervan slechts heeft gedaan na het definitief afbreken van zijn verlovings met verweerster, die, naar zijn bewering, met hem samenwoonde op een appartement te Damme vanaf 1 september 1974; hij voegt eraan toe: 'Waren wij verloofd gebleven met het oog op trouwen, dan zou ik uiteraard deze werken niet gefactureerd hebben.'

«In acht nemend dat de factuur geen rechtsvordering doet ontstaan, doch enkel de bevestiging is van een geldschuld (Cloquet A.P.R. Factuur nrs. 30-32) ontstaan uit een overeenkomst (idem — nr. 36 e.v.) aangegaan tussen partijen bij de levering van waren en/of prestaties, dienen wij te besluiten tot ongegrondheid der vordering.

«Inderdaad: op het ogenblik van de uitvoering der leveringen en prestaties, had eiser niet de bedoeling deze aan te rekenen, zodat er desaan gaande geen overeenkomst tussen partijen kan zijn. Eiser kan achteraf niet eenzijdig daarop terugkomen. Het is derhalve overbodig te onderzoeken of eiser al dan niet de beweerde prestaties en leveringen heeft uitgevoerd, zoals hij aanbiedt te bewijzen.

«De door verweerster gestelde tegeneis tot betaling van 5.000 fr. wegens tergend en roekeloos geding is eveneens ongegrond, aangezien niet bewezen is dat eiser roekeloos en kwaadwillig heeft gehandeld; wellicht was hij de mening toegedaan dat het einde zijner verlovings meteen de omzetting inhield van zijn liefdevolle bijstand tot winstgevend handelsbedrijvigheid. Deze mening was juist. De vergissing was alleen: dat deze omzetting niet kon geschieden met terugwerkend effect. Een dergelijke vergissing is menselijk en dus te verontschuldigen.»

(Vrederechter: de h. De Ketelaere—Advocaten: mrs. Goegebeur loco Van de Voorde en Dumolyn—In de zaak: G. t/ S.).

Vred. Brugge (3e Kanton), 10 maart 1978

Bewijs—Handelszaken—Factuur—Bewijs ten opzichte van niet-handelaar—Onderscheid tussen verbintenis en bepaalde feitelijke prestaties.

Verweerder op verzet vordert betaling van een factuur, gedateerd 4 oktober 1976, ten bedrage van 6.344 fr. + 887 fr. B.T.W., voor onderhoudswerken in de tuin van de villa van aanlegster op verzet, over de periode van 22 juli 1976 tot 15 september 1976.

Aanlegster op verzet betwist de waarachtigheid van bepaalde prestaties op 13 augustus 1976 en 14 september 1976, aangerekend voor een bedrag van 2.916 fr., zodat zij enkel zou verschuldigd zijn: 6.334 fr. - 2.916 fr. = 3.418 fr. + 479 fr. B.T.W.

«Verweerder op verzet ontkent de aanrekening van niet-uitgevoerde prestaties en beroept zich op de verworven aanvaarding van de factuur, met bijhorende gedetailleerde afrekening, zonder enig protest, aangezien oorspronkelijk verweerster pas huidige betwistingen voorbracht bij brief van 2 april 1977, dus 6 maanden na de facturatie, dan nog na vruchteloze aanmaning tot betaling.

«Hoewel de aanvaarding van een factuur van meer dan 3.000 fr. geen bewijskrachtig vermoeden kan inhouden ten opzichte van een niet-handelaar, zoals aanlegster in verzet beweert, betreft dit enkel de verbintenis, die aan de facturatie ten grondslag ligt, en die, ten opzichte van een niet-handelaar, enkel kan worden bewezen volgens het gemene recht, met uitsluiting ter zake van bewijs door getuigen en vermoedens (artikel 1315, lid 1, artikel 1341 en artikel 1353 Burgerlijk Wetboek).

«De door aanlegster in verzet voorgebrachte betwisting betreft evenwel niet haar verbintenis ten opzichte van verweerder op verzet, doch wel bepaalde feitelijke prestaties, waarvan de waarachtigheid kan worden bewezen door verweerder op verzet door alle middelen, inbegrepen getuigen en vermoedens.

«Aanlegster in verzet ontving een 'aangepast detail' (detail modifié) hetzij bij de factuur zelf (stelling van verweerder op verzet) hetzij op haar onmiddellijk navolgend verzoek (stelling van aanlegster in verzet), waarin de inhoud en data der geleverde prestaties zijn vermeld en aangerekend tegen normale prijzen, waarvan het totaal overeenstemt met het factuurbedrag.

«Vast staat dat aanlegster in verzet geen de minste reactie gaf op dit voor haar ontvangen gedetailleerd overzicht der geleverde prestaties, en deze voor het eerst betwistte bij haar brief van 2 april 1977, dan nog na herhaalde haar gestuurde aanmaningen tot betaling.

«Dit stilzwijgen gedurende bijna 6 maanden of minstens ongeveer 5 maanden (indien wij zouden aannemen dat de detaillering achteraf op haar verzoek werd gestuurd — wat niet eens bewezen is) is ter zake te beschouwen als een vermoeden van aanvaarding van de haar gegeven detaillering der gefactureerde prestaties; daartoe in acht nemend o.m. de graad van ontwikkeling van aanlegster in verzet (zoals blijkt uit haar vlot geschreven brief van 2 april 1977), het

'vergeten' (?) van betalen in het verleden (factuur van 6 juli 1976 pas betaald op 2 april 1977), de aard van de betrekkingen tussen partijen en de onoverkomelijke moeilijkheden bij langdurig wachten tot betwisten van bepaalde prestaties, zoals die van een tuinier, die dagelijks meerdere tuinen te onderhouden heeft tijdens het zomerseizoen.
«Het verzet is derhalve niet verantwoord.»

(Vrederechter : de h. De Ketelaere—Advocaten : mrs. Micholt en Dupont loco Demeestere—In de zaak : G.-C. t/ B.).

Vred. Brugge (3e Kanton), 14 juli 1978

Handelshuur—Overdracht van huur samen met overdracht van de handelszaak—Verzet van de verhuurder—Overdracht van garage zonder de concessie van het automerk—Verzet ongegrond.

Het huurcontract tussen partijen verbiedt onderverhuring en overdracht van huur zonder schriftelijke toestemming van de verhuurders.

De huurders (eisers) hebben hun huurrechten en hun handelszaak (garage) overgedragen aan een nog op te richten P.V.B.A., met uitzondering evenwel van de vertegenwoordiging van het automerk Citroën, die zij voor zich behouden. De overnemers zouden namelijk werken als verkoopagenten voor het automerk Skoda.

Verweerders (verhuurders) hebben zich tegen deze overdracht verzet, aanvoerend dat niet de gehele handelszaak wordt overgedragen.

Deze verzetsreden wordt afgewezen :

«Voor de geldigheid van de overdracht van de huur legt artikel 10 van de wet op de handelshuurovereenkomsten op dat deze moet geschieden 'met de overdracht of de verhuring van de handelszaak en slaat op de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder'.

«Deze tekst wijst er duidelijk op dat de hoofdhuurder zijn huurrechten volledig dient over te dragen, doch is niet zo expliciet wat betreft 'de handelszaak'.

«Terecht. De term 'handelszaak' is immers niet verbonden aan een precieze inhoud en kan sommige elementen al dan niet bevatten (zie o.m. De Page, IV, nr. 310).

«Ter zake is het duidelijk dat de concessie van een bepaald automerk niet zozeer eigen is aan de handelszaak doch veeleer aan de persoon, aan wie deze concessie contractueel toegekend is, en aldus zelfs niet overdraagbaar is zonder instemming van de concessieverlener.

«De eerste verzetsreden kan derhalve niet aangenomen worden.»

(Vrederechter : de h. De Ketelaere—Advocaten : mrs. Vertriest en De Sutter—In de zaak : V. en P. t/ D. en G.).

EUROPEES RECHT

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

Zaak 34/78 — Yoshida Nederland/ Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Friesland — prejudiciële zaak — *Plaats van oorsprong* — 31 januari 1979.

Partijen in het hoofdgeding zijn de Nederlandse dochteronderneming van het Japanse Yoshida-concern, die ritssluitingen vervaardigt waarvan de glijders in Japan worden gefabriceerd, en de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Friesland, die op grond van verordening nr. 2067/77 van de Commissie heeft geweigerd Yoshida Nederland een certificaat af te geven waarin wordt verklaard dat de

ritssluitingen van Nederlandse of communautaire oorsprong zijn, op grond dat de bij de fabricage der ritssluitingen gebruikte glijders niet in Nederland of elders in de EEG vervaardigd zijn.

Tot aan de inwerkingtreding van genoemde verordening werden de certificaten van oorsprong door verweerster zonder bezwaar afgegeven krachtens artikel 5 van verordening nr. 802/68 van de Raad betreffende de gemeenschappelijke definitie van het begrip oorsprong van goederen.

In verband hiermee rijst de vraag of de Commissie bij het vaststellen van verordening nr. 2067/77 niet de bevoegdheden heeft overschreden die de Raad haar met het oog op de tenuitvoerlegging der in zijn verordening nr. 802/68 gegeven regels had toegekend.

Luidens artikel 5 van verordening nr. 802/68 «zijn goederen bij de vervaardiging waarvan twee of meer landen betrokken zijn geweest, van oorsprong uit het land waar de laatste ingrijpende en economische verantwoorde verwerking of bewerking heeft plaatsgevonden in een daartoe ingericht bedrijf en welke verwerking of bewerking hetzij heeft geleid tot de fabricage van een nieuw produkt, hetzij een belangrijke fabricagefase uitmaakt.»

Verordening nr. 2067/77 bepaalt in artikel 1 dat ritssluitingen van oorsprong zijn uit het land waar de volgende bewerkingen plaatsvinden : «montage, inclusief het bevestigen van de haakjes op de linten, gepaard gaande met de fabricage van de glijder en het vormen van de haakjes.»

Mitsdien moet worden onderzocht of deze bewerkingen aan de vereisten van artikel 5 van verordening nr. 802/68 beantwoorden en kunnen worden opgevat als een laatste ingrijpende verwerking of bewerking ofwel een belangrijke fabricagefase uitmaakt.

Het Hof analyseert de verschillende fabricagefasen van een ritssluiting en komt tot de conclusie dat de glijder in dit geheel slechts een bijzonder element vormt, dat weliswaar kenmerkend is voor een ritssluiting, doch enkel bruikbaar is als onderdeel van een harmonieus samengesteld geheel.

Toen de Commissie meende te moeten teruggrijpen op de fabricage van de glijder vóór de laatste verwerkingsfase, om daarvan een dwingende voorwaarde te maken voor de afgifte van het certificaat van oorsprong, is zij uitgegaan van een handeling zonder enig verband met de doelstellingen van verordening nr. 802/68, waarmee zij de haar in deze verordening verleende bevoegdheid heeft overschreden.

Het Hof verklaarde voor recht dat

1. artikel 1 van verordening nr. 2067/77 van de Commissie van 30 september 1977 betreffende de bepaling van de oorsprong van ritssluitingen ongeldig is en

2. dat deze tekst mitsdien niet meer behoeft te worden uitgelegd.

Zaak 114/78 — Yoshida (Duitsland)/Industrie und Handelskammer Kassel — prejudiciële zaak — *Plaats van oorsprong* — 31 januari 1979.

Identiek aan de vorige zaak ; verzoekster in het hoofdgeding is de Duitse dochteronderneming van het Yoshida-concern.

Zaak 121/78 — Bardi/ Azienda Agricola Paradiso — prejudiciële zaak — 1 februari 1979 — *Gemeenschappelijke ordening der markten in de sector rundvees*

In het kader van een geding tussen de beheerder van een landbouwbedrijf G. Bardi en de rundveefokkerij Azienda Agricola Paradiso, betreffende een leverantie-overeenkomst voor 4.000 kg. maïs bestemd voor veevoer, heeft de Pretore te Cecina het Hof de volgende twee vragen gesteld :

1) Kunnen de nationale autoriteiten in het kader van de in artikel 13 van verordening nr. 805/68 voorziene en nadien bij verordeningen nrs. 585/77 en 2902/77 uitgewerkte bijzondere invoerregeling voor jonge mannelijke mestrunderen, de toelatingsvoorwaarden naar eigen goeddunken aanvullen en afronden, met name door de afgifte van importcertificaten te beperken tot bepaalde onder de landbouwproducenten eenzijdig vastgestelde categorieën subjecten, of kennen voornoemde gemeenschapsbepalingen daarentegen aan

alle natuurlijke en rechtspersonen die een landbouwbedrijf bezitten, in casu aan de veehouders het recht toe in elk geval aanvragen om importcertificaten in te dienen, zonder dat hiertegenover enige discretionaire bevoegdheid van de nationale autoriteiten der Lid-Staten staat?

2) Ingeval het aan de Lid-Staten is overgelaten nadere, strengere toelatingsvoorwaarden in te voeren ten aanzien van de categorie landbouwproducenten, kan dan de vaststelling van de begunstigde subjecten door de nationale autoriteiten worden verricht door te verwijzen naar de vereisten, gesteld door deze autoriteiten bij de uitvoering van de gemeenschapsrichtlijnen tot modernisering van de landbouwstructuur (richtlijnen nrs. 72/159, 72/160 en 72/161), dat wil zeggen in het kader van een soort overheidsoptreden dat geheel en al zelfstandig en onafhankelijk is van de instrumenten en doelstellingen betreffende de verhandeling van afzonderlijke landbouwprodukten, waarbij de vereisten volstrekt geen verband houden met de werkelijke uitoefening van het veehoudersbedrijf en zonder rechtvaardiging talrijke veehouderijen, waaronder alle met een vennootschapsstructuur, uitsluiten?

Het Hof verklaarde voor recht:

— Krachtens verordening nr. 2902/77 van de Commissie van 22 december 1977 tot vaststelling van het aantal jonge mannelijke runderen dat in het eerste kwartaal van 1978 onder bijzondere voorwaarden mag worden ingevoerd, konden de betrokken Lid-Staten en met name de Italiaanse Republiek vaststellen welke categorieën landbouwproducenten in aanmerking kwamen voor een invoercontingent jonge mannelijke runderen met gehele of gedeeltelijke opschorting van de heffing, zulks in het kader van een beleid strekkende tot modernisering van de structuur in de veeteelt en bij de productie van rundvlees.

— Het is in overeenstemming met de verplichtingen die voor de Lid-Staten voortvloeien uit richtlijn nr. 72/159 van de Raad van 17 april 1972 tot modernisering van de landbouwstructuur, om dit voordeel voor te behouden aan landbouwexploitanten die zich in hoofdzaak met het landbouwbedrijf bezighouden.

BOEKEN

S.C.J.J. KORTMANN, «Derden»-werking van aansprakelijkheidsbedingen, Kluwer-Deventer, 1977, 190 blz.

Uitgaande van de ontleding van het partij-begrip, en van het beginsel van de relativiteit van de overeenkomsten onderzoekt de auteur een aantal gevallen waarin exonerationbedingen ten gunste van derden hebben gestrekt, en vooral waarin deze bedingen hen ten laste werden gelegd. Op grond van het derdenbeding kan het eerste verschijnsel verklaard worden. Veel meer omstrede is de tweede problematiek. Deze wordt benaderd vanuit enkel casusposities, voornamelijk vanuit het H.R. arrest van 7 maart 1969 (gegaste-uien-geval) en vanuit meerdere regelen van transportrecht. Wanneer een bezitter van een goed (op grond van huur, bruikleen, enz.) met een derde betreffende dit goed overeenkomsten sluit (bv. van vervoer, onderhoud enz.), in welke mate kunnen exonerationbedingen aan de eigenaar worden tegengeworpen nu deze de derde in onrechtmatige daad aanspreekt? Leidt de relativiteitsleer tot een ontkennend antwoord, de rechtspraak en de wet luiden soms bevestigend. De verklaringen in de literatuur zijn uiteenlopend. Hier kunnen enkel de twee hoofdverklaringen worden vermeld: wanneer de eigenaar het goed uit handen geeft, aanvaardt hij het risico dat desbetreffend overeenkomsten zullen worden gesloten waarbij de wederpartij de omvang van zijn aansprakelijkheid zal beperken. De andere stelling verdient volgens de auteur de voorkeur: zij beschouwt de gebruiker als een middellijk vertegenwoordiger die op eigen naam doch minstens als schijnvertegenwoordiger voor de eigenaar bedingen onderschrijft die ook deze laatste binden. Daartoe is vereist dat, zoals sommige auteurs in Nederland menen, bij middellijke vertegenwoordiging de

rechtsgevolgen rechtstreeks tussen wederpartij en principaal kunnen intreden. De voorkeur van de auteur voor deze benadering wordt versterkt doordat hij in het vertegenwoordigingsverschijnsel de gezamenlijke grondslag ziet voor de werking zowel ten gunste als ten laste van derden.

Een in menig opzicht boeiende analyse, die evenwel tot het Nederlandse recht beperkt is gebleven.

E.W.

BALIELEVEN

Verbond van Belgische Advokaten
Colloquium over honoraria

Op zaterdag 24 maart 1979 om 9.30 uur organiseert het Verbond van Belgische Advokaten in het paleis voor congressen, Europazaal, ingang Coudenberg 3, Brussel, een Colloquium over honoraria.

MEDEDELINGEN

Het financieel plan — Art. 89, Wet van 4 augustus 1978 — Addendum

Wij verwijzen naar onze studie verschenen in het R.W., nr. 22 van 27 januari 1979. Na het ter perse gaan konden wij kennis nemen van bijkomende informatie m.b.t. de vraag of het financieel plan ook bij kapitaalverhoging noodzakelijk is (nr. 20, kolom 1464). Een hernieuwd onderzoek van het probleem heeft uitgewezen dat er thans een consensus schijnt te bestaan over de beperking van het financieel plan tot de loutere oprichting van een N.V. of van een P.V.B.A.

De redenering is de volgende. Naast de overweging dat de neerlegging van het financieel plan bij kapitaalverhoging moeilijk overeenkomt met de ratio legis, moeten de artt. 29ter en 120ter in verband gebracht worden met de nieuwe artt. 35, 6°, en 123, lid 1, 7°, die respectievelijk de oprichters van naamloze vennootschappen en van personevennootschappen met beperkte aansprakelijkheid verantwoordelijk stellen in geval van ontoereikend beginkapitaal. Men mag dus stellen dat de artt. 29ter en 35, 6°, enerzijds en de artt. 120ter en 123, lid 1, 7°, anderzijds, één geheel vormen.

Onder voorbehoud van het oordeel van hoven en rechtbanken, mag men derhalve concluderen dat er geen financieel plan vereist is in geval van kapitaalverhoging van een N.V. of van een P.V.B.A. (cf. Circ. nr. 1/79 van 10 jan. 1979 van de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel).

Dr. jur. W. Vanhorenbeeck

Verzegeling en feitelijke scheiding

De noot — «Verzegeling in geval van feitelijke scheiding der echtgenoten» —, verschenen in het R.W. van 6 januari 1979, kol. 1246, kan moeilijk zonder reactie worden gelaten.

Hoewel ik niet twijfel aan de rechtswetenschappelijke onderlegdheid van de steller ervan, heb ik toch de indruk dat hij minder ervaren is wat betreft de toepassing ervan «op het terrein»:

1) De verzegeling wordt door elkeen, die ze in de praktijk ondergaat of zelf er bij betrokken is, aangevoeld als een uit een ver verleden overgebleven eerder barbaarse civielrechtelijke proceduur: heel onverwacht wordt hij of zij, die ze ondergaat, overvallen door de «vrede»rechter, bijgestaan door de griffier, meestal omringd door

een commissaris van politie en desnoods een slotenmaker. Nieuwsgierige burens komen op straat of gluren van achter het gordijn. Plots wordt ongewenste publiciteit gegeven aan b.v. een ruzie tussen weduwe(naar) en haar of zijn kinderen, tussen echtgenoten, enz.

2) Indien tussen echtelieden toch reeds een echtscheidingsgeding hangende is, is het kwaad minder groot. In het tegenovergestelde geval echter kan zulke spectaculaire maatregel elke toenaderings- of verzoeningskans definitief kelderen en wederzijdse haat aanwakken of doen ontstaan. Het is wellicht om die reden dat art. 1282 Ger. W. verzegeling toestaat enkel tijdens de echtscheidingsprocedure en niet voordien.

Steller van de noot verwijst overvloedig naar rechtspraak en -leer, die praktisch unaniem de mogelijkheid van verzegeling in het kader van art. 1282 Ger. W. verwerpen. In fine drukt hij nochtans de hoop uit dat de rechter het artikel toch zou toepassen «op een geval dat de wetgever aanvankelijk niet op het oog had». Ik denk dat deze hoop op pretoriaans optreden van de rechter onbevredigd zal blijven.

Ten slotte kan er worden op gewezen dat de in feite gescheiden echtgenoten geenszins van beschermingsmaatregelen verstoken zijn, daar zij steeds een beroep kunnen doen op de vrederechter in het kader van art. 223 B.W. Overeenkomstig art. 1253*sexies*, lid 1, Ger. W. kan de vrederechter immers, zelfs alvorens te beslissen over de grond der zaak, *onroerende* goederen blokkeren. Met toepassing van lid 2 van hetzelfde artikel kan hij ook het verwijderen van *roerende* goederen strafbaar stellen.

Albert De Bièvre
Vrederechter, Brasschaat

Hof van Beroep te Antwerpen — Statistiek 1978

<i>Arresten</i>	
— Burgerlijk en fiscaal	1843
— Jeugdkamer	43
	1886
— Correctioneel	1474
— K.I.	657
— Herstel in eer en rechten	743
— Jeugdkamer	37
	2902
<i>Inleidingen</i>	
— Burgerlijk en fiscaal	2689
— Correctioneel	1494

Studiedag over actuele problemen van burgerlijke stand

Op 22 februari 1979 werd te Leuven een studiedag georganiseerd over actuele problemen van burgerlijke stand, dit op initiatief van het Centrum voor Internationaal en Buitenlands recht en van het Instituut voor Familierecht van de K.U.Leuven.

Na een verwelkoming door decaan prof. R. Dillemans werd een inleiding gegeven door prof. J. Pauwels. Hij wees erop dat de ambtenaren van de burgerlijke stand meer en meer genoodzaakt zijn een beroep te doen op de regels van het internationaal privaatrecht, dit gezien het toenemend aandeel van de buitenlanders in onze samenleving. De houding die de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand dient aan te nemen, wanneer hij wordt geconfronteerd met situaties waarin zich een vreemd element aandient was dan ook het gemeenschappelijk aanknopingspunt voor de op deze studiedag behandelde thema's.

H. Van Houtte, docent K.U. Leuven, handelde over de erkenning van buitenlandse akten en vonnissen. Zijn uitgangspunt was dat de ambtenaar van de burgerlijke stand gesitueerd is tussen twee polen: enerzijds kan hij het buitenlands verleden van vreemdelingen (en Belgen) niet negeren, maar anderzijds kan hij aan buitenlandse akten en vonnissen niet eenzelfde geloof hechten als aan Belgische.

Bij de burgerlijke stand wordt een stricte scheiding gemaakt tussen de erkenning van en de informatie over een buitenlandse akte of vonnis, veruitwendigt in resp. de kanttekening (in rode inkt) en de randvermelding of annotatie (in zwarte inkt). De spreker verklaarde zich tegenstander van het al te uitvoerig gebruik maken van die informatieve aantekeningen, aangezien die niet louter vrijblijvend zijn en aldus het onderscheid met de erkennende kanttekening eigenlijk niet zo groot is. Het ware dan wellicht beter dat de ambtenaar onmiddellijk opteert voor een volwaardige erkenning door middel van de kanttekening.

In die vage scheidszone tussen informatie en erkenning situeren zich ook de uittreksels en afschriften die het Ministerie van Buitenlandse Zaken aflevert aangaande bij haar gedeponeerde uitgaven van buitenlandse akten en vonnissen betreffende de burgerlijke stand van Belgen (wet van 14 juli 1966).

Wat de eigenlijke erkenning betreft van buitenlandse akten en vonnissen m.b.t. de burgerlijke stand, is een *exequatur* geenszins vereist en zelfs niet mogelijk. De ministeriële richtlijn van 7 maart 1953 die het *exequatur* eist voor de kanttekening van buitenlandse echtscheidingen, is onbetwistbaar achterhaald. Van de andere kant wordt door rechtspraak en rechtsleer unaniem aanvaard dat voor deze erkenning analoge criteria gelden als voor het *exequatur*, zoals die vermeld zijn in art. 570 Ger. W. Het meest delicate probleem hierbij betreft het eventueel verzet van de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde tegen de erkenning van de buitenlandse akte of vonnis. Spreker pleitte voor een zeer limitatieve interpretatie van dit openbare orde-begrip.

De tweede spreker, W. Pintens, aspirant N.F.W.O. (K.U.Leuven), handelde over de naam van buitenlanders in de akten van de burgerlijke stand.

Waar in het burgerlijk recht de naam zowel een element van de staat van de persoon als een instelling van politie is, behoort die in het internationaal privaatrecht tot de verwijzingscategorie staat van de persoon. Derhalve moet als algemeen principe worden aanvaard dat de naam van buitenlanders in België wordt beheerst door hun nationale wet (bilaterale interpretatie van art. 3, 3e lid B.W.). De toepassing van het personeel statuut moet evenwel wijken o.m. voor de regels m.b.t. de organisatie en de werking van onze burgerlijke stand. Zo legt de *lex magistratus* dwingend op welke vermeldingen in de akten van de burgerlijke stand verplicht of verboden zijn. In toepassing hiervan mag de naam van het kind niet worden vermeld in zijn geboorteakte, waardoor een probleem zou ontstaan als krachtens het personeel statuut er een verschil bestaat tussen de naam van het kind en die van de vader (klassiek voorbeeld: bij Spanjaarden).

Daarna belichtte de spreker de toepassing van dit uitgangspunt op enerzijds de familienaam en anderzijds de voornamen van buitenlanders in België. Op grond van de toepassing van het personeel statuut draagt elke buitenlander de *familienaam* die hem krachtens zijn nationale wet toekomt. De ambtenaar mag in de akten van de burgerlijke stand die naam niet belgiciseren door bv. van een Spaanse of Portugese naam slechts één lid te vermelden. Uiteraard rijzen hierbij heel wat problemen, inzonderheid als het gaat om vreemdelingen wier geboorteakte in België is opgesteld en die krachtens hun personeel statuut een andere naam dragen dan die van hun vader (cfr. supra); een wetgevend optreden is hier dringend vereist (vgl. Nederlandse «Leemtewet» van 1975).

Wat de *voornaam* betreft stellen zich vooral problemen m.b.t. de door de ouders van in België geboren vreemde kinderen gedane keuze. Volgens Pintens mag de ambtenaar van de burgerlijke stand krachtens de toepasselijkheid van het personeel statuut alleen voornamen akteren die in het land van oorsprong van de vreemdeling worden geduld. Hij kan te deze eerst de overlegging van een *certificat de coutume* vragen. Dit standpunt werd in de latere discussie door sommigen betwist. Het zou in strijd zijn met het begin-

sel van non-discriminatie en met het rechtmatig verlangen van een vreemdeling tot integratie in onze gemeenschap, waarvan de keuze van een in onze cultuur gebruikelijke naam voor zijn kind een uiting kan zijn. In elk geval kan, als niet in overeenstemming met het personeel statuut is gehandeld, de rechtbank steeds de verbetering van de geboorteakte bevelen.

Als laatste spreker van de voormiddag handelde P. Van Langenacke, directeur-generaal van het ministerie van Justitie, over de verwezenlijkingen en perspectieven van de *Commission internationale de l'Etat civil* (CIEC). Hij is de ondervoorzitter van deze *Commission* en tevens de voorzitter van de Belgische sectie, bestaande uit de Vaste commissie voor de burgerlijke stand.

De CIEC groepeerde thans twaalf Europese landen. Een belangrijke verwezenlijking is de opstelling van documentatiefiches volgens een gemeenschappelijk schema; deze fiches vormen een theoretische en praktische gids voor de ambtenaren van de burgerlijke stand. De hoofdactiviteit van de CIEC ligt thans op het gebied van de voorbereiding van internationale overeenkomsten. Tot nu toe werden er zeventien ondertekend waarvan er vijftien van kracht zijn. Ze hebben betrekking op de akten van de burgerlijke stand, de afstamming, de naam, de nationaliteit, het huwelijk, het overlijden, de echtscheiding, de scheiding van tafel en bed en de nietigverklaring van het huwelijk. België heeft slechts vijf van deze overeenkomsten geratificeerd.

In de namiddag had dan een paneelgesprek plaats o.l.v. prof. G. van Hecke. Er ontstond een vruchtbare discussie waarbij heel wat meningsverschillen tussen eensdeels de parketten en de auteurs en anderdeels de administratie van Justitie aan het licht kwamen. Het slotwoord werd uitgesproken door prof. J. Pauwels, die enkele suggesties richt tot de wetgever, het departement van justitie en de parketten-generaal.

Patrick Senaevé

BERICHTEN

Europa, Problemen en Perspectieven

Met het oog op de eerste Europese verkiezingen worden te Antwerpen vijf lezingen georganiseerd door het Europees Studie- & Informatiecentrum V.Z.W. (ESIC) en de Bank Brussel Lambert.

Het programma luidt:

Dinsdag 27 februari 1979

Hans De Belder, ambassadeeraad, kabinetschef van de Belgische Permanente vertegenwoordiging bij de E.G., «België in de Europese Economische Gemeenschap»;

Ludo Dierickx, beheerder ESIC, «De betekenis van de Europese verkiezingen van 20 juni 1979»;

Inleider: B. Peelman, directeur Bank Brussel Lambert.

Dinsdag 6 maart 1979

Prof. dr. Marcel Storme, senator, gewoon hoogleraar R.U.G., «Het geruisloze Europa: dat der rechters»;

Inleider: H. Bonjé, voorzitter raad van beheer ESIC.

Dinsdag 20 maart 1979

Jacques van Ypersele de Strihou, kabinetschef van het Sociaal-Economisch Kabinet van de eerste minister, voorzitter van het Europees Monetair Comité, «Het Europese Economische en Monetair Stelsel (E.M.S.): recente evoluties»;

Inleider: R. Maes, ondervoorzitter ESIC.

Dinsdag 27 maart 1979

Prof. Walter Van Gerven, gewoon hoogleraar K.U.L., «De Europese wetgeving inzake mededinging en misbruik van economische machtsposities»;

Inleider: D. Cardon de Lichtbuer, voorzitter ESIC.

Dinsdag 3 april 1979

Willy Claes, minister van Economische Zaken, «Van een nationale naar een Europese industriële politiek»;

Inleider: H. Uytendaele, ondervoorzitter ESIC.

Deze vijf studie- en discussieavonden vormen een geheel en geven de deelnemers de gelegenheid zich vertrouwd te maken met belangrijke aspecten van de Europese eenwording. De behandelde probleemgebieden worden gezien in het licht van de Europese verkiezingen van 10 juni 1979.

De lezingen hebben plaats in de lokalen van de Bank Brussel Lambert, Lange Gasthuisstraat 20 te Antwerpen. Aanvang telkens te 20 uur. Aan de deelnemers wordt door het ESIC een basisdocumentatie overhandigd. De uiteenzettingen worden gevolgd door een gedachtenwisseling met de redenaars. Na afloop van de lezingen wordt door de bank een drink aangeboden.

Voor verdere inlichtingen kan men steeds terecht op het ESIC; Twaalfmaandenstraat (Handelsbeurs), 2000 Antwerpen, telefoon 031/31.22.66.

Nederlandse Vereniging voor Procesrecht

Op 29 januari 1979 werd te Utrecht de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht opgericht.

Teneinde tot een regelmatige en gecoördineerde uitwisseling van gedachten op het gebied van het Burgerlijk Procesrecht en de Rechterlijke Organisatie in Nederland te komen, is in 1978 door de initiatiefnemers een enquête gehouden tijdens de jaarvergaderingen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Nederlandse Juristen-Vereniging en Nederlandse Orde van Advocaten, die een groot aantal positieve reacties heeft opgeleverd, waarna tot oprichting van de Vereniging is overgegaan.

Het doel van de Vereniging is het bestuderen van en uitdragen van kennis over onderwerpen van burgerlijk en administratief procesrecht en van rechterlijke organisatie in nationaal en internationaal verband, zowel in praktijk als in theorie.

Het Bestuur stelt zich voor tenminste éénmaal per jaar een belangwekkend procesrechtelijk onderwerp aan de orde te stellen, inleiders uit te nodigen en andere bijeenkomsten te organiseren waar onder meer gediscussieerd kan worden over vernieuwing van het procesrecht en rechterlijke organisatie, van te behandelen onderwerpen publicaties te verzorgen en in de toekomst zo mogelijk de organisatie van een internationaal congres voor te bereiden.

De eerste bijeenkomst van de Vereniging zal plaatsvinden op zaterdag 31 maart a.s. om 10.00 uur in het Jaarbeurscongrescentrum te Utrecht, alwaar Mr. J.M. Polak (lid van de Raad van State) een inleiding zal houden getiteld: «Burgerlijke Rechtspraak en AROB-Rechtspraak. Een Vergelijking.»

Belangstellenden voor deze bijeenkomst, die zich als lid willen opgeven, kunnen zich wenden tot de Secretaris, Mr. B.J. Van Heyst, Maliesingel 16b, 3581 BD Utrecht, tel. 030/33 42 02.

Internationaal en interdisciplinair congres over menselijke schade te Antwerpen.

Van 30 april t/m 2 mei 1979 vindt te Antwerpen een internationaal en interdisciplinair congres plaats over: «Menselijke schade». De organisatie van het congres berust bij de departementen rechten en geneeskunde van de Universiteiten Antwerpen met de medewerking van: Collegium Europaeum pour l'étude du dommage corporel; Belgische Vereniging voor verzekeringsraadsgenesheren; Société française de dommage corporel; Wetenschappelijke vereniging voor verzekeringsgeneeskunde; Société française de médecine légale et d'hygiène du travail; Centre de documentation sur le dommage corporel; Nederlandse vereniging voor verzekeringsgeneeskunde; Société française de médecine d'assurance; Duitse vereniging voor verzekeringsgeneeskunde; Europese vereniging voor verzekeringsgeneeskunde; Nederlandse Vereniging voor arbeidsdeskundigen; Belgische Vereniging van verzekeringsondernemingen; Gehandicaptenraad (Nederland); Stichting Nederlandse Minder-Validen; Vlaamse Wetenschappelijke Vereniging voor Arbeidsgeneeskunde; Europees Instituut voor Sociale Zekerheid; Association Nationale des médecins spécialistes dans l'appréciation du dommage corporel.

De behandelde thema's zijn : Evaluatie van menselijke schade, Revalidatie van minder-validen, Medische vooruitgang en medische expertise, Harmonisering der verzekeringsrisico's.

De officiële talen van het congres zijn het Nederlands, het Frans, het Engels en het Duits.

Nadere inlichtingen zijn te verkrijgen bij het Departement Rechten, U.I.A. (tel. 031/28.25.28).

TIJDSCHRIFTEN

Jura Falconis

Vol. XV 1978/79. Nr 1

Georges Anthoon en Rudy Ruelens, Bedrijfsbezetting of macht en onmacht in de sociale strijd—Eric Dirix, Pluraliteit van verzekeringen in de W.A.M. (wet van 1 juli 1956, inzake de verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen)—Werner F. Bauwens, Het prejudicieel beroep bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen of «Wer Gemeinschaft sagt, sagt Einheit»—Joan Dubaire, Het principe van het monetair nominalisme—Danny Pieters, Tussen groen en rood : uitspraken van de corte contituzionale—Patrick De Ceuninck, Juridische argumentatie van de theorie van de onvoorziene omstandigheden—Boekbesprekingen.

Verzameling der Arresten van de Raad van State

okt-nov-dec. 1977

Rechtspraak.

Belgische Rechtspraak in Handelszaken

hg. 11. maart-april 1978. Nr 3-4.

hg. 11. juli-aug-sept-okt. 1978. Nr 7-8-9-10

Rechtspraak.

Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht

hg. 33. nov-dec. 1978. Nr 6

J. Delva, Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de Grondwet—J.R. Stellinga, De Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden—Prof. H. Van Impe, Presidentiële tendenties in het Belgisch parlementarisme—G. Colebunders, De cultuurraden en het onderwijs—Kronieken—Rechtspraak.

Tijdschrift voor Gemeenterecht

hg. 30. okt. 1978

Rechtspraak.

De Gemeente

hg. 53. nov. 1978. Nr 11

J.M. Leboutte, De gemeenten en de organisatie van de brandbestrijding—E. Stroobants, Subsidieringsmogelijkheden van gemeentewerken in het Vlaams gewest—R. Maes, De gemeente en de verenigingen zonder winstoogmerk.

hg. 53. dec. 1978. Nr 12

R. Maes, De gemeente en de verenigingen zonder winstoogmerk—Fr. Vanden Brande, Nieuwe humusbronnen—J. Verhasselt, Verzorg Uw taal.

Tijdschrift voor de Vrederechters

hg. 87. nov. 1978. Nr 11

Rechtspraak.

Limburgs Rechtsleven

hg. 4. 1978. Nr 4

A. Vandeuren, De fiscale behandeling van onderhoudsuitkeringen—Burgerlijk recht—Handelsrecht—Sociaal recht—Strafrecht.

Case Summary

15 december 1978

1 januari 1979.

Rechtspraak.

Info-Jura

hg. 5, sept-okt. Nrs 7-8

hg. 5. nov. 1978. Nr 9.

Rechtspraak—Rechtsleer.

Leefmilieu

hg. 1 nov. 1978. Nr 6

In memoriam Leo Cappuyns—Inventaris Milieuonderzoek en Milieuformatie—In de kijker ... B.I.R. — Jeugdactie Natuurbescherming en Landschapsozorg 1979—De onderneming en haar milieuvergunningen (vervolg) ...

Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht (Mededelingenblad)

hg. 1. dec. 1978. Nr 4.

Rechtsleer—Rechtspraak.

Journal des Tribunaux

hg. 93. 9 dec. 1978. Nr 5061.

J. Autenne, Analyse de la loi du 27 décembre 1977 adaptant le Code belge de la T.V.A. à la sixième directive de la C.E.E.—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

hg. 93. 16 dec. 1978. Nr 5062.

Gérard Leroy, Vie privée et droit de la presse—Anne-Marie Stranart, Du délai de comparution de l'article 1057, 7° du Code judiciaire—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

hg. 93. 23 déc. 1978. Nr 5063

G. Blondeel, Réflexions sur la formation et le recrutement des magistrats—Jean Detienne, L'accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

hg. 93. 30 déc. 1978. Nr. 5064

Tables des matières parues au cours de l'année 1978.

hg. 94. 6 janvier 1979. Nr 5065

Francis Poelman, Une année de divorces par consentement mutuel à Bruxelles : éléments statistiques et commentaires—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

Revue du Notariat Belge

hg. 104. Nov. 1978. 2669e livraison

Frédéric Speth, L'entreprise d'une personne et l'ordre public international belge—Jurisprudence.

Recueil Général

Tome 127. dec. 1978. Nrs 22316 à 22324.

Droit civil—droit notarial—droit fiscal.

Tome 128. Janvier 1979. Nrs 22325 à 22332.

Droit civil—droit notarial—droit fiscal.

Droit familial

1978. Nr. 4

Marie Wolfcarius, De l'indisponibilité de l'état et de la filiation—Patrick Senaev, La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l'alliance—Jurisprudence.

Revue Générale des Assurances et des Responsabilités

hg. 51. nov. 1978. Nr 9

Rechtspraak.

Revue de Droit Pénal et de Criminologie

hg. 58. Juillet 1978. Nr 7

Commission pour la révision du code pénal—Rapport sur l'état des travaux—juin 1978—B. Warlier et Ed. Janssens, L'assurance-rançon : garantie individuelle ou risque social ? Chronique—Jurisprudence.

hg. 58. août-sept-okt. 1978. Nrs 8-9-10

J. Leclercq, Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation—Informations—Revue—Jurisprudence.

Mouvement Communal

hg. 60. nov. 1978. Nr 11

J.M. Leboutte, Les communes et l'organisation de la lutte contre l'incendie—N. de Romrée, La scolarisation des enfants immigrants—G. Latour, Chronique «fusion de communes» —G. Latour, Le coin du financier et du fiscaliste.

Journal de Droit Fiscal

juillet-août 1978.

Jurisprudence.