

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

NOGMAALS OVER HET MORELE BESTANDEEL VAN HET MISDRIJF

1. Het morele bestanddeel van het misdrijf of het probleem van de schuld is een van de moeilijkste en meest omstreden hoofdstukken van het strafrecht¹. Nadat de «klassieke leer» bijna een eeuw lang de rechtsleer had overheerst, werd in 1952 in haar betrekkelijk stil geworden wateren een hevige deining veroorzaakt door de baanbrekende studie van prof. R. Legros². Deze deining is nog niet geluwd, en het probleem heeft zijn controversieel karakter nog steeds niet verloren. Om zich hiervan te overtuigen hoeft men slechts vast te stellen dat, op enkele basisopties na, op dit punt geen eenstemmigheid kon worden bereikt in de Commissie voor de herziening van het Strafwetboek³. Een van deze basisopties, nl. dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel zal worden beperkt tot de opzettelijke misdrijven, werd door prof. Legros hevig aangevalen⁴. Andere aspecten van het probleem, zoals b.v. dat van het «eventueel opzet» werden in deze kolommen uitvoerig belicht door de advocaat-generaal W. Brosens⁵, wiens opvattingen ter zake lijnrecht staan tegenover die van prof. J. Verhaegen⁶.

2. Het ligt in mijn bedoeling in deze bijdrage de belangrijkste punten uit het debat te onderzoeken met de wellicht vermetele ambitie te trachten wat meer klaarheid rond het probleem te scheppen. M.i. kan de tegenstelling tussen de aangehaalde basisoptie van de Commissie en het standpunt van prof. Legros overbrugd worden, op voorwaarde dat elke twijfel omtrent de werkelijke draagwijdte van het beginsel «geen strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder

opzet» wordt opgeheven. In de controverse tussen de advocaat-generaal Brosens en prof. Verhaegen zou ik duidelijk stelling willen nemen in het voordeel van de constructie van het eventueel opzet. Ik wil hierbij van meet af aan niet verhelen dat ik inspiratie heb gevonden in de Duitse en in de Oosteuropese rechtsleer⁷. Alvorens eigen standpunten te formuleren zal ik echter zeer kort de toestand van ons positief strafrecht, de «klassieke leer», de leer van prof. Legros en de tijdens en naar aanleiding van de werkzaamheden van de Commissie voor de herziening van het strafwetboek ontbrande discussies onder de loop moeten nemen.

3. Het lijkt geen twijfel dat vele moeilijkheden m.b.t. het probleem van het moreel bestanddeel van het misdrijf rechtstreeks hun oorsprong vinden in de onvolkomenheden van ons positief strafrecht en meer bepaald van het Strafwetboek van 1867. Ik zal mij ertoe beperken de belangrijkste hiervan op te sommen.

Ten eerste bevatten sommige delictsoomschrijvingen een moreel bestanddeel, andere niet. Bij gebrek aan algemene bepalingen betreffende de schuld (op Sw., art. 71 na) laat dit het probleem welke schuldvorm vereist is wanneer de wettekst geen moreel bestanddeel vermeldt, volledig in het duister. Een of andere vorm van schuld is nochtans vereist, want er is geen strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder schuld⁸.

Ten tweede wordt geen algemene bepaling gegeven van de fundamentele begrippen «opzet» en «nalatigheid»: ze worden slechts omschreven in het bijzonder gedeelte van het Strafwetboek in verband met de misdaden en wanbe-

¹ J. BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Bielefeld, 1977, p. 379.

² R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Luik 1952; *Opzet*, A.P.R., Brussel, 1959.

³ *Verslag over de voornaamste grondslagen van de hervorming*, Ministerie van Justitie, Brussel, juni 1979.

⁴ R. LEGROS, «Observations sur le rapport de juin 1979 de la Commission pour la révision du Code pénal», *J.T.*, 1980, 17-25.

⁵ W. BROSENS, «Het morele bestanddeel der misdrijven en het toekomstige Strafwetboek», *R.W.*, 1978-79, 1809-1834.

⁶ J. VERHAEGEN, «Le dol éventuel et sa place en droit pénal belge», in *Liber amicorum Bekaert*, Gent, 1977, pp. 437-452.

⁷ B.v. Duitse Bondsrepubliek: J. BAUMANN (zie noot 1); D.D.R.: G. BRUNNER, *Einführung in das Recht der D.D.R.*, Beck, München, 1975; Polen: W. SWIDA, *Prawo karne* (Strafrecht), Warschau, 1978; J. BAFIA, K. MODIUSKI en M. SIEWIERSKI, *Kodeks Karny, Komentarz* (Strafwetboek, commentaar), Warschau, 1977; U.S.S.R.: A.A. PIONTKOVSKII, *Koers sovetskogo oegolovnogo prava* (Leergang van Sovjetstrafrecht), Moskou, 1970, deel II, Het misdrijf.

⁸ A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Brussel, 1899, p. 169, nr. 285.

drijven tegen de personen (Sw., art. 392; art. 418). De definitie van deze begrippen m.b.t. een bepaalde categorie van misdrijven geeft aanleiding tot moeilijkheden om tot een algemene, voor alle misdrijven geldige omschrijving van «opzet» en «nalatigheid» te komen.

Ten derde zijn deze moeilijkheden in belangrijke mate te wijten aan de omstandigheid dat de oorspronkelijke Franse tekst van het strafwetboek voor de begrippen «opzettelijk» en «onopzettelijk» de termen «volontaire» en «involontaire» heeft gebezigd, waarvan de dubbelzinnigheid bij herhaling is onderstreept⁹. De vervanging van de termen «vrijwillig» en «onvrijwillig» door «opzettelijk» resp. «onopzettelijk» in de officiële Nederlandse vertaling heeft het probleem echter niet volledig uit de wereld geholpen, aangezien de Franse tekst met zijn dubbelzinnige terminologie van kracht blijft en de franstalige rechtsleer in ons land blijft beïnvloeden.

De kern van de moeilijkheid die uit deze toestand voortvloeit is m.i. het volgende. Door de dubbelzinnige term «volontaire» te gebruiken was de wetgever verplicht deze te expliciteren door er een door de klassieke leer zogenaamd «gans bijzonder opzet» aan toe te voegen: b.v. in Sw., art. 392 «met het oogmerk om een persoon aan te randen» en in Sw., art. 393 «met het oogmerk om te doden». Welnu, als men de door de Commissie vooropgestelde bepaling van opzet aanvaardt als de «wil die positief gericht is op het verrichten van het strafbaar feit»¹⁰ is deze toevoeging volkomen overbodig. Bij gevolgsmisdrijven zoals doding behoort de dood van het slachtoffer tot de objectieve, materiële elementen van het misdrijf, zodat het opzet automatisch de wil om dit gevolg te verwezenlijken insluit. Schreef ook Prins niet dat «dit opzet (d.w.z. dat van Sw., artt. 392-393) door onze rechtsleer traditioneel 'bijzonder opzet' wordt genoemd, maar in werkelijkheid niets anders is dan het rechtstreekse opzet om te doen wat de wet verbiedt, nl. te doden»¹¹.

Deze vaststelling is, zoals verder zal blijken, van het grootste belang voor de toepassing van het eventueel opzet m.b.t. misdaden en wanbedrijven tegen personen.

4. Hieruit volgt reeds dat het zogenaamd «gans bijzonder opzet» van de klassieke leer, althans wat betreft de misdrijven van Sw., art. 392 e.v. een volledig overbodige en kunstmatige constructie is. Opzettelijk doden houdt immers automatisch «het oogmerk om te doden» in.

Een gelijkaardige opmerking kan terloops gemaakt worden m.b.t. het subtiële onderscheid van de klassieke leer tussen het «bijzonder opzet» («bedrieglijk», «kwaadwillig», enz.) en het «gans bijzonder opzet» («met het oogmerk om, ten einde...»). Aangezien de termen waardoor de wet het «bijzonder opzet» uitdrukt doorgaans door de rechtsleer geïnterpreteerd worden door te verwijzen naar een of ander oogmerk (b.v. Sw., art. 461: «bedrieglijk» betekent «met het oogmerk om zich toe te eigenen», of zelfs alleen maar om de eigenaar te schaden) is er eigenlijk geen enkel kwalitatief onderscheid tussen wat door de klassieke leer «bijzonder opzet» en «gans bijzonder opzet» wordt genoemd, behalve in de uitzonderlijke gevallen waarin het «gans bijzonder opzet» uit een bepaalde beweegreden

(winstbejag b.v.) bestaat, en dan nog, want wat is winstbejag anders dan het oogmerk om zich te verrijken?

De meest pertinente kritiek van de klassieke leer slaat echter op de constructie van het «algemeen opzet» en op de stelling dat deze opzetvorm, bij gebrek aan een «bijzonder» of «gans bijzonder opzet», vereist zou zijn voor misdaden en wanbedrijven, hetgeen dan tot gevolg zou hebben dat overtredingen en zgn. «wanbedrijven met het kenmerk van overtreding» louter materiële misdrijven zouden zijn. De kritiek op deze stelling van de klassieke leer werd op overtuigende en meesterlijke wijze geleverd door prof. Legros¹².

Terloops zou ik willen wijzen op de inconsequente manier waarop de rechtspraak soms van het begrip «algemeen opzet» gebruik maakt. Als men de gebruikte terminologie wil geloven geldt het een vorm van opzet. Welnu, indien misdrijven zoals openbare zedenschennis (Sw, art. 385) en desertie (Mil. Sw., art. 45 e.v.) bij gebrek aan een «bijzonder opzet» slechts algemeen opzet vergen¹³, waarom worden er dan veroordelingen uitgesproken wanneer het gevolg dat de wet door deze strafbaarstellingen wil sanctioneren (zedenschennis, ongewettigde afwezigheid uit de eenheid gedurende een bepaalde termijn) tot stand wordt gebracht door een loutere nalatigheid¹⁴?

5. De opvatting van prof. Legros volgens welke handelen met «algemeen opzet» niets anders is dan ongedwongen handelen met het oordeel des onderscheids, m.a.w. bij afwezigheid van schuldopheffingsgronden m.b.t. de wil en de kennis, alsmede zijn verwerping van het begrip «materiële misdrijven», d.w.z. misdrijven waarvoor geen moreel bestanddeel zou worden vereist, is m.i. volledig gegrond.

De stelling daarentegen volgens welke bij misdrijven waarvoor de wet geen «bijzonder opzet» vereist het moreel bestanddeel in het plegen van het misdrijf zelf zou liggen («schuld door wetsovertreding») lijkt mij onaanvaardbaar. In de praktijk wordt hierdoor immers het begrip «materieel misdrijf» door een achterpoortje terug ingevoerd. Ik weet dat prof. Legros op grond van een spitsvondige redenering ontkent dat hij door het door hem gesmeed begrip «schuld door wetsovertreding» een vermoeden van schuld in het leven zou hebben geroepen¹⁵, maar de praktijk bewijst het tegendeel. Wordt in een in het verslag van de Commissie aangehaald cassatiearrest, dat door de leer van prof. Legros geïnspireerd zou zijn, niet gezegd:

«Overwegende dat uit de wettelijke omschrijving van het misdrijf zelf blijkt dat dit geen bijzonder opzet vereist, waaruit volgt dat de wet aan de materiële handeling die het misdrijf uitmaakt, het vermoeden van schuld verbindt, onverschillig of de handeling uit nalatigheid dan wel uit opzet voortkomt en behoudens het geval van overmacht, dan niet aanwezig is¹⁶.»

¹² LEGROS, *op. cit.* (noot 2).

¹³ Voor openbare zedenschennis zie Cass., 30 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1214.

¹⁴ BROSENS, *op. cit.*, kol. 1810 en noot 5.

¹⁵ LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, pp. 328-329.

¹⁶ Cass., 30 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 369; cf. m.b.t. desertie Cass., 3 januari 1972, *Pas.*, 1972, I, 423: «Bij het verstrijken van de termijnen bepaald door art. 45 van het Militair Strafwetboek is het misdrijf voltrokken en wordt de schuld van de beklaagde wettelijk vermoed.»

⁹ BROSENS, *op. cit.*, kol. 1811.

¹⁰ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, Verslag juni 1979, p. 58.

¹¹ PRINS, *op. cit.*, p. 173, nr. 292.

Tegen deze stelling zou ik twee argumenten willen aanvoeren:

Ten eerste lijkt mij een wettelijk vermoeden van schuld dat zou voortvloeien uit het louter plegen van de materiële bestanddelen van een misdrijf, regelrecht in strijd met het vermoeden van onschuld dat krachtens art. 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ons strafrecht moet beheersen.

Ten tweede toont de praktijk aan dat in alle misdrijven waarvoor de wet geen moreel bestanddeel vereist, desondanks steeds, tenzij er een schuldopheffingsgrond is, een of andere concrete schuldvorm aanwezig is, nl. opzet of nalatigheid. Prof. Legros schrijft «dat het een fout is de wet te schenden zonder gerechtvaardigd te zijn¹⁷». Ik kan het daarmee niet eens zijn. Het schenden van de wet, d.w.z. het verwezenlijken van de materiële elementen van de wetsomschrijving, kan ook door een krankzinnige of b.v. ten gevolge van overmacht plaatshebben: fout is er echter maar wanneer 1^o de dader schuldbekwaam is (d.w.z. niet krankzinnig, noch strafrechtelijk minderjarig) en wanneer 2^o vaststaat dat *het opzet of de nalatigheid* waarmee hij heeft gehandeld niet door enige schuldopheffingsgrond wordt uitgeschakeld. De enkele afwezigheid van enige schuldopheffingsgrond vormt echter *op zichzelf* nog geen moreel bestanddeel. De ervaring toont immers aan dat de rechtbanken wel veroordelingen uitspreken wegens openbare zedenschennis, desertie, verkeersovertredingen en dgl. meer zonder zich wat de kwalificatie van het misdrijf betreft om het moreel bestanddeel te bekommeren, aangezien dit door de wet niet uitdrukkelijk wordt vereist, maar ieder rechter weet dat desondanks de feiten ofwel uit nalatigheid ofwel met opzet werden gepleegd en hij houdt er bij de straftoemeting bewust of onbewust rekening mee.¹⁸

De schuld ligt bijgevolg, in de aangehaalde voorbeelden, *niet in de wetsovertreding zelf maar in het opzet of de nalatigheid waarmee deze is gepleegd*. Alleen heeft de wetgever, door zich ervan te onthouden enig moreel bestanddeel in de desbetreffende wetsomschrijvingen op te nemen, zijn bedoeling te kennen gegeven deze misdrijven te laten bestraffen, *ongeacht de aard van het moreel bestanddeel* dat bij de dader aanwezig was.

Deze onverschilligheid van de wetgever t.a.v. het moreel bestanddeel van een aantal misdrijven kan vermoedelijk verschillende oorzaken hebben. Wellicht is hij van oordeel geweest dat men onmogelijk van de rechter kan verwachten dat hij zich telkens in het moreel bestanddeel van het misdrijf gaat verdiepen: dit zal wel het geval zijn bij de meeste overtredingen en inbreuken op het ordeningsstrafrecht. In andere gevallen is hij misschien van oordeel geweest dat het misdrijf zo zwaar is dat het in ieder geval bestraft moet worden, ongeacht of het met opzet of uit nalatigheid is gepleegd (openbare zedenschennis, desertie, enz.), zonder dat hij het nochtans noodzakelijk heeft geoordeeld een onderscheid in de straf naar gelang van het moreel bestanddeel te maken. In die gevallen kan de rechtbank ermee

volstaan vast te stellen dat de dader ongedwongen en met het oordeel des onderscheids heeft gehandeld, m.a.w. dat er geen schuldopheffingsgronden aanwezig zijn.

6. Toch zou ik ervoor willen pleiten dat de rechtbanken niet systematisch genoeg zouden nemen met deze vaststelling, maar dat ze in de mate van het mogelijke zouden trachten de juiste schuldvorm te achterhalen, zelfs wanneer de wet zich vergenoegt met een ongedwongen en bewuste gedraging. Inderdaad:

Ten eerste vormt de ongedwongen gedraging, met het oordeel des onderscheids, slechts de *onderste drempel* vanaf welke schuld mogelijk is, het noodzakelijke fundament waarop de schuld in concreto kan worden opgebouwd. *De schuld zelf* ligt in het opzet of in de nalatigheid. Deze schuld *moet bewezen worden* (Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, art. 6). Ook Haus schrijft: «Le dol doit être prouvé, il ne se présume point; les éléments du dol sont des actes internes qui ont besoin d'être constatés, aussi bien que les faits extérieurs¹⁹». Hieruit volgt dat als er geen opzet kan worden aangetoond, de rechter ervan zal moeten uitgaan dat het misdrijf uit nalatigheid is gepleegd en zich in de straftoemeting daarnaar zal moeten richten.

Ten tweede is dit bewijs niet alleen nodig omdat men anders praktisch uitgaat van een vermoeden van schuld, hetgeen onaannvaardbaar is²⁰, maar eveneens om tot een aangepaste straftoemeting te komen. Indien men de strafbaarheid principieel tot de opzettelijke gedragingen wil beperken, dan is de reden daarvan immers dat men degene die met doelgerichte wil misdrijven pleegt sociaal gevaarlijker acht dan degene die slechts uit nalatigheid handelt.

Ten derde zou ik in dezelfde gedachtengang willen wijzen op iets dat mij in het huidige stelsel als ongerijmd voorkomt. Men kan vanzelfsprekend van de politierechter niet verlangen dat hij ieder persoon die een verkeersovertreding pleegt, op hart en nieren zou beproeven om zich ervan te overtuigen of deze overtreding aan opzet dan wel aan nalatigheid toe te schrijven is. Wanneer echter een verkeersovertreding in ideale samenloop plaats heeft gehad met een zwaarder misdrijf, zoals slagen en/of verwondingen of, a fortiori, doding, dan *moet* m.i. nagegaan worden of de verkeersovertreding met opzet of uit nalatigheid is gepleegd. Indien het openbaar ministerie geen opzet kan bewijzen, zal de rechter vanzelfsprekend — in dubio pro reo — veroordelen op grond van Sw., artt. 418-420. Indien de verkeersovertreding echter met opzet is gepleegd (b.v. bewust roekeloos rijden om tot elke prijs, zelfs ten koste van andermans leven, ergens op tijd aan te komen; opzettelijke alcoholintoxicatie), dan zijn de slagen of verwondingen of de doding aan *eventueel opzet* toe te schrijven en zou de dader wegens opzettelijke slagen of verwondingen of doding moeten kunnen worden veroordeeld. Recente gevallen uit de praktijk tonen aan dat deze oplossing met het rechtsbewustzijn van de bevolking overeenstemt²¹.

¹⁷ LEGROS, «Observations», p. 19.

¹⁸ De Amerikaan Justice Oliver Wendell Holmes schreef in dat verband: «Zelfs een hond maakt het onderscheid indien men gewoon over hem struikelt of hem een schop geeft». Zie Law in America, How and why it works, Bantam/Britannica Books, N.Y., 1979, blz. 95.

¹⁹ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, Gent, 1874, p. 230 nr. 319.

Zie ook de citaten van HAUS en NYPELS in p. 60 van het verslag van de commissie.

²⁰ Cf. s. 5.

²¹ Het Brussels weekblad «Pourquoi Pas?» schreef op 8 november 1979: «Un père de trois enfants a été assassiné, la se-

Ik geef toe dat dit in het huidig stelsel niet verwezenlijikbaar is, nu Sw., art. 392 e.v. het «gans bijzonder opzet» «met het oogmerk om een persoon aan te randen» resp. «te doden» inhoudt, maar juist daarom moeten deze bewoordingen, die, zoals boven is aangetoond, in het licht van de door de Commissie voor de herziening van het strafwetboek aangehouden bepaling van opzet volkomen overtoollig en pleonastisch zijn, uit de wettekst verwijderd worden.

7. Dit brengt ons tot het onderzoek van de verschillende schuldvormen. De rechtsleer van de duitstalige en Oost-europese landen omschrijft ze als volgt:

1^o *Rechtstreeks opzet* («dolus directus»): de dader stelt de daad met volle onrechtsbewustzijn, en hij wil ook de gevolgen ervan verwezenlijken. Indien deze daad *onvermijdelijke* nevengevolgen heeft, die ook een misdrijf uitmaken, neemt men aan dat het rechtstreeks opzet van de dader zich ook tot die gevolgen uitstrekt: b.v. indien de dader een bom plaatst aan boord van een vliegtuig om een welbepaald persoon te laten verongelukken, en alle inzittenden komen om het leven, dan wordt de dader geacht ook dit gewild te hebben, daar het het onvermijdelijk gevolg van zijn daad was.

2^o *Eventueel opzet* («dolus eventualis»): de dader stelt een daad die op zichzelf een misdrijf of ook geen misdrijf kan zijn, ongedwongen en met volle bewustzijn. Deze daad heeft echter mogelijke gevolgen, die een misdrijf uitmaken. De dader is zich van de onrechtmatigheid van deze gevolgen bewust, maar legt zich op voorhand neer bij het zich gebeurlijk verwezenlijken van die gevolgen, m.a.w. dat vooruitzicht doet hem helemaal niet afzien van de daad die hij oorspronkelijk wilde stellen: b.v. een huis in brand steken om zich op de eigenaar te wreken, en zich neerleggen bij het mogelijk gevolg dat erin bestaat dat een bedlegerige zieke in de brand omkomt.

3^o *Bewuste nalatigheid* (lichtzinnigheid of «luxuria»): de dader stelt de daad (misdrijf of geen misdrijf) met volle bewustzijn. Die daad heeft echter mogelijke gevolgen die een misdrijf uitmaken. De dader is zich daar wel van bewust, maar veronderstelt op lichtzinnige wijze dat die gevolgen zich wel niet zullen voordoen.

4^o *Onbewuste nalatigheid* («negligentia»): de dader stelt de daad zonder aan de gevolgen te denken. Hij heeft de gevolgen niet gewild, maar hij ze zelfs niet had voorzien. Daar ligt echter zijn schuld: hij kon ze voorzien, en had ze derhalve moeten voorzien, m.a.w. de verstrooidheid, de onachtzaamheid waarvan hij blijk heeft gegeven vormen de schending van een verplichting.

De schuld in de brede zin van het woord omvat de vier voormelde hypothesen. In de gevallen van «dolus directus» en «dolus eventualis» heeft men te doen met opzet («do-

lus»), in de gevallen van bewuste en onbewuste nalatigheid met nalatigheid of *schuld in de enge zin* («culpa»).

Dat deze verschillende schuldvormen geen «invention de savants» zijn^{21bis}, maar met reële hypothesen overeenstemmen die zich in het dagelijks leven kunnen voordoen, moge blijken aan de hand van het onderstaand voorbeeld, dat ik aan een Nederlands handboek voor elementair strafrecht ontleen:

opzet	1 bedoeling:	de automobilist wilde de voetganger doden (omdat hij een hoge levensverzekering op diens leven had gesloten): moordlust
	2 zekerheidsbewustzijn, noodzakelijkheidsbewustzijn:	De automobilist dacht: al bedoel ik de dood van de voetganger niet, als ik nu niet hard rem, weet ik zeker, dat ik hem doodrijd (en hij remde niet): ongeremde agressiviteit
	3 mogelijkheidsbewustzijn, voorwaardelijke opzet:	de automobilist weet, dat als hij niet hard remt, de voerganger best eens onder zijn auto kan komen; het interesseert hem echter niet; ook al zou hij die zekerheid gehad hebben, hij zou niet hebben geremd: verregaande onverschilligheid
schuld in enge zin	4 bewuste schuld:	de automobilist heeft wel aan de mogelijkheid gedacht dat hij door niet te stoppen, de voetganger zou kunnen doden. Had hij zeker geweten dat hij de voetganger zou overrijden, dan had hij gestopt: nonchalance
	5 onbewuste schuld, laakbaarheid:	de automobilist heeft er helemaal niet aan gedacht dat hij de voetganger zou kunnen doodrijden, maar dat kwam doordat hij niet oplette; hij had eraan moeten denken: onnadenkendheid. ²²

De afbakening van de verschillende schuldvormen is vanzelfsprekend een kiese aangelegenheid. G. Brunner geeft b.v. voor de D.D.R. dat de afbakeningsmoeilijkheden tussen het eventueel opzet en de bewuste nalatigheid zeer reëel zijn^{22bis}. In de Poolse rechtsleer stelt men als vuistregel dat, indien de dader van de daad zou hebben afgezien indien hij de zekerheid zou hebben gehad dat de gevolgen zich zouden voordoen, er sprake is van bewuste nalatigheid; indien hij er niet van zou hebben afgezien, is er eventueel opzet²³.

Moet men echter wegens deze moeilijkheden alle pogingen opgeven om tot een zo nauwkeurig mogelijke afbakening van de schuldvorm, en, daarop steunend, van de straftoemeting te komen? Ik geloof van niet. Zijn andere morele elementen zoals voorbedacht, bepaalde door de wet als «gans bijzonder opzet» vereiste beweegredenen en doelstellingen altijd zo gemakkelijk te bewijzen? Het komt mij voor dat, wat een scherpzinnig Nederlands rech-

^{21bis} Brosens, *op cit.*, kol. 1813.

²² N.E. ALGRA en H.C.J.G. JANSSEN, *Elementair strafrecht*. Alphen aan den Rijn, 1977, p. 42

^{22bis} BRUNNER, *op cit.* p. 185.

²³ BAFIA, MODIUSKI en SIEWIERSKI, *op cit.*, p. 32.

maine dernière, en plein jour, à Bruxelles. Son assassin ne passera pas en cour d'assises: c'est un automobiliste, qui, brûlant un feu rouge, l'a renversé et tué à un carrefour en pleine ville. Roulant bien au-delà des 60 à l'heure autorisés, le chauffard avait encore accéléré un peu pour passer lorsqu'il avait vu, de loin, les feux du carrefour passer au jaune...» In de Sovjetunie werd de bestuurder van een vrachtwagen, die in staat van dronkenschap acht personen had doodgereden, ter dood veroordeeld en terechtgesteld. Ik pleit zeker niet voor deze laatste oplossing, maar de maximumgevangenisstraf van twee jaar voor zgn. «onopzettelijke doding» komt mij toch als al te mild voor.

ter moet kunnen²⁴ ook van een scherpzinnig Belgisch rechter kan worden verwacht.

8. De vermelding van het «eventueel opzet» als schuldvorm roept onvermijdelijk de controverse tussen W. Brosens en J. Verhaegen op. Brosens brengt een reeks argumenten naar voren tegen het begrip «eventueel opzet», dat verdedigd wordt door Verhaegen²⁵. Voor Brosens is eventueel opzet moeilijk te bewijzen; de uitdrukking «aanvaarden van de mogelijkheid van de gevolgen» is dubbelzinnig; in het buitenland worden er van het begrip variërende definities gegeven; er zou verwarring zijn tussen «dolus praeterintentionalis» en eventueel opzet; het aanvaarden van eventueel opzet zou ongewenste gevolgen hebben; uiteindelijk zouden er dan drie vormen van opzet zijn: gewoon opzet, eventueel opzet en algemeen opzet; het eventueel opzet zou een kunstmatige constructie zijn om opzet te voorzien waar het in feite niet aanwezig is; ten slotte is het begrip «eventueel opzet» geen begrijpelijke taal voor de rechtsonderhorige.

Tegenover de argumenten van Brosens zou ik het volgende willen stellen:

1^o Wat de moeilijkheid van de bewijsvoering betreft meen ik boven reeds mijn opvatting uitgedrukt te hebben. In ieder geval geldt bovendien de regel «in dubio pro reo»: waar geen eventueel opzet kan worden bewezen, zal men wegens nalatigheid veroordelen.

2^o In verband met de mogelijke verwarring m.b.t. de aard van de «aanvaarde» gevolgen lijkt het me evident dat het gaat om gevolgen die een misdrijf uitmaken, zelfs al is de gestelde daad «in se» geen misdrijf. Ik beschouw het niet als een euvel dat «de neiging zou kunnen ontstaan om als bestanddeel van het misdrijf van openbare zedenschennis te beschouwen de omstandigheid dat als resultaat van de handeling een getuige inderdaad geschokt werd»²⁶. Zoals dit misdrijf nu door de wet omschreven wordt gaat het duidelijk om een gevolgmisdrijf («in het openbaar de zeden te hebben geschonden door handelingen die de eerbaarheid kwetsen»), zodat het mij als totaal abusievelijk voorkomt dat de rechtspraak veroordelingen uitspreekt wegens handelingen die dit gevolg niet werkelijk teweeggebracht hebben, maar slechts naar hun aard geëigend waren om het te doen (a fortiori wanneer het niet gaat om handelingen, maar b.v. om een gewone houding).

3^o De variërende definities van eventueel opzet in de buitenlandse wetgevingen vormen m.i. evenmin een overkomelijk bezwaar. «In werkelijkheid», schrijft W. Seagle²⁷, is het beslissende element van de wetsomschrijving dat de dader een klaarblijkelijke minachting voor het leven van een ander mens» (of voor enig ander rechtsgoed F.G.) «aan de dag legt». Deze innerlijke onverschilligheid tegenover rechtsbelangen kan op verschillende wijzen geformuleerd worden, maar de kern van de zaak is duidelijk, zodat het wel mogelijk moet zijn een consensus over een passende formule te vinden.

4^o Wat de term «dolus eventualis» zelf betreft, kan ik de mening van Brosens delen: niet het opzet is eventueel,

maar wel het gevolg. Het betreft hier echter een stijlfiguur, nl. een metonymie, waarbij oorzaak en gevolg worden verward, in casu door aan de oorzaak een hoedanigheid («eventualis») toe te schrijven die aan het gevolg toekomt²⁸. Zoals andere stijlfiguren stemt dit niet met de regels van de logica overeen, maar aangezien het hier om een reële hypothese gaat²⁹, moet men deze werkelijkheid toch niet loochenen omdat men er traditioneel een wellicht ongelukkige benaming aan heeft gegeven. In de plaats van de door prof. Nieboer voorgestelde term «kansopzet»³⁰ zou ik overigens de term «bewust risico» verkiezen, daar het om een schuldvorm gaat die geen werkelijk opzet is — dat geef ik grif toe — maar die verdient ermee gelijkgesteld te worden voor de bestraffing omdat de dader die met «bewust risico» en niet uit loutere lichtzinnigheid handelt een bijna even grote minachting voor het rechtsgoed aan de dag legt als degene die het rechtstreeks aantast. De Russische rechtsleer spreekt daarom van «onrechtstreeks opzet»³¹.

5^o De verwarring tussen «dolus eventualis» en «dolus praeterintentionalis», ofschoon ze vaak wordt gemaakt, vooral door de Franse rechtsleer³², lijkt me eveneens gemakkelijk uit te schakelen. In het geval van «dolus praeterintentionalis» (ook al een ongelukkige term: «opzet dat verder gaat dan het opzet») slaat het opzet helemaal niet op het gevolg, m.a.w. de eventualiteit daarvan (b.v. de dood in het geval van Sw., art. 401) wordt door de dader niet onder ogen gezien, terwijl in het geval van eventueel opzet de dader er zich wel degelijk van bewust was dat hij door zijn daad het gevolg zou kunnen teweegbrengen.

6^o De ongewenste gevolgen die uit de aanvaarding van de constructie van het eventueel opzet zouden kunnen voortvloeien, vormen m.i. evenmin een overtuigend argument. Zoals ik reeds heb laten blijken, zou ik het integendeel toejuichen mocht de automobilist die bewust zware risico's neemt om b.v. aan een vervolging te ontsnappen en daardoor iemand doodrijdt, dank zij de constructie van het eventueel opzet wegens opzettelijke doding kunnen worden veroordeeld. Om dat doel te bereiken zou men echter, zoals boven reeds is aangetoond

— in de omschrijving van de opzettelijke doding moeten afzien van de pleonastische uitdrukking «met het oogmerk om te doden», nu deze in het begrip opzet als «doelgerichte wil» reeds begrepen is;

— eventueel opzet wat de straf betreft met rechtstreeks opzet gelijkstellen;

— aandacht gaan schenken aan de schuldvorm waarmee b.v. verkeersovertredingen worden gepleegd, wanneer deze de oorzaak vormen van zwaardere misdrijven, i.p.v. dergelijke overtredingen in feite altijd als louter materiële overtredingen te behandelen. Om vast te stellen dat de aanrijding in bovenvermeld geval met eventueel opzet werd gepleegd, moet tevens vastgesteld worden dat de verkeersovertreding niet aan nalatigheid, maar aan opzet toe te schrijven is. Het is vanzelfsprekend praktisch onmogelijk te verwachten dat de politierechter zich voor iedere geiso-

²⁴ HAZEWINKEL-SURINGA, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 7e druk, Groningen 1975, blz. 117-118.

²⁵ VERHAEGEN, *op. cit.*; BROSENS, *op. cit.*, kol. 1812-1822.

²⁶ BROSENS, *op. cit.*, kol. 1817.

²⁷ W. SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts*, 3. Auflage, Beck, München, 1967, p. 337.

²⁸ M.T. CICERO, *Ad. C. Herennium de ratione dicendi*, Liber IV, XXXII. 43.

²⁹ Cf. s. 7.

³⁰ NIEBOER, *Wetens en willens*, Arnhem, 1978, p. 5.

³¹ PIONTKOVSKII, *op. cit.*, p. 292.

³² Zie b.v. J.C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 5e ed., Parijs, 1977, p. 107, nr. 162.

leerde verkeersovertreding zonder erge gevolgen zou moeten gaan afvragen met welke schuldvorm ze werd gepleegd — vandaar dan ook dat de wet voor dergelijke overtredingen geen moreel element voorziet — maar wanneer die verkeersovertreding tot ernstige gevolgen aanleiding heeft gegeven, lijkt dit onderzoek mij onontbeerlijk. Of is het verkieslijk in dergelijke omstandigheden veroorzaakte ongevallen als normale risico's van het verkeer te beschouwen, onder voorwendsel dat de verzekering toch betaalt?

7° Het argument dat er te veel vormen van opzet zouden zijn («gewoon opzet», «eventueel opzet» en «algemeen opzet») valt weg als men de m.i. gegronde kritiek van prof. Legros tegen het begrip «algemeen opzet» aanvaardt en alleen «rechtstreeks opzet» en «eventueel opzet» behoudt.

8° Dat eventueel opzet een kunstmatige constructie zou zijn om het beginsel te kunnen handhaven dat misdrijven opzet vergen, lijkt me evenmin afdoend. Het is mogelijk dat men in bepaalde gevallen het begrip met dat doel heeft misbruikt, maar moet men het daarom overboord werpen, als toch vaststaat dat het met een reële hypothese overeenstemt? M.i. zou het volstaan dat de wet zou bepalen voor welke misdrijven opzet vereist is en voor welke nalatigheid als schuldvorm voldoende is, opdat van de constructie «eventueel opzet» geen misbruik meer zou kunnen worden gemaakt.

9° De noodzakelijkheid ten slotte om, ter wille van de begrijpelijkheid van de nieuwe strafwet, «fictieve constructies» als «eventueel opzet» te verbannen lijkt me alderminst evident. Het is helemaal niet nodig het begrip «eventueel opzet» als dusdanig in het wetboek op te nemen: er kan best een duidelijke omschrijving van worden gegeven, zoals b.v. art. 7, § 1, van het Poolse strafwetboek:

«Een misdrijf is opzettelijk wanneer de dader de bedoeling heeft het strafbaar feit te verwezenlijken, d.w.z. hetzij wanneer hij het rechtstreeks wil verwezenlijken, *hetzij wanneer hij de mogelijkheid van die verwezenlijking voorziet en zich hierbij neerlegt.*»

De formulering van het Poolse Strafwetboek is wellicht niet de beste, maar ze bewijst ten minste dat een dergelijke omschrijving met woorden van de dagelijkse omgangstaal het begripsvermogen van de doorsnee rechtsonderhorige niet overtreft. Wat nu het vakjargon van de juristen betreft, dat zal wel altijd voor hem ontoegankelijk blijven!

9. Uit al wat voorafgaat meen ik te mogen afleiden dat het beginsel dat voortaan principieel alleen de opzettelijke misdrijven tot strafrechtelijke aansprakelijkheid aanleiding zouden geven, toch nog eens grondig zou moeten worden overdacht. Ontegensprekelijk ligt het in de lijn van een strafrechtsopvatting waarbij de sociale gevaarlijkheid van de dader centraal staat. Desondanks zijn er m.i. tegen dat beginsel ernstige bezwaren.

Ten eerste staat vast dat in de moderne maatschappij, met al haar technische hulpmiddelen en de daaruit voortvloeiende gevaren, de onopzettelijke misdrijven veel meer schade aanrichten dan de opzettelijke. *Men zal bijgevolg in geen geval kunnen vermijden de belangrijkste rechtsgoederen strafrechtelijk te blijven beschermen, niet alleen tegen opzettelijke aantastingen, maar ook tegen aantastingen die het gevolg zijn van schuldige nalatigheid.*

Ten tweede is er de opwerping van prof. Legros volgens welke het beginsel «geen schuld zonder opzet» tot onontwarbare moeilijkheden zal leiden³³. Deze opwerping is m.i.

gerechtvaardigd en kan slechts op twee wijzen opgevangen worden.

Ofwel behouden we in het toekomstig strafwetboek een aantal wetsomschrijvingen zonder moreel bestanddeel. In deze gevallen zou een ongedwongen en met oordeel des onderscheids gepleegde handeling bij afwezigheid van schuldopheffingsgronden voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid volstaan.

Dit lijkt mij echter geen goede oplossing, want, afgezien van de onzekerheid die dan m.b.t. het zedelijk bestanddeel blijft bestaan, zal het met het oog op een verantwoorde straftoemeting altijd wenselijk zijn te trachten de juiste schuldvorm te achterhalen. Dit zal zelfs *onontbeerlijk* zijn, zoals boven is aangetoond, ingeval een misdrijf, dat uiteraard zowel opzettelijk als uit nalatigheid kan worden gepleegd, de rechtstreekse oorzaak gaat vormen van een zwaardere misdrijf, want opzet bij het plegen van de overtreding die de oorzaak vormt van het zwaardere misdrijf, kan tot gevolg hebben dat dit laatste met eventueel opzet is gepleegd.

Ofwel besluit men — en mijn voorkeur gaat naar die oplossing — bij ieder misdrijf het zedelijk bestanddeel te vermelden, zelfs wanneer dan in zeer talrijke gevallen de nalatigheid als schuldvorm zal moeten worden aangehouden³⁴ en daardoor het beginsel dat alleen opzettelijke misdrijven strafbaar zijn op de helling wordt gezet. Dit is echter uitsluitend het geval als men dit beginsel als een basisoptie gaat beschouwen, waarvan ik heb betoogd dat ze toch niet houdbaar is: verleent men er integendeel enkel de draagwijdte van een juridisch-technische regel aan, nl. dat waar de wet niet uitdrukkelijk stelt dat nalatigheid strafbaar is enkel het opzettelijk gepleegd misdrijf tot strafrechtelijke aansprakelijkheid aanleiding zal geven kan het beginsel gehandhaafd blijven en worden de opwerpingen van prof. Legros zonder voorwerp.

Deze laatste oplossing biedt het voordeel dat alle twijfel betreffende het vereiste moreel bestanddeel uit de weg wordt geruimd. Slechts drie mogelijkheden blijven over (in stijgende lijn):

— (bewuste en onbewuste) *nalatigheid*. (Deze schuldvorm kan in beginsel als uitzondering gelden, maar ik vrees dat de uitzonderingen zeer talrijk zullen moeten zijn!)

— (rechtstreeks en eventueel) *opzet*;

— *bijzonder opzet*, zoals een bepaald oogmerk of een bepaalde beweegreden, of nog een bijzondere intensiteit van de misdadige energie (voorbewustheid).

Ten derde veroorzaakt het principe «geen misdrijf zonder opzet» nog andere moeilijkheden, waarop terecht gewezen werd door Brosens³⁵, b.v. m.b.t. de dwaling. Door voor talrijke misdrijven ook de nalatigheid als straffbare schuldvorm aan te merken vallen deze bezwaren m.i. grotendeels weg, daar bepaalde gevallen van overwinnelijke dwaling als nalatigheid (en zelfs als eventueel opzet!) zullen kunnen worden beschouwd.

10. *Besluit*. M.b.t. het nieuwe Strafwetboek zou ik dan ook de volgende aanbevelingen willen formuleren:

³³ LEGROS, «Observations», p. 19.

³⁴ In de Duitse Bondsrepubliek is dit zelfs het geval met de meeste overtreding van de StVO (Strassenverkehrsordnung) die zelfs niet meer tot het strafrecht, maar tot het «Ordnungswidrigkeitenrecht» behoren.

³⁵ BROSENS, *op. cit.*, kol. 1823-1824.

1^o Het beginsel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens opzettelijke misdrijven de regel is en wegens nalatigheid de uitzondering, kan wellicht afgekondigd worden, maar men zal zeer talrijke uitzonderingen moeten voorzien³⁶.

2^o Het algemeen gedeelte van het Strafwetboek zou een bepaling moeten inhouden van gewoon opzet (rechtstreeks en eventueel) en van nalatigheid (bewuste en onbewuste), naar het voorbeeld van de Duitse en Oosteuropese rechtsleer. Formules die door de bepaling van het opzet als de doelgerichte wil om het misdrijf te verwezenlijken overbodig zijn geworden moeten uit de afzonderlijke strafbaarstellingen worden geschrapt.

Men zou er zich natuurlijk ook kunnen van onthouden een algemene bepaling van deze begrippen te geven, zoals het Strafwetboek van de Duitse Bondsrepubliek van 1975, en het aan de rechtspraak overlaten de verschillende schuldvormen te omschrijven. Het komt mij echter voor dat dermate belangrijke bestanddelen van het misdrijf als opzet en nalatigheid door de wetgever zouden moeten worden bepaald, vooral als men erop staat het beginsel «geen misdrijf zonder opzet» af te kondigen. Bepaalde Oosteuropese wetboeken zouden hier als voorbeeld kunnen dienen.

³⁶ Dit beginsel is uiteindelijk m.i. meer een technische regel, die het mogelijk maakt nalatigheid slechts dan strafbaar te stellen wanneer de wet ze uitdrukkelijk als schuldvorm vermeldt, zoals b.v. in het Strafwetboek van de Duitse Bondsrepubliek, § 15: «Strafbaar is alleen opzettelijk handelen, wanneer de wet nalatig handelen niet uitdrukkelijk met straf bedreigt.»

3^o Iedere wetsomschrijving zou het vereiste morele bestanddeel moeten vermelden. Als morele bestanddelen zouden in aanmerking komen (in dalende volgorde)

- bijzonder opzet
- (gewoon) opzet (rechtstreeks en eventueel)
- nalatigheid (bewust of onbewust).

Het spreekt vanzelf dat, telkens wanneer nalatigheid volstaat, het misdrijf a fortiori strafbaar zal zijn als het met eventueel of met rechtstreeks opzet is gepleegd, en dat in de gevallen waarin de wet een bijzonder opzet vereist het misdrijf alleen dan strafbaar zal zijn wanneer dit bijzonder opzet bewezen is.

4^o Wat de strafmaat betreft zou het volstaan een maximumstraf te bepalen voor ieder misdrijf. Deze zou in principe gelden voor het opzettelijk misdrijf, en de rechter zou, uitgaande van dat maximum, de straf kunnen toemeten rekening houdend met de ware aard van het moreel bestanddeel. Mocht men de mening toegedaan zijn dat hierdoor de speelruimte voor de rechter m.b.t. de straftoemeting te groot wordt, dan zou men kunnen bepalen dat de straf voor het onopzettelijk gepleegd misdrijf een bepaald gedeelte b.v. de helft, van de straf voor het opzettelijk misdrijf niet te boven mag gaan. Vanzelfsprekend kan, daar waar het past, een afzonderlijke straf voor het opzettelijk en een afzonderlijke straf voor het onopzettelijk misdrijf gesteld worden.

Frits GORLÉ
Hoogleraar U.I.A.
Docent V.U.B.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1^e KAMER — 27 SEPTEMBER 1979
Voorzitter-rapporteur: baron Vinçotte
Advocaat-generaal: de h. Colard
Advocaat: mr. Simont

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Schadevergoeding gevorderd van Belgische openbare inrichting of instelling — Bedrag afhankelijk van bedrag van inkomsten — Gebonden door aangifte inzake inkomstenbelasting — Toepassing m.b.t. artikel 1384, derde lid, B.W.

Ingevolge art. 239, eerste lid, W.I.B. zijn de aangiften inzake personenbelasting, vennootschapsbelasting of belasting der niet-verblijfhouders tegen de belastingplichtigen in te roepen voor de vaststelling van de vergeldingen of schadevergoedingen die zij voor onverschillig welk gerecht vorderen van de Staat, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten, de gemeenten en andere Belgische openbare inrichtingen of instellingen, wanneer het bedrag van die vergeldingen of schadevergoedingen

direct of indirect afhangt van het bedrag van hun winsten of inkomsten.

Hieruit volgt dat degene die in door deze wetsbepaling bedoelde gevallen vergeldingen of schadevergoedingen vordert, gebonden is aan zijn aangiften inzake inkomstenbelastingen en niet ontvankelijk is om aan te tonen dat zijn werkelijke inkomsten groter waren dan die welke uit die aangiften blijken.

Deze wetsbepaling maakt geen onderscheid naargelang van de erin vermelde inrichtingen schadevergoedingen worden gevorderd op grond van art. 1382 dan wel van art. 1384, derde lid, B.W.

Maatschappij voor Intercommunaal
Vervoer te Brussel t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1978 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 239 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, 1382, 1383, 1384 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest afwijzend beschikt op het middel waarin eiseres, in haar conclusie van hoger beroep, in

hoofdzak aanvoerde dat de door verweerder geleden schade moest worden geraamd overeenkomstig artikel 239 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, op grond dat «dit artikel, dat eng moet worden uitgelegd, niet kan worden ingeroepen tegen een belastingplichtige voor zover, zoals in het onderhavige geval, een Belgische openbare instelling wordt gedagvaard als burgerrechtelijk aansprakelijk voor een aangestelde die een quasi-delictuele fout heeft begaan».

terwijl in artikel 239 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen op algemene wijze wordt gezegd dat de aangiften inzake inkomstenbelastingen «tegen de belastingplichtigen in te roepen zijn voor de vaststelling van de vergeldingen of schadevergoedingen die zij vorderen van de Staat... en van de andere Belgische openbare inrichtingen of instellingen, wanneer het bedrag van die vergeldingen of schadevergoedingen rechtstreeks of onrechtstreeks afhangt van het bedrag van hun winsten of inkomsten»; deze tekst geen enkel onderscheid maakt tussen de erin bedoelde vergeldingen en schadevergoedingen en dus van toepassing is zowel op de schadevergoedingen die krachtens artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek verschuldigd zijn als op die welke gebaseerd zijn op artikel 1384, met name 3e lid, van hetzelfde wetboek, waaruit volgt dat het arrest artikel 239 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen niet wettig buiten toepassing kon laten wegens de omstandigheid dat eiseres was gedagvaard «als burgerrechtelijk aansprakelijke voor een aangestelde die een quasi-delictuele fout had begaan» (schending van de in het middel vermelde bepalingen en inzonderheid van dat artikel 239):

Overwegende dat artikel 239, 1e lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de aangiften inzake personenbelasting, vennootschapsbelasting of belasting der niet-verblijfhouders tegen de belastingplichtigen in te roepen zijn voor de vaststelling van de vergeldingen of schadevergoedingen die zij voor onverschillig welk gerecht vorderen van de Staat, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten, de gemeenten en andere Belgische openbare inrichtingen of instellingen, wanneer het bedrag van die vergeldingen of schadevergoedingen rechtstreeks of onrechtstreeks afhangt van het bedrag van hun winsten of inkomsten;

Overwegende dat deze wetsbepaling, waaruit volgt dat, in de erin bedoelde gevallen, degene die vergeldingen of schadevergoedingen vordert gebonden is aan zijn aangiften inzake inkomstenbelastingen en niet ontvankelijk is om aan te tonen dat zijn werkelijke inkomsten groter waren dan die welke uit die aangiften blijken, geen onderscheid maakt naar gelang van de erin vermelde inrichtingen schadevergoedingen worden gevorderd op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek dan wel van artikel 1384, 3e lid, van dat wetboek;

Overwegende dat het arrest beslist dat eiseres een Belgische openbare instelling is, doch dat artikel 239 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen ten deze niet van toepassing is, omdat de vordering gegrond is op een quasi-delictuele fout van een aangestelde van eiseres voor wie zij burgerrechtelijk aansprakelijk is;

Dat het arrest aldus voormeld artikel 239 schendt;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 4 DECEMBER 1979

Voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert

Advocaat-generaal : de h. Tillekaerts

Vogelvangst — Klem — Kooi voor lokvogel.

Art. 4, § 1, van het K.B. van 20 juli 1972 betreffende de bescherming van vogels, vervangen bij art. 2 van het K.B. van 6 augustus 1974, bepaalt onder meer dat van het in art. 3 van het eerstgenoemde koninklijk besluit bepaalde verbod mag worden afgeweken door bepaalde categorieën van personen, die voor de vangst gebruik mogen maken van vuurwapens, zonder jachtverlof, en van klemmen die derwijze zijn geplaatst dat zij de vangst van andere vogels onmogelijk maken. Het artikel bepaalt vervolgens dat het gebruik van lokvogels van dezelfde soorten vogels, geplaatst in kooien, geoorloofd is bij deze bestrijding en dat het gebruik van alle andere middelen of tuigen verboden is.

Van de termen «klem» en «kooi voor lokvogel» is geen wettelijke bepaling gegeven, waaruit volgt dat ze, mede gelet op de context waarin ze voorkomen, in de gebruikelijke zin moeten worden verstaan.

Derhalve moet ter zake onder een klem worden verstaan een toestel om een vogel te vangen door middel van een beugel met veer, die dichtklapt als de vogel ermee in aanraking komt, en onder een kooi voor lokvogel, een kooi die afgesloten is, zodat de lokvogel niet kan ontsnappen en andere vogels er niet in kunnen.

Procureur des Konings te Dendermonde
t/ Van D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 9 april 1979 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Dendermonde ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 3 en 4 van het koninklijk besluit van 20 juli 1972 betreffende de bescherming van vogels, het laatstgenoemde artikel gewijzigd bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 6 augustus 1974,

doordat het vonnis verweerder vrijspreekt van de telastleggingen A, te weten : te welken tijde of waar ook de vogels bedoeld in artikel 1 van het koninklijk besluit van 20 juli 1972 evenals hun eieren, jongen en pluimen, te hebben gevangen, gedood of verdelgd, behoudens de afwijkingen bepaald in artikel 4, en C, te weten : voor het bestrijden van de vogels die onder de voorwaarden bepaald bij artikel 4, § 1, van het genoemde koninklijk besluit te allen tijde mogen worden gevangen, gedood, verdelgd of bestreden, gebruik te hebben gemaakt van andere middelen of tuigen dan die bepaald in het voormeld artikel 4, § 1, en waarvan het gebruik bij voormeld artikel verboden was, zulks op grond : dat het strafdossier aantoonde dat noch klager V. noch de verbalisanten, ondanks een drietal onderzoeken ter plaatse op minder dan 24 uur, iets anders in verweerders vangkooi hebben aangetroffen dan spreeuwen ; dat uit geen bewezen gegeven blijkt dat de door verweerder aangewende inrichting derwijze was geplaatst dat zij de vangst van andere vogels mogelijk maakte ; dat de door verweerder in het dak van de grote kooi geplaatste fuikconstructie

zonder twijfel moet worden geacht een klem te zijn : een tuig waarbij de buit door louter eigen toedoen gevangen — dit is klem — wordt gezet,

terwijl een grote kooi, door welke inrichting ook, zij het een in het dak geplaatste fuikconstructie, geschikt gemaakt tot enige vogelvangst, geen klem is in de zin van de bepalingen van het genoemde koninklijk besluit, waarvan het gebruik voor bepaalde vogelvangst toegelaten is aan zekere personen in artikel 4 van dat besluit aangewezen :

Overwegende dat het vonnis, na uit een vergelijking van de oorspronkelijke tekst van artikel 4, § 1, van het koninklijk besluit van 20 juli 1972 met de tekst zoals die vervangen werd bij het koninklijk besluit van 6 augustus 1974 te hebben afgeleid dat het gebruik van een vangkooi niet is voorbehouden aan vogelvangsters met machtiging tot tijdelijke bevoorrading, verweerder vrijspreekt van de voormelde telastleggingen A en C op de gronden vermeld in het middel ;

Overwegende dat artikel 4, § 1, van het koninklijk besluit van 20 juli 1972 betreffende de bescherming van vogels, vervangen bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 6 augustus 1974, onder meer bepaalt dat van het in artikel 3 van het eerstgenoemde koninklijk besluit bepaalde verbod mag worden afgeweken door bepaalde categorieën van personen, die voor de vangst gebruik mogen maken van vuurwapens, zonder jachtverlof, en van klemmen die derwijze zijn geplaatst dat zij de vangst van andere vogels onmogelijk maken ; dat het artikel vervolgens bepaalt dat het gebruik van lokvogels van dezelfde soorten vogels, geplaatst in kooien, geoorloofd is bij deze bestrijding en dat het gebruik van alle andere middelen of tuigen verboden is ;

Overwegende dat van de termen «klem» en «kooi voor lokvogel» geen wettelijke bepaling is gegeven, waaruit volgt dat ze, mede gelet op de context waarin ze voorkomen, in de gebruikelijke zin moeten worden verstaan ; dat derhalve ter zake onder een klem moet worden verstaan een toestel om een vogel te vangen door middel van een beugel met veer, die dichtklapt als de vogel er mee in aanraking komt, en onder een kooi voor lokvogel, een kooi die afgesloten is, zodat de lokvogel niet kan ontsnappen en andere vogels er niet in kunnen ;

Overwegende dat het vonnis door de vrijspraak enkel te gronden op de gelijkstelling van de grote vangkooi met fuik, die het beschrijft, met een kooi voor lokvogel en een klem, de in het middel vermelde wettelijke bepalingen schendt ;

Dat het middel gegrond is ;

Om die redenen,

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 14 JANUARI 1980

Voorzitter: de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur: de h. Janssens

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Dasse en Houtekier

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Beschermd

werknemers — Ontslag — Economische of technische redenen.

Voor het bestaan van economische of technische redenen waarom de personeelsafgevaardigden van de ondernemingsraad of van het veiligheidscomité kunnen worden ontslagen, is niet vereist dat die redenen de sluiting van de hele onderneming of van een afdeling daarvan veroorzaken of dat een welbepaalde speciale personeelsgroep buiten dienst gesteld wordt.

N.V. M. t/ S. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 februari 1978 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1bis, § 2, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, gewijzigd door de wetten van 17 juli 1957, 28 januari 1963, 16 januari 1967, 17 februari 1971, 16 maart 1971 en 23 januari 1975, 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, gewijzigd door de wetten van 15 juni 1953, 15 maart 1954, 16 januari 1967, 10 oktober 1967 en 23 januari 1975, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest beslist dat «de aangevoerde moeilijkheden niet ernstig genoeg zijn om als economische of technische redenen in de zin van artikel 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 te worden beschouwd» en het begrip «economische of technische redenen» beperkt tot stopzetting van het bedrijf van eiseres, van een afdeling ervan of buitendienststelling van een welbepaalde speciale personeelsgroep,

(...)

tweede onderdeel, de in conclusie door eiseres ingeroepen omstandigheden — te weten de economische en financiële crisis welke haar noodzaakte een vijfde van haar personeel te ontslaan, waarbij, om te bepalen welke werknemers zouden worden ontslagen, een beroep werd gedaan op objectieve criteria volgens een puntensysteem — economische motieven uitmaken in de zin van de wet van 10 juni 1952 en voor zover als nodig in de zin van de wet van 20 september 1948 ; het arrest derhalve de draagwijdte van de wet, meer bepaald de draagwijdte van de toe te passen criteria, beperkt tot de gevallen van stopzetting van bedrijf, stopzetting van een afdeling ervan of buitendienststelling van een welbepaalde speciale personeelsgroep, zonder rekening te houden met het door de wetgever beoogde doel, met name, ondanks de in de respectieve wetten bepaalde bescherming, het ontslag mogelijk te maken om redenen die, onafhankelijk van het individuele gedrag van de beschermde werknemer, hun oorzaak vinden in de economische of technische noodzakelijkheden met betrekking tot de markt, de onderneming of een van haar afdelingen en die aan de werkgever een reorganisatie opdringen welke ontslagen noodzakelijk maakt, waarvan het aantal en de gevarieerdheid aantonen dat ze niet beslist werden met de bedoeling de werking van de ondernemingsraden of comités lam te leggen of te verhinderen (schending van de artikelen 21, § 2, van de wet van 20 september 1948 en 1bis § 2, van de wet van 10 juni 1952) :

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat, luidens de artikelen 21, § 2, eerste lid, van de wet van 20 september 1948 en 1bis, § 2, eerste lid,

van de wet van 10 juni 1952, de leden die het personeel in een ondernemingsraad of een comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen vertegenwoordigen, en de kandidaten «slechts kunnen worden ontslagen om een dringende reden of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair comité zijn erkend»;

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat «beschermde werknemers enkel om economische of technische redenen kunnen worden ontslagen, wanneer deze de sluiting van de hele onderneming veroorzaken, van een afdeling daarvan... of nog door de buitendienststelling van een welbepaalde speciale personeelsgroep»;

Overwegende dat deze opvatting weliswaar tot uitdrukking is gebracht tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 18 maart 1950, die de hiervoren aangehaalde bepaling in artikel 21 van de wet van 20 september 1948 heeft ingevoegd;

Dat echter deze verklaring geen nadere uitlegging omtrent het begrip «economische of technische redenen» geeft, maar enkel bepaalt in welke gevallen ontslag om die redenen geoorloofd is;

Dat in de toepassing van de voornoemde wetsbepalingen aldus een beperking wordt aangebracht die in de tekst ervan niet voorkomt en die evenmin onontbeerlijk is om het door de wet beoogde doel te bereiken, met name elke voor de beschermde werknemers nadelige discriminatie voorkomen;

Dat in die omstandigheden de draagwijdte van de wet niet mag worden beperkt;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 24 MAART 1980

Voorzitter : de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur : de h. Versée

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. Van Rijn en Bützler

Arbeidsongeval — Ongeval op de weg van en naar het werk — Getroffene opgeroepen voor geneeskundig onderzoek door arbeidsongevallenverzekeraar — Werkonderbreking — Instemming van werkgever — Ongeval op terugweg naar woning.

Wanneer een door een arbeidsongeval getroffene door de verzekeraar wordt opgeroepen voor een geneeskundig onderzoek in verband met het ongeval, heeft dit onderzoek als zodanig wel een arbeidsonderbreking, maar geen schorsing van de arbeidsovereenkomst tot gevolg.

Wanneer het bedoelde onderzoek plaatsheeft tijdens een periode gedurende welke de arbeidsovereenkomst niet geschorst is, en de getroffene zich met instemming van de werkgever naar het onderzoek begeeft, staat hij tijdens de arbeidsonderbreking onder het gezag van de werkgever en bevindt hij zich tijdens het onderzoek op een plaats waar hij werkt.

Het ongeval dat zich voordoet op de terugweg van het geneeskundig onderzoek naar huis is derhalve een ongeval op de weg van het werk.

N.V. Z. t/ V.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het arrest beslist dat verweerder door een arbeidsongeval is getroffen toen hij naar huis terugkeerde van een geneeskundig onderzoek, waartoe hij door de verzekeraar van zijn werkgever was opgeroepen in verband met de consolidatie van een vorig arbeidsongeval.

Eiseres doet gelden dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst was geschorst op de dag van het geneeskundig onderzoek, aangezien verweerder toen geen arbeid heeft verricht, en dat de spreekkamer van de arts niet de plaats is waar de getroffene werkte in de zin van artikel 8 van de Arbeidsongevallenwet.

De laatste jaren heeft het Hof drie arresten gewezen waarin de vraag rees of een ongeval dat een werknemer overkomt wanneer hij na een doktersbezoek in verband met een vorig arbeidsongeval naar huis terugkeert, een arbeidsongeval is¹.

Ik neem aan dat het Hof de voorkeur eraan geeft de oplossing die in de onderhavige zaak aan de gestelde rechtsvraag moet worden gegeven, te doen aansluiten bij zijn eigen rechtspraak, liever dan het middel te toetsen aan de daarvan afwijkende mening die ik in mijn conclusie bij het arrest van 9 oktober 1974 naar voren heb gebracht. Ik zal mij dan ook tot het onderzoek van die rechtspraak beperken.

Uitgangspunt van de redenering is artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet, luidens hetwelk het ongeval overkomt op de weg naar en van het werk en dus een arbeidsongeval is, wanneer de werknemer zich begeeft van zijn verblijfplaats naar de plaats waar hij werkt of omgekeerd. En de plaats waar hij werkt is volgens het arrest van 17 april 1978 «de plaats waar de getroffene, in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, onder het gezag van de werkgever staat».

In de regel staat de werknemer niet onder het gezag van de werkgever, wanneer de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geschorst is, en dat is o.m. het geval, wanneer de werknemer wegens arbeidsongeschiktheid geen arbeid verricht.

Daarom leggen de arresten van 25 november 1970 en 17 oktober 1978, die het ongeval overkomen na raadpleging van een arts niet als arbeidsongeval erkennen, er beide de nadruk op dat de arbeidsovereenkomst op het ogenblik van het ongeval, geschorst was; de getroffene bevond zich inderdaad in een periode van arbeidsongeschiktheid als gevolg van het arbeidsongeval waarvoor hij naar de dokter was gegaan.

In de onderhavige zaak daarentegen was verweerder aan het werk, maar bleef hij in overleg met zijn werkgever een dag afwezig om naar het geneeskundig onderzoek te gaan. Volgens eiseres volstaat dat opdat de arbeidsovereenkomst geschorst zou zijn, aangezien verweerder geen arbeid verrichtte.

Elke arbeidsonderbreking leidt evenwel niet noodzakelijk tot een schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Volgens het arrest van 25 november 1970 betekent schorsing dat «iedere partij, behoudens uit de wet voortvloeiende uitzonderingen, bevrijd is van haar verplichtingen

1. Cass., 25 november 1970 (Arr.Cass., 1971, 268), 9 oktober 1974 (*ibid.*, 1975, 179) en 17 april 1978 (*ibid.*, 1978, 944)

tegenover de andere en zich in de onmogelijkheid bevindt de rechten te doen gelden die zij uit het contract put».

Welnu, dat is niet het geval bij elke onderbreking van de arbeid, bijvoorbeeld niet tijdens de schafttijd of de middagpauze. Daarom overwegen de arresten van 3 mei 1978² en 15 januari 1979³ «dat de werknemer die de rustpauze, tijdens welke de arbeid onderbroken wordt, doorbrengt op de plaats waar de arbeid wordt verricht (of in de onmiddellijke omgeving ervan) onder het gezag van de werkgever blijft ; dat het ongeval overkomen tijdens die rustpauze derhalve voorvalt in de loop van of tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst».

Een ander arrest van 3 mei 1978⁴ oordeelt zelfs «dat een werknemer die ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst gedurende verscheidene dagen buiten zijn woning dient te verblijven om zijn opdracht te vervullen, tijdens de hele duur van dit verblijf zijn arbeidsovereenkomst uitvoert ; dat het ongeval overkomen tijdens dit verblijf op een ogenblik dat de werknemer zijn opdracht niet uitvoerde, niettemin overkomen is in de loop van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst».

In het onderhavig geval heeft verweerder op de dag van het ongeval geen arbeid verricht, niet omdat hij arbeidsongeschikt was, maar alleen omdat diende te worden nagegaan of het vroeger opgelopen arbeidsongeval geconsolideerd was. Dit gebeurde weliswaar niet op bevel van zijn werkgever ; maar toch van diens verzekeraar, die krachtens de wet ermee belast is in de plaats van de werkgever schade te vergoeden welke voor de werknemer uit de uitvoering van de arbeidsovereenkomst is ontstaan. En het geneeskundig onderzoek om de consolidatie van het arbeidsongeval vast te stellen is een van de uitvloeisels van de uitvoering van die schaderegeling waartoe de door de werkgever gekozen verzekeraar krachtens de wet en ingevolge de met de werkgever gesloten overeenkomst verplicht is.

Heeft zulk een onderzoek nu tot gevolg dat werkgever en werknemer bevrijd zijn van hun wederzijdse verplichtingen en in de onmogelijkheid zijn de rechten die zij uit de overeenkomst putten, te doen gelden ? Zulke onderzoeken zijn te vergelijken met die welke bepaalde categorieën van werknemers moeten ondergaan krachtens het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming. Deze onderzoeken kunnen ook plaatshebben in een geneeskundig centrum buiten het bedrijf (art. 120, 2°). Maar niettemin blijft de werknemer tijdens zijn afwezigheid onder het gezag van de werkgever in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Verschillend is wel dat de werknemer tijdens het onderzoek met toepassing van het Algemeen Reglement zijn recht op loon behoudt (art. 123), terwijl de werkgever ontslagen is van zijn verplichting loon te betalen wanneer «de getroffene op verzoek van de verzekeraar zijn arbeid onderbreekt met het oog op een onderzoek voortvloeiend uit het ongeval». Artikel 27 van de Arbeidsongevallenwet bepaalt immers dat voor die dagen «door de verzekeraar aan de getroffene een vergoeding verschuldigd is gelijk aan het normale dagloon, verminderd met het loon dat de getroffene eventueel heeft verdiend». Ook t.a.v. de verplichting tot loonbetaling schijnt de wetgever de verzekeraar in de

plaats van de werkgever te hebben gesteld. Maar voor het overige wenst de wetgever de tijd die het geneeskundig onderzoek in beslag neemt, kennelijk niet te willen onderscheiden van de tijd die aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt besteed. Want hetzelfde artikel 27 bepaalt voorts dat «voor de toepassing van de sociale wetgeving de dagen van arbeidsonderbreking worden gelijkgesteld met dagen van werkelijke arbeid».

In die omstandigheden lijkt het niet strijdig met de opvatting van de wetgever te zijn het geneeskundig onderzoek op verzoek van de verzekeraar in verband met een arbeidsongeval niet te beschouwen als een schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet en met de betekenis die het arrest van 25 november 1970 aan dit begrip hecht ; de tijd die aan zulk een onderzoek wordt besteed, dient integendeel te worden aangemerkt als een gewone arbeidsonderbreking die de gezagsverhouding niet doet ophouden. Terecht oordeelt het arbeidshof «dat de oproeping van de wetsverzekeraar geen schorsing van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft».

Hierin ligt dan ook het fundamentele verschil met de arresten van 25 november 1970 en 17 april 1978, die uitspraak deden over gevallen, waarin de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wel geschorst was als gevolg van de arbeidsongeschiktheid van de getroffene veroorzaakt door het arbeidsongeval in verband waarmee het geneeskundig onderzoek werd ondergaan.

Een tweede verschil ligt hierin dat de getroffene in de gevallen behandeld door die arresten, volledig op eigen initiatief naar de arts was gegaan «zonder opdracht of aanwijzing van zijn werkgever» zegt het arrest van 17 april 1978. En de verzekeraar was in die gevallen evenmin tussengekomen.

Ten deze was verweerder daarentegen door de verzekeraar opgeroepen en was hij naar het onderzoek gegaan met instemming van de werkgever.

Enige gelijkenis hiermee vertonen de omstandigheden van het ongeval dat het arrest van 9 oktober 1974 als ongeval op de weg naar en van het werk heeft aangemerkt. In die zaak ging het initiatief wel niet uit van de verzekeraar maar van de werknemer zelf. Deze had evenwel vooraf zijn werkgever op de hoogte gebracht die het initiatief had goedgekeurd en zijn werknemer zelfs aangemoedigd had de arts te raadplegen om te weten of hij het werk al dan niet mocht hervatten. Het arrest beschouwt deze raadpleging als een «ter uitvoering van een noodzakelijke uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting» die de werknemer is nagekomen «op aanwijzing van zijn werkgever». En hoewel de raadpleging in dit geval ongetwijfeld plaatshad tijdens de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, aangezien de arts diende te onderzoeken of de arbeid kon worden hervat, oordeelt het Hof toch dat de spreekkamer van de arts kan worden beschouwd als een plaats waar de arbeid wordt verricht in de zin van het toen toepasselijke artikel 1 van de besluitwet van 13 december 1945.

Wil het Hof deze rechtspraak niet verloochenen, dan kan het bezwaarlijk anders beslissen dan dat ook in dit geval de spreekkamer van de arts een plaats is waar de werknemer werkt in de zin van artikel 8, § 1, tweede lid, van de thans geldende Arbeidsongevallenwet.

Misschien zou kunnen worden opgemerkt dat dit stand-

2. Arr. Cass., 1978, 1026

3. Nog niet verschenen

4. Ibid., 1978, 1028

punt moeilijk in overeenstemming te brengen is met de overweging uit het arrest van 17 oktober 1978, luidens welke «het kabinet van de arts niet kan worden beschouwd als een plaats waar de getroffene, in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, onder het gezag van de werkgever staat en derhalve niet als een 'plaats waar hij werkt' in de zin van artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet».

Deze overweging moet echter in verband worden gebracht met de daaraan voorafgaande vaststellingen van het arrest dat «de arbeidsovereenkomst op het ogenblik van het ongeval geschorst was» en de getroffene «op eigen initiatief handelde, dit is zonder opdracht of aanwijzing vanwege de werkgever.» En uit die vaststellingen volgt, aldus het arrest, dat er geen sprake kan zijn van gezag en de spreekkamer van de arts geen plaats kan zijn waar de getroffene werkt.

Aangezien de omstandigheden in deze zaak precies daaraan tegengesteld zijn, spreekt het Hof het arrest van 17 oktober 1978 niet tegen, wanneer het thans beslist dat verweerder tijdens de raadpleging van de arts wel onder het gezag van de werkgever stond en zich bevond op «een plaats waar hij werkt».

Daaruit volgt dan ook dat de aangevochten beslissing van het arbeidshof wettig verantwoord is en het middel niet kan worden aangenomen.

Gelet op de rechtspraak van het Hof, concludeer ik tot de verwerping

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 11 december 1978 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 1101, 1102, 1134, 1780 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 7 van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst (thans de artikelen 2 en 17 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de Arbeidsovereenkomsten), 7, 8, 27, 49 en 50 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

doordat het arrest beslist dat het aan verweerder op 3 juni 1976 overkomen ongeval als een arbeidsongeval moet worden aangemerkt in de zin van artikel 8 van de Arbeidsongevallenwet, op grond dat de oproeping door de arbeidsongevallenverzekeraar geen schorsing van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft «te meer daar bewezen is dat de werkgever zijn akkoord betuigt met het feit dat geïntimeerde (thans verweerder) zich voor controleonderzoek bij dr. E. aanbod», en dat derhalve «deze feiten liggen in de sfeer van de rechten en de plichten die aan elk van de partijen bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst toegekend zijn ; dat bijgevolg het controleonderzoek van geïntimeerde een integrerend deel uitmaakt van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst», en verder dat «de arbeider recht heeft op het wettelijk herstel van de opgelopen schade wanneer de werkgever de verplaatsing van de arbeider toegelaten heeft en de verplaatsing niet in zijn uitsluitend voordeel of om redenen van persoonlijke aard verricht wordt»,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest vaststelt, althans niet betwist, dat de getroffene op de dag van het ongeval zijn arbeid niet heeft verricht ten einde zich te begeven naar het medisch onderzoek waarop hij werd ontboden door de arbeidsongevallenverzekeraar ; uit de loutere omstandigheid dat bewezen zou zijn dat de werkgever verweerder

toelating zou hebben gegeven om zich op dit controleonderzoek aan te bieden, — wat niet inhoudt dat de werkgever gezag, leiding en toezicht uitoefende gedurende de afwezigheid van de werknemer —, het arrest wettelijk niet mocht afleiden dat de contractuele verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op de dag waarop het ongeval zich heeft voorgedaan, niet geschorst waren (schending van alle in het middel vermelde wetsbepalingen) ;

tweede onderdeel, de spreekkamer van de raadgevende geneesheer, waar de getroffene een controleonderzoek heeft ondergaan op ontbieding door de arbeidsongevallenverzekeraar, geen plaats is waar de getroffene werkte in de zin van artikel 8, § 1, van de Arbeidsongevallenwet, zodat het arrest niet wettelijk mocht beslissen dat het ongeval, dat zich heeft voorgedaan op de terugweg van dit medisch onderzoek, als arbeidsongeval diende te worden erkend (schending van de artikelen 7bis en 8 van de Arbeidsongevallenwet van 10 juli 1971) ;

Overwegende dat het arrest, door zijn eigen motieven en door verwijzing naar die van het beroepen vonnis, vaststelt dat verweerder, die op 31 januari 1975 getroffen was door een arbeidsongeval, waarbij hij een armbreuk opliep, zich in verband hiermede op 3 juni 1976 voor een consolidatieonderzoek bij de raadgevende geneesheer van eiseres, op haar verzoek, moest aanmelden ; dat hij op de terugweg naar zijn woning, na dit onderzoek, met zijn bromfiets ten val kwam en zijn werkgever hieromtrent een aangifte van arbeidsongeval indiende bij diens arbeidsongevallenverzekeraar, eiseres ;

Overwegende dat, wanneer een door een arbeidsongeval getroffene door de verzekeraar wordt opgeroepen voor een geneeskundig onderzoek in verband met het ongeval, dit onderzoek als zodanig wel een arbeidsonderbreking, maar geen schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft ; dat van zulk een schorsing sprake is, wanneer partijen, behoudens de uit de wet voortvloeiende uitzonderingen, bevrijd zijn van hun verplichtingen tegenover elkaar en in de onmogelijkheid zijn de rechten die zij uit de overeenkomst putten, te doen gelden ; dat zulks niet het geval is, wanneer de arbeid eenvoudig is onderbroken als gevolg van een hiervoor omschreven onderzoek ;

Overwegende dat, wanneer het bedoelde onderzoek plaatsheeft tijdens een periode gedurende welke de uitvoering van de arbeidsovereenkomst niet geschorst is, en de getroffene zich naar het onderzoek begeeft met instemming van de werkgever, de getroffene tijdens de arbeidsonderbreking onder het gezag van de werkgever staat ; dat hij zich tijdens het onderzoek dientengevolge bevindt op een plaats waar hij werkt in de zin van artikel 8, § 1, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 ;

Dat het arbeidshof derhalve wettelijk beslist dat het ongeval dat verweerder is overkomen toen hij van het geneeskundig onderzoek naar huis terugkeerde, een arbeidsongeval is in de zin van het voornoemde artikel 8 ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;
(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 14 APRIL 1980

Voorzitter: de h. Gerniers

Raadsheer-rapporteur: de h. Versée

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts
Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

1. Cassatie — Burgerlijke zaken — Normatieve bepaling van algemeen verbindend verklaarde C.A.O. — Beoordeling door het Hof — 2. Bruggensioen — C.A.O. nr. 17 van 19 december 1974 — Ontslag van werknemers van 60 jaar of meer — Begrip — 3. Collectieve arbeidsovereenkomst — Interpretatie — Commentaar niet opgenomen in algemeen verbindend verklaarde tekst.

1. De normatieve bepalingen van een bij koninklijk besluit algemeen verbindend verklaarde C.A.O. vormen een wet in de zin van art. 608 Ger. W., waarvan de schending onderworpen is aan de beoordeling van het Hof van Cassatie.

2. Uit art. 13 van de C.A.O. van 19 december 1974 volgt noodzakelijk dat als ontslag in de zin van deze C.A.O. moet worden aangemerkt de handeling waardoor de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt, ongeacht de datum waarop de overeenkomst daadwerkelijk eindigt.

3. Een door de N.A.R. gegeven commentaar dat niet is opgenomen in de tekst van de C.A.O., zoals die bij K.B. algemeen verbindend is verklaard, kan de draagwijdte en de betekenis van de algemeen verbindend verklaarde C.A.O. niet wijzigen.

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

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

1. Het arrest veroordeelt eiseres tot betaling aan verweerder van de aanvullende vergoeding toegekend door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17, gesloten op 19 december 1974 in de Nationale Arbeidsraad, welke vergoeding in het jargon van de sociale partners het «conventioneel bruggensioen» wordt genoemd.

Verweerder werpt op dat het middel niet ontvankelijk is, omdat het hoofdzakelijk steunt op de schending van de genoemde c.a.o. Is deze een overeenkomst, dan kan het Hof niet beslissen of de feitenrechter een juiste uitlegging eraan gegeven heeft, maar had eiseres alleen de miskenning van de bewijskracht van de c.a.o. kunnen inroepen¹.

2. De eerste vraag is dus of de c.a.o. een wet is in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek. Want alleen in dat geval kan de schending ervan als cassatiemiddel worden ingeroepen².

Procureur-generaal Dumon omschrijft «de 'wet' waarvan de schending — wegens o.m. haar onjuiste uitlegging — onderworpen is aan de beoordeling van het Hof» als volgt: «een algemene en onpersoonlijke regel die op abstracte wijze een onbepaald aantal gevallen bedoelt, een regel die wordt uitgevaardigd, aangenomen of vastgelegd door de overheid of die o.m. ook nog uit haar eigen regels voortvloeit»³.

3. De collectieve arbeidsovereenkomst is, luidens artikel 5 van de wet van 5 december 1968 — voorts de C.a.o.-wet genoemd — «een akkoord dat gesloten wordt tussen één of meer werknemersorganisaties en één of meer werkgeversorganisaties of één of meer werkgevers en waarbij individuele en collectieve betrekkingen tussen werkgevers en werknemers in ondernemingen of in een bedrijfstak worden vastgesteld en de rechten en verplichtingen van de contracterende partijen worden geregeld».

In zoverre de c.a.o. de rechten en verplichtingen van de contracterende partijen regelt — wat men de obligatoire bepalingen noemt⁴ — is zij onmiskenbaar een overeenkomst die alleen de partijen bindt. Als voorbeeld kan worden genoemd de door de vakbonden aangegane verplichting de sociale vrede te eerbiedigen, d.w.z. de verplichting die zij tegenover de werkgeversorganisaties op zich nemen om tijdens de duur van de c.a.o. geen nieuwe eisen te stellen en geen stakingen uit te roepen of te steunen in verband met door de c.a.o. geregelde aangelegenheden. De obligatoire bepalingen zijn dus in geen geval wetsbepalingen in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek.

4. Tegenover de obligatoire bepalingen staan de zgn. normatieve bepalingen van de c.a.o.⁵ die, volgens de aangehaalde omschrijving van artikel 5 van de C.a.o.-wet, «de betrekkingen tussen werkgevers en werknemers» vaststellen. Het zijn regelingen die bindend zijn voor de in de c.a.o. aangewezen bedrijfsgenoten; en deze zijn werkgevers en werknemers van een bepaalde bedrijfstak, wanneer de c.a.o. in een paritair comité is gesloten, en van verschillende, eventueel alle bedrijfstakken van het hele land, wanneer de c.a.o. in de Nationale Arbeidsraad is aangegaan. Zo bepaalt bijvoorbeeld de c.a.o. nr. 23 van 25 juli 1975, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, een algemeen minimumloon voor alle meerderjarige werknemers met een volledige dienstbetrekking. De in het onderhavig geschil toepasselijke c.a.o. nr. 17 kent bruggensioen toe aan alle werklieden en bedienden die tussen 60 en 65 jaar worden ontslagen.

Het lijkt geen twijfel dat het hier gaat om normen, d.w.z., nogmaals volgens procureur-generaal Dumon, «algemene regels, in abstracto gesteld, die voor een onbepaald aantal toepassingsgevallen vatbaar zijn en bestaan»⁶.

Normatieve bepalingen van een c.a.o., gesloten in de Nationale Arbeidsraad — en dat geldt ook voor een c.a.o. gesloten in een paritair comité of subcomité — zijn dus wetsbepalingen, op voorwaarde dat zij beantwoorden aan het tweede vereiste «uitgevaardigd, aangenomen of vastgelegd» te zijn «door de overheid»⁷.

5. Zoals het aangehaalde artikel 5 van de C.a.o.-wet bepaalt, wordt de c.a.o. gesloten tussen werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties, eventueel werkgevers. Het gaat hier duidelijk om zuiver particuliere organisaties of personen, die ook niet met een openbare dienst zijn

⁴ Senaat, 1966-1967, *Gedr. St.*, nr. 148, blz. 16 en 102.

⁵ *Ibid.*, blz. 15-16 en 102.

⁶ Voornoemde conclusie bij Cass., 30 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 636.

⁷ Dat het ook een regel kan zijn die «uit haar eigen regels voortvloeit» kan hier onbesproken blijven; want hiermee bedoelt men «algemene of andere rechtsbeginselen» (voormelde rede van procureur-generaal Dumon, nr. 15, voetnoot 55) en daarover gaat het hier zeker niet.

¹ Vgl. Cass., 6 september 1968 (*Arr. Cass.*, 1969, 21).

² Conclusie van procureur-generaal Dumon, toen eerste advocaat-generaal, bij Cass., 30 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 632, inzonderheid blz. 637; Cass., 30 juni 1977 (*ibid.*, 1977, 1126).

³ De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten, nr. 15, blz. 32, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof op 1 september 1978.

belast. Zij kunnen dus als zodanig niet als overheidspersonen — ook niet in de ruime zin — worden beschouwd.

Procureur-generaal Dumon stipt weliswaar aan dat in de geciteerde definitie onder «overheid» ook kunnen worden verstaan «sociale groeperingen», maar tussen haakjes voegt hij eraan toe «paritaire comités»⁸. En advocaat-generaal Velu merkt in hetzelfde verband op dat, wat de verordnungsbevoegdheid van openbare instellingen betreft, hetzelfde geldt t.a.v. de verordnungsbevoegdheid die de wet toekent aan «des groupements économiques et sociaux». Maar ook hij denkt daarbij kennelijk aan de paritaire comités. Want hij maakt daarvan melding als inleiding op de verwijzing naar de rechtspraak van het Hof omtrent de beslissingen van die comités⁹.

6. Hierbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat deze rechtspraak betrekking heeft op de vroegere wetgeving, inzonderheid de besluitwet van 9 juni 1945 tot vaststelling van het statuut der paritaire comités en de wet van 7 januari 1958 betreffende de fondsen voor bestaanszekerheid, alvorens deze werd gewijzigd door de C.a.o.-wet. In deze vroegere wetgeving was nog geen sprake van collectieve arbeidsovereenkomsten maar alleen van *beslissingen* die door de paritaire comités konden worden genomen en bij koninklijk besluit algemeen verbindend konden worden verklaard¹⁰.

Paritaire comités zijn krachtens de wet bij koninklijk besluit opgerichte organen met een publiekrechtelijk statuut. Volgens de rechtspraak van het Hof oefenen zij een verordnungsbevoegdheid uit, wanneer zij «algemene grondslagen van bezoldiging» vaststellen en «beslissen over de algemene arbeidsvoorwaarden»¹¹. Hieruit volgt als bijna vanzelfsprekend dat de paritaire comités worden beschouwd als «overheden», wanneer het gaat om de vraag of de door hen genomen beslissingen die algemeen verbindend verklaard zijn, wetten in de zin van het thans geldende artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek zijn. In menig arrest heeft het Hof deze vraag dan ook, althans impliciet, bevestigd¹².

7. Sedert de C.a.o.-wet is in de desbetreffende regeling een grondige wijziging aangebracht.

De paritaire comités worden weliswaar nog, zoals voorheen, opgericht krachtens de wet door de Koning (art. 35) en behouden dus hun publiekrechtelijk statuut.

Maar in de regel vaardigen zij geen algemeen geldende

voorschriften meer uit in de vorm van beslissingen¹³. Lonen en arbeidsvoorwaarden worden niet meer vastgesteld bij beslissing genomen *door* het paritair comité, maar bij collectieve arbeidsovereenkomst; en deze wordt niet aangegaan *door* het paritair comité, maar door de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties, eventueel *in* het paritair comité of de Nationale Arbeidsraad. Artikel 6 van de C.a.o.-wet bepaalt uitdrukkelijk dat de c.a.o. «kan worden aangegaan in een paritair orgaan *door* één of meer werknemersorganisaties en één of meer werkgeversorganisaties». En luidens artikel 38.1 hebben de paritaire comités en subcomités als opdracht «collectieve arbeidsovereenkomsten *door* de vertegenwoordigde organisaties tot stand te doen komen», niet zelf tot stand te brengen¹⁴.

8. Zoals de Afdeling Wetgeving van de Raad van State in haar advies over het ontwerp dat de C.a.o.-wet is geworden, aan de hand van de tekst van het ontwerp en de memorie van toelichting duidelijk aantoonde, is de c.a.o. een ware overeenkomst, «ook al gaat het om een overeenkomst van bijzondere aard, waarop de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet zonder meer toepassing vinden»¹⁵. Het gaat dus als zodanig niet om een door de overheid uitgevaardigde regeling; deze is uitsluitend het werk van particuliere organisaties.

De Raad van State onderstreept echter eveneens dat de c.a.o. door de algemene verbindende verklaring «een reglementair karakter» krijgt. Dit kan worden afgeleid «uit het feit dat de algemeen verbindende verklaring geschiedt door een eenzijdige rechtshandeling van de uitvoerende macht waardoor een algemeen geldende regeling tot stand komt die bindend is voor alle werkgevers en werknemers van de betrokken bedrijfstak en op de naleving waarvan straffen worden gesteld»¹⁶.

9. De regeling die door particuliere instanties tot stand is gebracht en dus als zodanig geen verordening is, wordt niettemin een algemeen bindende regeling ingevolge een overheidshandeling, m.n. een koninklijk besluit.

Aangezien de Koning de regelingen niet zelf uitvaardigt, gaat het niet om eigenlijke verordeningen of besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, in de zin van artikel 67 van de Grondwet.

De Raad van State merkt op dat de rechtsgrond van het koninklijk besluit tot algemeen verbindende verklaring van een c.a.o. niet ligt «in 's Konings verordnungsbevoegdheid hem toegekend door de artikelen 29 en 67, maar wel in artikel 78 (van de Grondwet) krachtens hetwelk hij de macht heeft die bijzondere wetten, krachtens de Grondwet uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen. Nu lijdt het geen twijfel dat bijzondere wetten aan de Koning ook andere machten dan het maken van verordeningen kunnen toekennen»¹⁷.

Door de algemeen verbindende verklaring wordt de collectieve arbeidsovereenkomst — althans de normatieve bepalingen ervan — geen verordening van de uitvoerende macht, maar verkrijgt deze door particulieren tot stand gebrachte regeling niettemin dezelfde rechtskracht als een strafrechtelijk gesanctioneerde verordening van de uitvoerende macht en dit ingevolge een besluit van de uitvoerende macht.

Zonder algemeen verbindende verklaring is de c.a.o. niet meer dan een overeenkomst, ook al heeft deze dan krachtens de wet een ruimere rechtskracht dan een gewone burgerrechtelijke overeenkomst, aangezien sommige van haar bepalingen bindend zijn voor personen die ze niet hebben

⁸ Voornoemde rede, nr. 15, voetnoot 54; vgl. hiermee de voormelde conclusie bij Cass., 30 januari 1976, blz. 637.

⁹ Conclusie bij Cass., 3 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 701, inzonderheid blz. 704, voetnoot 4.

¹⁰ Zie o.m. besluitwet van 9 juni 1945, artt. 10, 11, 12, 14 en 16; wet van 7 januari 1958, art. 1. Alleen in artikel 10, a, van de besluitwet van 9 juni 1945 werd terloops vermeld dat de loonregelingen konden worden vastgesteld «onder meer door het afsluiten van collectieve overeenkomsten». Maar de algemeen verbindende verklaring betrof steeds beslissingen van de paritaire comités.

¹¹ Cass., 29 februari 1968 (*Arr. Cass.*, 1968, 871) met conclusie van procureur-generaal Hayoit de Termicourt in *Pas.*, 1968, I, 819; zie ook Cass., 5 december 1957 (*Arr. Cass.*, 1958, 206) met conclusie van procureur-generaal Hayoit de Termicourt in *Pas.*, 1958, I, 357.

¹² Cass., 14 februari 1964 (*Pas.*, 1964, I, 635) met noten 1, 2 en 3 op blz. 636; Cass., 19 september 1968 (*Arr. Cass.*, 1969, 76), 24 maart 1971 (*ibid.*, 1971, 712) en 28 maart 1972 (*ibid.*, 1972, 725).

aangegaan¹⁸. Door een handeling van de overheid — de Koning — wordt deze overeenkomst evenwel gelijkgesteld met een regeling uitgevaardigd door de overheid; althans wat haar rechtskracht betreft, wat niet wil zeggen dat de overheid meteen de auteur van de regeling wordt; deze blijft uitsluitend het werk van particulieren.

De Raad van State drukt het als volgt uit: door de algemeen verbindend verklaring worden aan de c.a.o. «rechtsgevolgen verbonden die uiteraard alleen aan door de overheid zelf uitgevaardigde regelingen worden toegekend, zodat zij ten aanzien van de bedrijfsgenoten dezelfde juridische waarde als een verordening krijgen. Daarom bepaalt de wetgever dat die rechtsgevolgen maar kunnen tot stand worden gebracht door een koninklijk besluit»¹⁹.

10. Procureur-generaal Dumon geeft door de reeds aangehaalde definitie uitdrukkelijk te kennen dat de regel niet noodzakelijk «uitgevaardigd» moet zijn door de overheid (édictee par l'autorité); voldoende is dat zij door de overheid «aangenomen of vastgelegd» is (admise ou consacrée par elle). Aan dit vereiste is, naar mijn gevoelen, voldaan, wanneer een regeling uitgevaardigd door particulieren in de door de wet omschreven voorwaarden, krachtens diezelfde wet de rechtskracht en het karakter van een verordening krijgt door een besluit van de uitvoerende macht.

Dit betekent dus dat de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst een wet in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek is.

Het gevolg hiervan is dat de uitlegging van de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. niet in laatste instantie aan de feitenrechter maar aan het Hof toekomt.

Zoals het Hof voorheen de algemeen verbindend verklaarde beslissingen van de paritaire comités interpreteerde²⁰, heeft menig arrest ook reeds de wettigheid van een rechterlijke beslissing getoetst aan een bepaling van een algemeen verbindend verklaarde c.a.o.²¹. Impliciet erkent deze rechtspraak dus dat zulke c.a.o.'s wetten in de voornoemde zin zijn.

11. Nu zou misschien de vraag kunnen worden gesteld of in verband met de interpretatiebevoegdheid toch geen moeilijkheden kunnen ontstaan uit de dualiteit in de aard van de c.a.o.: in wezen en naar haar oorsprong weliswaar

contractueel, maar door de algemeen verbindend verklaring niettemin reglementair.

Behoudt de feitenrechter dan toch niet enige bevoegdheid om, buiten de controle van het Hof, de overeenkomst uit te leggen conform de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen, zoals artikel 1156 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt? En wanneer, zoals in de onderhavige zaak is gebeurd, partijen zelf hun werkelijke bedoeling in een commentaar hebben vastgelegd, mag de feitenrechter dan niet oordelen dat de c.a.o. overeenkomstig dat commentaar moet worden uitgelegd, zoals het arbeidshof ten deze gedaan heeft?

Deze vragen moeten worden geplaatst, dacht ik, in het ruimere kader van de bevoegdheid van de partijen die de c.a.o. hebben aangegaan, om deze na de algemeen verbindend verklaring nog te wijzigen en, zelfs meer algemeen, om nog regelend op te treden in aangelegenheden die zij in een algemeen verbindend verklaarde c.a.o. reeds geregeld hebben.

Het spreekt vanzelf dat de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. kan worden vervangen of gewijzigd door een nieuwe algemeen verbindend verklaarde c.a.o. Maar de vraag is of zulks ook kan zonder dat een nieuwe overeenkomst algemeen verbindend verklaard wordt.

12. De organisaties die een c.a.o. voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd met verlengingsbeding hebben gesloten, kunnen deze vooreerst opzeggen. Alsdan heft de Koning, luidens artikel 33, tweede lid, van de C.a.o.-wet, het besluit tot algemeen verbindend verklaring op met ingang van de datum waarop de overeenkomst een einde neemt.

De contracterende organisaties kunnen ook een nieuwe c.a.o. sluiten die bijkomende of aanvullende rechten en verplichtingen doet ontstaan voor de werknemers en werkgevers die door de oorspronkelijke c.a.o. als zodanig gebonden zijn²².

Maar zij kunnen die werkgevers en werknemers niet ontslaan van de toepassing van de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. door de werkgevers mindere verplichtingen op te leggen of de werknemers mindere rechten toe te kennen. En evenmin kunnen zij enige wijziging aanbrenge in de rechten en verplichtingen van de werknemers en werkgevers die alleen ingevolge de algemeen verbindend verklaring gebonden zijn.

Nemen wij de in deze zaak aan de orde zijnde c.a.o. nr. 17 als voorbeeld.

De representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties kunnen niet overeenkomen dat de werknemers maar recht op brugpensioen hebben vanaf bijvoorbeeld 61 i.p.v. 60 jaar of dat de werkgevers maar 1/4 i.p.v. de helft van het verschil tussen het loon en de werkloosheidsuitkering moeten betalen. Maar zij kunnen de werkgevers wel verplichten het volledige verschil bij te passen in plaats van de helft, maar dan alleen de werkgevers die door de c.a.o. als zodanig gebonden zijn.

Wanneer nu, zoals eiser beweert, de werkgever volgens artikel 3, a, van de c.a.o. niet gehouden is tot het betalen van brugpensioen aan een werknemer die geen 60 jaar is op het ogenblik dat hij wordt opgezegd, kunnen de representatieve organisaties in de Nationale Arbeidsraad wel overeenkomen dat het brugpensioen ook toekomt aan de werk-

¹³ Als belangrijkste uitzondering hierop geldt dat de paritaire comités nog bij wijze van algemeen verbindend verklaarde beslissing de prestaties van algemeen belang in vredetijd vaststellen (wet van 19 augustus 1948, artt. 1 en 2).

¹⁴ Minder correct is de terminologie van de wet van 7 januari 1958, luidens welke paritaire comités fondsen voor bestaanszekerheid «oprichten» bij collectieve arbeidsovereenkomst (art. 1). Even onnauwkeurig is de zinssnede in artikel 5bis van de wet van 29 mei 1952, ingevoegd door de wet van 5 december 1968: «Wanneer de Nationale Arbeidsraad bijeenkomt met het oog op het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst ...».

¹⁵ Senaat, 1966-1967, *Gedr. St.*, nr. 148, blz. 88, II, A (de geciteerde tekst op blz. 89).

¹⁶ *Ibid.*, blz. 89, B.

¹⁷ *Ibid.*, blz. 92.

¹⁸ *Ibid.*, blz. 88-89, A, en 90, D.

¹⁹ *Ibid.*, blz. 88.

²⁰ Zie hiervoor onder nr. 6, voetnoot 11.

²¹ Cass., 22 oktober 1975 (*Arr. Cass.*, 1976, 238), 13 oktober 1976 (*ibid.*, 1977, 191), 29 november 1978 en 10 oktober 1979 (nog niet gepubliceerd).

²² Zie artikel 19 van de C.a.o.-wet.

nemers die pas 60 jaar worden op het ogenblik dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk een einde neemt; en uit de artikelen 16, 6°, en 32 van de C.a.o.-wet volgt zelfs dat zij aan die overeenkomst terugwerkende kracht kunnen geven. Maar wanneer die overeenkomst niet algemeen verbindend verklaard is, geldt zij niet voor de werkgevers die alleen ingevolge de algemeen verbindend verklaring en niet door de c.a.o. als zodanig gebonden zijn.

Deze regel geldt zowel wanneer een nieuwe c.a.o. wordt gesloten, als wanneer de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. wordt gewijzigd. En die wijziging kan desnoods ook worden doorgevoerd in de vorm van een commentaar op de c.a.o.; alleen is dan wel vereist dat dat commentaar op dezelfde wijze tot stand is gekomen als een c.a.o. en aan de door de C.a.o.-wet gestelde voorwaarden voldoet.

13. Nu bepaalt artikel 26 van de C.a.o.-wet wel dat van een in een paritair orgaan gesloten overeenkomst de bedingen die verband houden met de individuele betrekkingen tussen werkgever en werknemer, ook bindend zijn voor de werkgevers en werknemers die niet als zodanig door de c.a.o. gebonden zijn, tenzij in de individuele arbeidsovereenkomst schriftelijk een met de c.a.o. strijdig beding is opgenomen. Deze suppletieve binding geldt evenwel slechts vanaf de vijftiende dag na de bekendmaking van een bericht in het Belgisch Staatsblad overeenkomstig artikel 25 van de wet.

Ten deze gaat het om een c.a.o. gesloten in de Nationale Arbeidsraad, die een paritair orgaan is (art. 1.3.). En de bepaling die de werkgever verplicht brugpensioen aan zijn werknemer te betalen, is een beding dat verband houdt met de individuele betrekkingen tussen werkgever en werknemer, in de vakliteratuur «individueel normatieve bepaling» genoemd²³. Artikel 26 is dus toepasselijk.

Wanneer het commentaar bij de c.a.o. nr. 17 tot stand is gekomen in de vorm van een c.a.o. die aan de voorschriften van de wet—ook inzake bekendmaking—voldoet, is deze dus bindend voor

1° de werkgevers en werknemers die met toepassing van artikel 19 van de C.a.o.-wet gebonden zijn, d.z. als regel de werkgevers die lid zijn van een gebonden werkgeversorganisatie en al hun werknemers; zij zijn gebonden vanaf de in het commentaar vermelde datum;

2° alle andere werkgevers en werknemers van het hele land, tenzij zij individueel en schriftelijk overeengekomen zijn de in het commentaar neergelegde regels niet toe te passen; zij zijn evenwel maar gebonden vanaf de vijftiende dag na de bekendmaking van een bericht in het Belgisch Staatsblad.

Het commentaar kan dus bindend zijn als een autonome c.a.o. met eigen gelding en rechtskracht, die naast de c.a.o. nr. 17 is tot stand gekomen. Opdat de werknemer zich daarop kan beroepen en de rechter de werkgever op grond daarvan kan veroordelen, moet evenwel vastgesteld zijn dat aan de opgesomde wettelijke voorwaarden van rechtsgeldigheid is voldaan. En dat stelt het bestreden arrest ten deze niet vast.

14. Het commentaar kan de c.a.o. nr. 17 zelf echter niet wijzigen. Deze is bij koninklijk besluit algemeen verbindend verklaard, heeft dus de rechtskracht van een veror-

dening en de naleving ervan is zelfs strafrechtelijk gesanc-tioneerd (art. 56.1).

Artikel 51 van de C.a.o.-wet bepaalt «de hiërarchie van de verbintenissen in de arbeidsbetrekkingen tussen werkgevers en werknemers». Het plaatst in die hiërarchie de algemeen verbindend verklaarde c.a.o.'s onmiddellijk achter de dwingende bepalingen van de wet en vóór de niet algemeen verbindend verklaarde c.a.o.'s. Dit betekent dat een niet algemeen verbindend verklaarde c.a.o. geen afbreuk mag doen aan een algemeen verbindend verklaarde. De representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties die in de Nationale Arbeidsraad een c.a.o. hebben gesloten welke algemeen verbindend verklaard is, mogen daarvan, krachtens artikel 51, niet zelf meer afwijken door een nieuwe c.a.o. aan te gaan, welke niet algemeen verbindend verklaard is.

En wat de organisaties niet kunnen door het sluiten van een nieuwe c.a.o., kunnen zij a fortiori niet op een andere wijze, die niet wettelijk geregeld is, m.n. door de interpretatie van de oorspronkelijke c.a.o. Wanneer hun akkoord algemeen verbindend verklaard is, kunnen zij dit alleen nog wijzigen door een nieuw akkoord dat op zijn beurt algemeen verbindend verklaard is.

15. Beperkt de hiërarchie van de rechtsbronnen, zoals omschreven in artikel 51 van de C.a.o.-wet, de bevoegdheid van de contracterende partijen om de c.a.o. te wijzigen, dan beïnvloedt zij in dezelfde zin de interpretatiebevoegdheid van de rechter.

Veroordeelt hij een werkgever tot naleving van een algemeen verbindend verklaarde c.a.o. uitsluitend op grond van een niet algemeen verbindend verklaard commentaar, dan neemt hij aan dat partijen de draagwijdte van de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. kunnen wijzigen zonder een nieuwe algemeen verbindend verklaarde c.a.o. te sluiten, stelt hij dus het eenvoudige akkoord tussen partijen boven de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. En dat is in strijd met artikel 51 van de C.a.o.-wet.

Voor de toepassing van een algemeen verbindend verklaarde c.a.o. moet de rechter dezelfde interpretatieregels volgen als voor de toepassing van een verordening van de uitvoerende macht. Hij moet de draagwijdte van de c.a.o. zelf achterhalen. Daarvoor mag hij natuurlijk rekening houden met de bedoeling van degenen die de regeling tot stand hebben gebracht, ten deze de organisaties die de c.a.o. hebben gesloten. Maar hij mag de wil van de partijen niet laten prevaleren boven de draagwijdte van de c.a.o. zelf. Wanneer hij vaststelt dat de uitlegging die de partijen achteraf aan de c.a.o. geven, afwijkt van hetgeen zij in werkelijkheid overeengekomen zijn toen zij de c.a.o. hebben aangegaan, mag hij de werkgever op grond van die afwijkende wilsuitering geen verplichtingen opleggen die uit de c.a.o. zelf niet voortvloeien. Een door de partijen gegeven commentaar bij een algemeen verbindend verklaarde c.a.o. kan de rechter wel behulpzaam zijn om deze te interpreteren; het kan zich echter nooit als bindend aan hem opdringen.

Aangezien overigens de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. een wet is in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek, is de interpretatie van de feiten-rechter in cassatie niet onaantastbaar. Het komt het Hof toe na te gaan of de rechter aan de c.a.o. zijn ware draagwijdte en betekenis heeft gegeven. En evenmin als de feiten-rechter is het Hof gebonden door een commentaar van partijen dat zelf niet algemeen verbindend verklaard is.

²³ Senaat, 1966-1967, *Gedr. St.*, nr. 148, blz. 15-16.

De dualiteit in de aard van de algemeen verbindend verklaarde c.a.o. staat de bevoegdheid van het Hof om deze te interpreteren dus niet in de weg. Derhalve kan het Hof kennis nemen van het middel dat de schending van zulke c.a.o. aanvoert.

De door verweerder opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid faalt naar recht.

16. Het eerste onderdeel van het middel stelt de vraag aan de orde welke de betekenis is van het begrip «ontslagen worden» in de zin van artikel 3, a, van de c.a.o. nr. 17. Luidens deze bepaling hebben aanspraak op brugpensioen «de werknemers van 60 jaar en ouder die worden ontslagen».

Het arbeidshof oordeelt dat verweerder aan de gestelde leeftijdsvoorwaarde voldoet, hoewel hij werd opgezegd alvorens hij 60 jaar was geworden, omdat hij die leeftijd bereikt had op het ogenblik dat zijn tewerkstelling daadwerkelijk een einde nam. Eiseres voert daartegen aan dat rekening moet worden gehouden met de datum waarop de opzegging werd gegeven.

17. «Ontslag» is, volgens het Sociaalrechtelijk Woordenboek, de «beëindiging» van o.m. een arbeidsovereenkomst «door een gedraging van een van de partijen, waaruit de wil blijkt om te beëindigen».

Uit deze begripsomschrijving volgt vooreerst dat ontslag wijst op een eenzijdige beëindiging door een van beide partijen. Wanneer de c.a.o. als voorwaarde stelt dat de werknemer ontslagen wordt, is dus vereist dat het initiatief tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is uitgegaan van de werkgever.

De term «ontslag» laat evenwel in het vage hoe de arbeidsovereenkomst door de werkgever werd beëindigd; dit kan o.m. zijn op staande voet, al dan niet wegens dringende reden, of met inachtneming van een opzeggingstermijn of ook door eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst²⁴. Ontslag wegens dringende reden is door artikel 3, a, van de c.a.o. uitdrukkelijk uitgesloten, wat a contrario erop wijst dat de term «ontslagen worden» als zodanig een ruime betekenis heeft en alle vormen van ontslag dekt.

Laat de term «ontslag» in het midden hoe de arbeidsovereenkomst is beëindigd, dan zou men daaruit kunnen afleiden dat die term veeleer wijst op de handeling, de daad of de gedraging waardoor een einde aan de overeenkomst wordt gemaakt, en niet op het ogenblik waarop de overeenkomst beëindigd wordt. Dat ligt eveneens besloten in de aangehaalde definitie, luidens welke het ontslag ontstaat door een gedraging «waaruit de wil blijkt om te beëindigen».

Deze opvatting vindt ook duidelijk steun in het arrest van 14 mei 1975²⁵, waarin het Hof overweegt dat «ontslag een handeling is waardoor een partij aan de andere ter kennis brengt dat zij de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst voor bedienden wil beëindigen»²⁶. Er dient wel te worden opgemerkt dat in de Franse versie van dit arrest de term «congé» wordt gebruikt, terwijl in de besproken be-

paling van de c.a.o. nr. 17 tegenover «ontslagen worden» in het Frans «sont licenciés» staat. Het komt mij trouwens voor dat het overigens in het Frans gewezen arrest van 14 mei 1975 eerder de Franse term «congé» dan de Nederlandse «ontslag» omschrijft. Want voor dit laatste is niet noodzakelijk vereist dat de ontslaggevende partij de wil om te beëindigen *ter kennis* van de andere partij brengt; dat kan ook gebeuren door gedragingen of omstandigheden waaruit de wil tot beëindigen kan worden afgeleid, bijvoorbeeld de eenzijdige wijziging van een essentieel element van de arbeidsovereenkomst.

Dit neemt niet weg dat «ontslag» wijst op de wil tot beëindigen en niet op het ogenblik van de daadwerkelijke beëindiging, wanneer het ontslag ter kennis wordt gebracht. De werknemer die opzegging gekregen heeft, is in die opvatting op dat ogenblik ontslagen, ook al blijft de overeenkomst, zoals het arrest van 10 oktober 1977²⁷ beslist, «ondanks de opzegging voortbestaan tot het verstrijken van de in deze opzegging bepaalde termijn».

Aangezien de term «ontslag» echter een begrip met een zeer ruime, niet scherp omlinjende inhoud weergeeft en in beginsel alle vormen van eenzijdige beëindiging dekt, is het misschien verkiesliker de juiste betekenis en draagwijdte ervan vast te stellen voor elke regeling afzonderlijk liever dan uit te gaan van een algemene begripsbepaling, die voor alle regelingen in globo moet gelden.

18. Over de interpretatie van het begrip «ontslagen worden» in de zin van de c.a.o. nr. 17 kan bezwaarlijk twijfel bestaan, omdat artikel 13 maar één uitlegging mogelijk maakt, die overigens in de lijn van de algemene betekenis ligt.

Luidens dit artikel treedt de c.a.o. in werking op 1 januari 1975. Dit betekent dus dat zij geldt voor de werknemers die vanaf die datum ontslagen worden.

Het tweede lid van artikel 13 voegt daaraan evenwel toe dat de c.a.o. *eveneens* van toepassing is «op de werknemers die ontslagen werden vóór de eerste januari 1975 en wier arbeidsovereenkomst na die datum een einde heeft genomen, in zover dat de opzeggingstermijn ten vroegste op 1 oktober 1974 is ingegaan».

Deze bepaling maakt een duidelijk en uitdrukkelijk onderscheid tussen het «ontslagen worden» en het «een einde nemen» van de arbeidsovereenkomst. Het ontslag is in die context niet het daadwerkelijke einde van de arbeidsverhouding en kan dus niets anders zijn dan de uitdrukking van de wil tot beëindiging, d.i. de opzegging.

Voorts wijst het tweede lid uitdrukkelijk erop dat het toepassingsgebied van de c.a.o. bij overgangsmaatregel wordt uitgebreid, aangezien het bepaalt dat de c.a.o. *eveneens* van toepassing is op ... En die uitbreiding heeft betrekking op de datum van het ontslag. Hoewel zij, luidens het eerste lid, maar uitwerking heeft vanaf 1 januari 1975, kent het tweede lid het brugpensioen niettemin ook toe aan werknemers die vóór die datum ontslagen werden. En aangezien het een uitbreiding van het toepassingsgebied betreft, moet het wel zijn dat de werknemers die vóór 1 januari 1975 werden opgezegd, geen recht op brugpensioen hadden, ook al heeft hun arbeidsovereenkomst eerst na die datum een einde genomen.

Wanneer nu in artikel 3, a, «ontslagen worden» het daadwerkelijke einde zou betekenen, zou de overgangsbe-

²⁴ Cass., 4 september 1978 *Pas.*, 1979, I, 1.

²⁵ *Arr. Cass.*, 1975, 991.

²⁶ Zie ook de samenvatting van het arrest van 10 december 1975 in *Arr. Cass.*, 1976, 447.

²⁷ *Arr. Cass.*, 1978, 177.

paling van artikel 13, tweede lid, geen zin hebben. Want dan zouden de werknemers die tot na 1 januari 1975 in dienst zijn gebleven, reeds aanspraak op brugpensioen hebben met toepassing van het eerste lid van artikel 13, aangezien zij dan zouden moeten worden geacht ontslagen te zijn na de datum van inwerkingtreding van de c.a.o.

Artikel 13 laat derhalve geen andere interpretatie van het begrip «ontslag» toe dan de handeling waardoor een einde aan de overeenkomst wordt gemaakt, ook voor de toepassing van artikel 3, a.

Volledigheidshalve moge nog worden opgemerkt dat dit begrip ook in artikel 10 in dezelfde zin wordt gebruikt. Dit artikel verplicht de werkgever tot overleg met de vertegenwoordigers van het personeel en tot een onderhoud met de betrokken werknemer alvorens «de beslissing tot ontslag» wordt genomen. Het spreekt vanzelf dat deze procedure geen zin meer heeft, wanneer de werknemers reeds ontslagen zijn, maar nog aan het werk zijn omdat de opzeggingstermijn niet verstreken is.

19. Ten slotte moge nog worden opgemerkt dat de interpretatie volgens welke het einde van de overeenkomst in aanmerking komt, tot rechtsonzekerheid leidt en discriminatoir werkt.

Onzekerheid ontstaat doordat in die hypothese niet van te voren vaststaat, wanneer de overeenkomst daadwerkelijk eindigt. De opzeggingstermijn kan worden geschorst, bijvoorbeeld door arbeidsongeschiktheid, zodat de dienstbetrekking alsdan later eindigt dan oorspronkelijk voorzien; de onderhavige zaak is daarvan een duidelijke illustratie. Overigens kunnen de werkgever en de hogere bediende overeenkomen de duur van de opzeggingstermijn door de rechter te doen vaststellen; alsdan weten zij op het ogenblik dat de bediende ontslagen wordt, zeker niet wanneer de overeenkomst daadwerkelijk zal eindigen.

Discriminatoir is de interpretatie die rekening houdt met het werkelijke einde, omdat de opzeggingstermijnen voor werklieden aanmerkelijk korter zijn dan die voor bedienden en de hogere bedienden bovendien nog bevoordeeld zijn tegenover de lagere.

Een werkmans met minder dan twintig jaar dienst zou geen recht op brugpensioen hebben, indien hij vijf weken vóór zijn 60e verjaardag wordt ontslagen. Een lagere bediende met evenveel dienstjaren zou daarentegen reeds brugpensioen genieten op 59 jaar en een hogere bediende misschien reeds op 58 jaar.

Het is zeer de vraag of deze gevolgen beantwoorden aan de opzet van de c.a.o.

20. Het arbeidshof leidt zijn interpretatie van het begrip «ontslag» af uit het commentaar dat de Nationale Arbeidsraad zelf heeft gegeven, doch dit heeft, volgens eiseres, geen rechtskracht.

Hierover heb ik reeds als mijn mening te kennen gegeven dat dit commentaar, dat zelf niet algemeen verbindend verklaard is, de c.a.o., die wel algemeen verbindend verklaard is, niet kan wijzigen. En ook als interpretatiebron kan het niet in aanmerking komen, omdat uit de voorgaande ontleding van de tekst van de c.a.o. duidelijk blijkt dat de partijen die ze hebben aangegaan, de bedoeling niet konden gehad hebben het feitelijke einde van de arbeidsovereenkomst als ontslag te beschouwen. Het commentaar geeft uiteindelijk maar een uitlegging post factum, die wordt tegengesproken door de bedoeling zoals de partijen zelf die in de tekst tot uitdrukking hebben gebracht op het ogenblik dat zij de c.a.o. hebben aangegaan.

Eventueel zou, zoals werd gezegd, de commentaar als autonome rechtsbron een aanvullende verplichting op de werkgevers kunnen leggen.

Maar dan is in de eerste plaats vereist dat het commentaar kan worden aangemerkt als een c.a.o. aangegaan in de Nationale Arbeidsraad met inachtneming van de bepalingen van de C.a.o.-wet. Het blijkt evenwel niet dat zulks het geval is. Het arrest stelt alleen vast dat het commentaar aan de c.a.o. nr. 17 werd toegevoegd «in de raadszitting van 29 januari 1976 van de Nationale Arbeidsraad»²⁸.

En indien het om een ware c.a.o. gaat, is ze voor eiseres maar bindend, indien aan het bepaalde in artikel 19 van de C.a.o.-wet is voldaan, wat evenmin uit het arrest blijkt.

Suppletief bindend voor eiseres, met toepassing van artikel 26, is ze in dit geval zeker niet. Want zij dagtekt van na het verstrijken van verweerders arbeidsovereenkomst; en zoals werd gezegd, kan de suppletieve binding in geen geval terugwerkende kracht hebben.

21. Nu het arbeidshof zijn interpretatie uitsluitend grondt op de commentaar, die geen rechtskracht heeft, schendt het daardoor alleen reeds artikel 3 van de c.a.o. nr. 17.

Indien evenwel de uitlegging van het arbeidshof zou overeenstemmen met de draagwijdte en betekenis die de besproken bepaling werkelijk heeft, zou de bestreden beslissing niettemin wettig verantwoord zijn, nu deze de vereiste feitelijke gegevens bevat om vast te stellen dat verweerder in die hypothese inderdaad recht op brugpensioen heeft. Alsdan zou de begane wetsschending niet tot cassatie kunnen leiden²⁹.

Daarom dient het Hof ook uitspraak te doen over de betekenis van het begrip «ontslagen worden» in de zin van de c.a.o. nr. 17.

Aangezien het arbeidshof artikel 3 verkeerd toepast, is het eerste onderdeel gegrond.

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 19 februari 1979 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1134, 1135, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 17 van het Gerechtelijk Wetboek, 1, 3, 16, 30, 19, 28bis van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, gewijzigd bij de wetten van 4 maart 1954, 10 december 1962, 24 december 1963, 5 december 1968 en 21 november 1969, 51 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, 1, 2, 3, 4, 10 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17, gesloten op 19 december 1974 in de Nationale Arbeidsraad, tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 16 januari 1975,

(...)

²⁸ Zie ook het Verslag van de Secretaris van de Nationale Arbeidsraad over de activiteit van de Raad 1976-1977, blz. 40.

²⁹ Cass., 13 maart 1978 (*Arr. Cass.*, 1978, 816) en 3 november 1978 (*R.W.*, 1978-79, 1023).

terwijl, eerste onderdeel, verweerder door eiseres ontslagen is door de opzegging die hem op 14 februari 1975 is betekend en die inging op 17 februari 1975 om te eindigen op 15 maart 1975; verweerder toen nog geen 60 jaar was en derhalve geen recht heeft op de aanvullende vergoeding; het feit dat de opzegging door ziekte geschorst werd, daarin geen wijziging aanbrengt en de commentaar bij een collectieve arbeidsovereenkomst geen rechtskracht heeft (schending van de artikelen 1134, 1135 van het Burgerlijk Wetboek, 3, 16, 3°, 19, 28bis van de wet van 10 maart 1900, 51 van de wet van 5 december 1968, 3 en 10 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17);

(...)

Over de grond van niet-ontvankelijkheid, door verweerder tegen het cassatiemiddel aangevoerd en hieruit afgeleid dat: dit laatste in essentie steunt op de schending van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 december 1974; in zoverre het, met eiseres, zou oordelen dat het wezenlijke kenmerk van collectieve arbeidsovereenkomsten is dat zij overeenkomsten zijn en blijven, het Hof niet bevoegd is om te beslissen of de uitlegging die de feitenrechter aan een overeenkomst heeft gegeven, al dan niet juist is, noch om zijn uitlegging in de plaats te stellen van die van de rechter; het Hof alleen nagaat of de rechter bij de uitlegging van een geschreven akte de bewijskracht ervan miskent; eiseres nochtans de miskening van de bewijskracht van de betwiste collectieve arbeidsovereenkomst niet inroept en zich ertoe beperkt de onaantastbare beoordeling van de rechters te bestrijden; eiseres weliswaar in het tweede en het derde onderdeel de schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek aanvoert, maar dan niet precieus waarin die schending zou bestaan:

Overwegende dat het geschil handelt over de toepassing van normatieve bepalingen vervat in de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17, gesloten op 19 december 1974 in de Nationale Arbeidsraad, tot invoering van een regeling van aanvullende vergoeding ten gunste van sommige bejaarde werknemers indien zij worden ontslagen; dat deze collectieve arbeidsovereenkomst algemeen verbindend is verklaard bij koninklijk besluit van 16 januari 1975;

Overwegende dat de normatieve bepalingen van een bij koninklijk besluit algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst een wet vormen in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek, waarvan de schending onderworpen is aan de beoordeling van het Hof;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid naar recht faalt;

Over het cassatiemiddel zelf:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arbeidshof beslist over de vraag of verweerder recht heeft op de aanvullende vergoeding, bepaald in artikel 1 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 19 december 1974, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 16 januari 1975, en daartoe onder meer onderzoekt of hij voldoet aan de in artikel 3, a, eerste zinsnede, gestelde voorwaarde, die als volgt luidt: «De in artikel 1 bedoelde regeling geldt voor de werknemers van zestig jaar en ouder die worden ontslagen»;

Overwegende dat, luidens artikel 13 van dezelfde collectieve arbeidsovereenkomst, deze op 1 januari 1975 in werking treedt, maar eveneens van toepassing is «op de werknemers die ontslagen werden vóór de eerste januari

1975 en wier arbeidsovereenkomst na die datum een einde heeft genomen, in zoverre dat de opzeggingstermijn ten vroegste op 1 oktober 1974 is ingegaan»;

Dat uit deze bepaling noodzakelijk volgt dat als ontslag in de zin van deze collectieve arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt de handeling waardoor de werkgever de met de werknemer aangegane arbeidsovereenkomst beëindigt, ongeacht de datum waarop de overeenkomst daadwerkelijk eindigt; dat, wanneer de werknemer wordt opgezegd, hij moet worden geacht te zijn ontslagen op de datum van de kennisgeving van de opzegging en niet op de datum waarop de opzeggingstermijn eindigt;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder, die geboren is op 1 mei 1915, op 14 februari 1975 een regelmatige opzegging ontving, ingaande op 17 februari 1975 en eindigende op 15 maart 1975; dat de opzeggingsperiode wegens ziekte van verweerder gedurende de periode van 12 maart 1975 tot en met 24 mei 1975 geschorst werd, zodat ze diende te worden verlengd tot 28 mei 1975;

Overwegende dat de rechters in hoger beroep oordelen dat, hoewel de beslissing verweerder te ontslaan genomen werd op een tijdstip dat hij nog geen zestig jaar oud was en de opzeggingstermijn normaal verstreken geweest zou zijn vooraleer hij deze leeftijd bereikte, hij nochtans recht heeft op de aanvullende vergoeding, nu het verloop van de opzegging werd geschorst wegens ziekte en hij op de einddatum van zijn tewerkstelling meer dan zestig jaar oud was;

Overwegende dat deze beslissing steunt op de volgende consideransen: «Ingevolge het bijkomende commentaar bij de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17 werd in de raadszitting van 29 januari 1976 van de Nationale Arbeidsraad, wat de appreciatie van de leeftijdsvoorwaarden betreft, de volgende tekst bijgevoegd bij de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17 van 19 december 1974: wanneer een werknemer wordt ontslagen met een opzeggingstermijn, wordt het ontslag geacht in te gaan op het ogenblik van het effectief verstrijken van deze termijn; dit geldt eveneens indien het effectief verstrijken van deze termijn wordt uitgesteld wegens een schorsing van de arbeidsovereenkomst, bij voorbeeld om reden van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte»;

Overwegende dat het door het arbeidshof aangehaalde commentaar niet is opgenomen in de tekst van de collectieve arbeidsovereenkomst, zoals deze bij koninklijk besluit algemeen verbindend is verklaard; dat het derhalve de draagwijdte en de betekenis van de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst niet kan wijzigen;

Overwegende dat het arrest artikel 3 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17 van 19 december 1974 schendt door te beslissen dat verweerder op de in deze collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde aanvullende vergoeding recht heeft, hoewel hij nog geen 60 jaar was, toen hij werd opgezegd;

Dat het onderdeel gegrond is;

Om die redenen, vernietigt het bestreden arrest.

NOOT—Het gecasseerde arrest van het Arbeidshof te Gent, afd. Brugge, van 19 febr. 1979 is gepubliceerd in *R.W.*, 1979-80, 913, met noot.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. — 3 OKTOBER 1978

Voorzitter: de h. Van Hecke

Raadsheren: mevr. Vanstreels en de h. Raymaekers

Advocaat-generaal: de h. Six

Advocaten: mrs. Valvekens en Stas

Geneeskunst — Tandarts — Reclame.

Het verzenden van 2500 kaartjes betreffende een gewijzigde consultatieregeling in de omgeving van een gemeente van ongeveer 10.000 inwoners waar twee tandartsen gevestigd zijn, moet onvermijdelijk ook niet-cliënten bereiken, maar in dergelijke gemeenten kent praktisch iedereen de aanwezigheid van een sinds jaren gevestigde tandarts, zodat er weinig kans bestaat dat hierdoor nieuwe cliënten worden aangetrokken. Zodanige handelwijze komt eerder als deontologisch ongepast voor en er zijn onvoldoende bezwaren om ze in de gegeven omstandigheden te beschouwen als directe of indirecte reclame.

Vereniging der Mond- en Tandartsen
van België t/ G.

Telastlegging: te H. meermaals met overtreding van artikel 1 van de wet van 15 april 1958, betreffende de publiciteit inzake tandverzorging voor het verzorgen van aandoeningen, letsels of afwijkingen van de mond en van de tanden direct of indirect enige reclame gemaakt te hebben.

Gezien de beschikking van de Raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren van 7 juli 1978 die verklaart dat er geen reden tot vervolging van hogergenoemde is wegens de hierboven omschreven tenlastelegging;

Overwegende dat het verzet ontvankelijk is;

Overwegende dat verdachte verklaart dat hij volledig te goeder trouw in juni 1976 in «Hier Tongeren» een aankondiging met melding van verlofperiode en gewijzigde spreekuren liet verschijnen;

Overwegende dat volgens de voorgelegde stukken blijkt dat meerdere tandartsen in ongeveer dezelfde zin handelden, hetgeen op een eerder betreutswaardige streekgewoonte wijst;

Overwegende dat de burgerlijke partij verdachte een verwittiging stuurde en zijn uitleg klaarblijkelijk aannam, aangezien er geen klacht op volgde;

Overwegende dat verdachte achteraf zich van dergelijke aankondigingen onthield, doch in november 1977 zijn opnieuw gewijzigde consultatieregeling liet drukken op 2700 kaartjes, welke aan klanten afgegeven werden en ook, naar bewering van verdachte, aan klanten verstuurd;

Overwegende dat het verzenden van 2500 kaartjes in de omgeving van een gemeente van ± 10.000 inwoners, waar twee tandartsen gevestigd zijn, onvermijdelijk ook niet-klanten moet bereiken; dat anderzijds in dergelijke gemeenten praktisch iedereen de aanwezigheid van een sinds jaren gevestigde tandarts kent zodat er weinig kans bestaat dat hierdoor nieuwe klanten aangetrokken worden;

Overwegende dat de handelwijze van beklagde derhalve eerder als deontologisch ongepast voorkomt en er onvoldoende bezwaren zijn om haar in de gegeven omstan-

digheden te beschouwen als rechtstreekse of onrechtstreekse publiciteit;

Overwegende dat de beslissing van de raadkamer dan ook te bevestigen is;

(...)

NOOT—*Tandheelkundigen, reclame en tuchtrecht*

De wet van 15 april 1958 betreffende de publiciteit inzake tandverzorging (B.S., 5-6 mei 1958) verbiedt direct of indirect enige reclame te maken voor het verzorgen of het doen verzorgen door een al dan niet bevoegd persoon, in België of in het buitenland, van aandoeningen, letsels of afwijkingen van de mond en van de tanden (artikel 1). Die bepaling verbiedt «alle vormen van reclame inzake tandverzorging, zonder onderscheid tussen die welke het karakter van aanbeveling, aantrekking of propaganda dragen (...) en zonder onderscheid ten aanzien van de bedoeling die erbij voorzat» (Cass., 19 januari 1970, R.W., 1969-70, 1475). De enige door de wet getolereerde uitzondering is «het feit voor de mutualistische klinieken en poliklinieken ter kennis van hun leden te brengen de zitdagen en -uren, de naam van hun titularissen en de wijzigingen die ermede verband houden.» (artikel 1, lid 2). Die uitzondering moet letterlijk worden verstaan (Cass., 19 januari 1970). Een zelfstandig werkend tandheelkundige mag dus op geen enkele manier het publiek op de hoogte brengen van wijzigingen in zijn consultatieregeling. In het besproken geval werd niet betwist dat tweemaal, eerst via advertenties in een reclameblad en daarna door het verzenden en uitdelen van kaartjes, gewijzigde spreekuren door een zelfstandig gevestigd tandarts aan het publiek werden meegedeeld. Toch werd zowel door de raadkamer als de kamer van inbeschuldigingstelling besloten tot buitenvervolginstelling. In het laatste geval op grond van de overweging dat «er onvoldoende bezwaren zijn om (de handelwijze) in de gegeven omstandigheden te beschouwen als rechtstreekse of onrechtstreekse publiciteit.»

2. Deze beslissing, die ingaat tegen de duidelijke tekst van artikel 1 (dat, bij wijze van voorbeeld van verboden reclame noemt: strooibiljetten en reclame via de pers), kan slechts worden begrepen vanuit een verschuiving in de oorspronkelijke doelstelling van de «tandverzorgende reclame wet» 1958. Het ging er aanvankelijk om een einde te maken aan «schreeuwerige reclame door klinieken met een commercieel karakter waar de tandheelkunde onder zodanige omstandigheden uitgeoefend wordt dat de geneeskundige wetenschap evenmin als de plichtenleer tot haar recht komt.» (Gedr.St., Kamer, 1957-58, nr. 809, memorie van toelichting, p. 2). Om deze reden, het reclameverbod, en een verbod voor tandheelkundigen om hun beroepsactiviteiten te presteren in dergelijke instellingen (artikel 2). Men hoopte dat hierdoor uiteindelijk deze instellingen zelf zouden verdwijnen. Ook een kiespijnlijdend patiënt heeft goud in de mond, en sommige commerciële tandheelkundige inrichtingen profiteerden daarvan iets te nadrukkelijker. Hun enige bedrijvigheid bestond in tandentrekkerij op grote schaal, in soms gevaarlijke omstandigheden, en daarna het aanpassen en verkopen van een kunstgebit. De toenmalige minister voor Volksgezondheid Leburton streefde met deze wet een zeer legitiem doel na: het bannen van het profitbeginsel uit de gezondheidszorg, in dit geval de tandheelkundige zorg. Het regelen van de verhoudingen

tussen de tandheelkundigen onderling kwam daarbij in het geheel niet te pas.

3. De indruk bestaat dat deze instellingen vrijwel zijn verdwenen. Of dit aan de wet te danken is, is moeilijk te evalueren. De grotere «dental mindedness» bij de bevolking, en waarschijnlijk ook het groeiende aantal tandartsen maken dat minder beroep wordt gedaan op deze instellingen, als ze nog wel bestaan. Reclame voor deze instituten komt, voor zover ik dat zie, ook niet meer voor. Daardoor heeft de wet haar belangrijkste bestaansreden, nl. een einde te maken aan die instellingen, verloren. In dit opzicht heeft zij nog wel een soort preventieve werking. Het ziet ernaar uit dat zij intussen een andere functie heeft gekregen, nl. het reguleren van de verhoudingen in de tandartsenwereld zelf.

4. Het wereldje van de tandheelkundigen wordt gekenmerkt door een zeer bonte fauna en flora. Ryckmans telde niet minder dan zes categorieën personen die op een of andere wijze bevoegd zijn de tandheelkunde uit te oefenen. (Ryckmans en Meert-Van de Put, *Les droits et les obligations des médecins*, II, p. 239). De grootste groep wordt gevormd door de licenciaten in de tandheelkunde. Ook doctors in de genees-, heel- en verloskunde zijn bevoegd de tandheelkunde uit te oefenen als zij tevens lic. in de tandheelkunde zijn. In dat geval is cumulatie van genees- en tandheelkunde toegelaten (artikel 2 K.B. 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde, B.S., 7 juni 1934). Omdat geneeskunde en tandheelkunde nogal wat raakvlakken met elkaar gemeen hebben, mogen ook de gewone doctors in de genees-, heel- en verloskunde die geen lic. in de tandheelkunde zijn, de tandheelkunde in sommige opzichten beoefenen. Zo bv. de tandextractie die zowel tot de gewone heelkunde als de tandheelkunde behoort. Dan zijn er nog de geneesheren-stomatologen of mondartsen. Ook zij bezitten de bevoegdheid de tandheelkunde uit te oefenen. Wel moet hun getuigschrift van specialist in de stomatologie een wettelijk getuigschrift zijn, maar dat bestaat niet, en het is twijfelachtig of het ooit wel zo ver zal komen.

5. Er bestaat geen orde van tandheelkundigen of van tandartsen. Geneesheren die de tandheelkunde willen uitoefenen uit hoofde van hun titel van doctor in de genees-, heel- en verloskunde moeten volgens Ryckmans lid zijn van de Orde der Geneesheren. Dat is logisch, omdat de tandheelkunde dan als geneeskunde wordt uitgeoefend (Ryckmans, *op. cit.*, p. 238). Interessanter is de vraag of geneesheren die de tandheelkunde, en alleen maar dat, willen uitoefenen als lic. in de tandheelkunde, ook moeten zijn ingeschreven. Aangezien tandheelkunde wettelijk een onderdeel blijft uitmaken van de geneeskunde (zie artikel 1, K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst, B.S., 14 november 1967), lijkt het antwoord positief te zijn. Bovendien lijkt het nogal irrealistisch dat een doctor in de genees-, heel- en verloskunde zich een dergelijke zelfbeperking oplegt.

Er is geen orde belast met het toezicht op de naleving van de deontologie en ook anderszins bestaat geen tuchtrechtelijk toezicht. In Nederland, waar geen orden bestaan voor gezondheidsberoepen, vallen tandartsen wel onder de toepassing van de Medische Tuchtwet.

Met het toezicht op de naleving van de regels van het reglement op de beoefening van de tandheelkunde zijn de provinciale geneeskundige commissies belast, waarin ook twee beoefenaars van de tandheelkunde zetelen. Daarnaast

heeft de beroepsvereniging der mond- en tandartsen van België zich opgeworpen als een soort privaatrechtelijke orde. De «tandverzorgende reclamewet» 1958 is met haar medewerking tot stand gebracht (*Gedr.St., Senaat*, 1957-58, nr. 228, commissieverslag), en zij ziet erop toe dat de wet wordt nageleefd. Zij probeert daarbij de facto de rol van orde te vervullen. Dat blijkt bv. uit een overweging uit het arrest: «dat de burgerlijke partij verdachte een verwittiging stuurde en zijn uitleg klaarblijkelijk aannam, aangezien er geen klacht op volgde».

6. De vereniging der mond- en tandartsen van België is een erkende beroepsvereniging; zij heeft dus rechtspersoonlijkheid en is bevoegd om vergoeding te eisen voor de benadeling van de beroepsbelangen (Hof Gent, 14 juli 1955, R.W., 1957-58, 1602). Het gaat daarbij veeleer om materiële belangen dan immateriële die langs deontologische weg kunnen worden beschermd, de zgn. waardigheid van het beroep en het vertrouwen in de stand. Door de beroepsvereniging is al verscheidene malen met succes aangevoerd dat publiciteit door een tandarts tot gevolg heeft dat de «natuurlijke en normale spreiding van klanten» verstoord wordt (zie bv. Cass., 19 januari 1970 en Cass., 18 december 1967, *J.T.*, 1968, 93-94). Tandartsen die zich wel aan het reclameverbod houden krijgen daardoor minder patiënten te verzorgen. De beslissing van de K.I. gaat er nu impliciet van uit dat pas sprake is van een overtreding van het reclameverbod van artikel 1 wanneer vaststaat dat er inderdaad patiënten (of klanten) zijn overgelopen naar de reclamemaker, of dat daartoe een reële kans bestaat. Eerst wordt gezegd dat het onvermijdelijk is dat de verzonden kaartjes ook bij niet-klanten zijn terecht gekomen. Maar de K.I. acht de kans gering dat daardoor nieuwe klanten werden aangetrokken. Daarom is geen sprake van een overtreding van artikel 1.

7. Deze uitspraak voegt dus een nieuw element toe aan het reclameverbod van artikel 1, nl. klantenronseling en -aantrekking, of een reële kans daartoe. Het gevolg hiervan is een verschuiving in de doelstelling van de wet. Het gaat niet meer in de eerste plaats om de bescherming van het gezondheidsbelang tegen profitpraktijken, maar veeleer om het reguleren van de intraprofessionele verhoudingen, de relaties tussen de beroepsleden onderling. Deze evolutie is niet vrij van kritiek. Ook in 1958 ging het, behalve om het «belang van de openbare gezondheid», ook om «de waardigheid van het beroep» (*Gedr.St., Kamer*, 1957-58, 809, memorie van toelichting, p. 2). Maar toch vraagt men zich af hoe deze laatste door niet-beroepsgenoten (de meeste commerciële instellingen werden door onbevoegden gedreven) in het gedrang kon worden gebracht. Het ging dus veel meer om het eerste, de volksgezondheid. Nu daarentegen treedt de beroepswaardigheid meer op de voorgrond. Dat element verdient m.i. echter heel wat minder wettelijke bescherming dan de volksgezondheidsbelangen. De beroepswaardigheid is hoofdzakelijk een beroepsinterne kwestie. Of het vertrouwen in de stand zonodig gehandhaafd moet worden, moeten de beroepsgenoten onderling maar uitmaken. De overheid laat zich daar beter niet mee in, en evenmin moet zij haar gezag daarvoor uitlenen aan de beroepsgroep, bv. via een publiekrechtelijke orde.

8. Neemt men aan dat beroepswaardigheid en standstrouwen veeleer tot het gedragsrecht of groepsrecht behoren, en interne handhaving hiervan voldoende is (maar daarom nog niet noodzakelijk), dan mag de «tandverzor-

gende reclamewet» 1958 niet worden gehanteerd als een instrument om langs onrechtstreekse weg de overheid toch te betrekken bij het handhaven van de relaties tussen de professieleden onderling. In dit opzicht moet de beslissing worden goedgekeurd waar zij zegt dat de handelwijze «eerder als deontologisch ongepast voorkomt», daarbij implicerend dat de (straf)rechter zich met dergelijke gedragingen niet moet bezig houden, en dat de groep zelf maar moet optreden als zij dat nodig vindt.

Toch wekt de beslissing de indruk dat er wel zou zijn opgetreden ingeval zich een klantenverschuiving had voorgedaan na de publiciteit. Als dat zo zou zijn, dan bestaat het gevaar dat de wet toch nog een middel wordt om langs indirecte weg beroepswaardigheid en standsvertrouwen door de overheid te laten beschermen.

9. Naar mijn idee zou pas moeten worden opgetreden als de reclame elementen inhoudt die het gezondheidsbelang kunnen schaden. Bv. het pretenderen van hogere kwaliteit, waar dat door patiënten onmogelijk kan worden beoordeeld. Op die manier wordt trouwens aangesloten bij de oorspronkelijke doelstelling van de wet. Handhaving van het gezondheidsbelang is, anders dan beroepswaardigheid en vertrouwen in de stand, wel een zaak die de overheid aan zich moet trekken. Of dat door de gewone rechter of de tuchtrechter moet gebeuren is een andere kwestie. Voor tandheelkundigen kan het blijkbaar wel door de gewone rechter. Het is niet meteen duidelijk waarom dat ook niet voor andere gezondheidsberoepen het geval zou zijn.

Herman Nys
Centrum voor Ziekenhuiswetenschap
Leuven

HOF VAN BEROEP TE GENT

5e KAMER — 9 OKTOBER 1979

Voorzitter: de h. Van Bever

Raadsheren: de hh. Colle en Roose

Advocaten: mrs. Herssens loco De Meulenaere en Fredericq

Lening — Bruiklening — Kosteloos — Vrijwaringsverplichting voor verborgen gebreken van de geleende zaak — Quasi-delictuele aansprakelijkheid.

Krachtens art. 1891 B.W. is de uitlener aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door de verborgen gebreken van de geleende zaak, voor zover hij die gebreken kende en de lener daarvan niet op de hoogte heeft gebracht.

Wegens de kosteloosheid van de bewezen dienst is deze verbintenis bij de uitlener niet van contractuele maar van quasi-delictuele aard. De quasi-delictuele fout moet door de benadeelde partij worden bewezen.

R. t/ N.V. Le P.

Op 8 juni 1972 om 20.20 u. reed Vincenzo A., vergezeld van Gennaro V., met een personenwagen Renault-Dauphine, bouwjaar 1963, te Tessenderlo in de Neerstraat, waar hij moest uitwijken voor een niet ver-

eenzelvige fietser. Daardoor begon de wagen te slingeren met het gevolg dat hij omkantelde en de beide inzittenden verwondingen opliepen. Voor de gewonden ging het om een arbeidsongeval in dienst van de N.V. P. en zij werden vergoed door de arbeidsongevallenverzekeraar Le P., geïntimeerde.

De wagen die A. bestuurde was hem dezelfde dag in gebruik gegeven te Deinze door de garagehouder R., appellant, in vervanging van het defecte dienstvoertuig van de N.V. P. dat bij deze garagehouder in herstelling was.

De eis van de geïntimeerde beoogt de veroordeling van appellant tot terugbetaling van de vergoedingen die zij als verzekeraar aan of ten behoeve van A. en V. heeft uitbetaald. Zij grondt haar vordering op de slechte staat van het rijtuig dat appellant ter beschikking van de aangestelden van de N.V. P. heeft gesteld.

Uit de vaststellingen van de rijkswacht is gebleken dat de geaccidenteerde Renault geen remkracht meer vertoonde, dat het remoliepotje nagenoeg geen olie meer inhield en dat de remolie niet door het omkantelen van de auto was weggegaan. De verdere gegevens omtrent de omstandigheden van het ongeval, o.m. de verklaring van getuige V., wijzen erop dat het omkantelen moet worden toegeschreven aan dit remdefect en aan de daaropvolgende zwenkingen van de auto naar aanleiding van het plots uitwijken voor de fietser.

Appellant beweert dat de wagen gratis ter beschikking werd gesteld en dat het derhalve om een overeenkomst van bruikleen gaat en dat, nu geïntimeerde, op wie ter zake als gesubrogeerde in de rechten van de slachtoffers de bewijslast rust, niet bewijst en niet aanbiedt te bewijzen dat een prijs werd bedongen, de aansprakelijkheid van appellant dan ook dient te worden beoordeeld als die van een uitleener.

De appellant is als uitlener aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door de gebreken van de auto, voorzover hij die gebreken kende en de lener daarvan niet op de hoogte heeft gebracht (art. 1891 B.W.). Wegens de kosteloosheid van de bewezen dienst is deze verbintenis bij de uitlener niet van contractuele maar van quasi-delictuele aard (Cass., 29 nov. 1963, *Pas.*, 1964, I, 342). De quasi-delictuele fout moet door de benadeelde partij bewezen worden.

De uitgeleende wagen was een negen jaar oude Renault. Over de reisweg tussen Deinze en Tessenderlo is niets bekend maar, zelfs in de veronderstelling dat de kortste weg werd genomen, bedroeg die afstand minstens 120 km. Blijkbaar verliep de reis tot aan Tessenderlo zonder technische problemen. Het is geenszins uitgesloten dat de remolie onderweg uit het remsysteem is ontsnapt.

Van een beroepsgaragehouder, die een van zijn reservewagens uitleent, mag verwacht worden dat de ter beschikking gestelde auto beantwoordt aan de elementaire veiligheidsvereisten bij het besturen op de openbare weg. Ter zake zijn evenwel geen aanwijzingen waaruit zou kunnen blijken dat reeds voor het vertrek uit de garage geen olie meer voorhanden was in het remsysteem. Het niet controleren van het remoliepeil alvorens de wagen uit te lenen maakt op zichzelf ter zake geenszins het bewijs uit dat de garagehouder kennis had van een gebrek aan het remsysteem of mag evenmin gelijkgesteld worden met een dergelijke kennis bij de garagehouder-uitlener (zie Dalcq, *Resp. civ.*, Les Nouvelles, uitg. 1967, nr. 929 bis).

De voorwaarden vereist om de aansprakelijkheid van appellant als uitlener in het gedrang te brengen zijn ten deze niet bewezen.

Ten onrechte stelt de geïntimeerde dat de garagehouder ook op grond van art. 1384, eerste lid, B.W. aansprakelijk zou zijn. De bestuurder A. en zijn gezin V. waren rechtmatig in het bezit gesteld van de auto door de garagehouder die zich geen bewaringsrecht had voorbehouden en wiens aansprakelijkheid als uitlener in het bijzonder bepaald en beperkt is zoals bepaald in art. 1891 R.W. De ontleners hadden de geleende auto onder hun bewaring toen het ongeval gebeurde, niet de appellant.

(...)

NOOT—Zie Cass., 29 november 1963, *Pas.*, 1964, I, 324, R.W., 1963-64, 2023, *J.T.*, 1964, 293, met noot van R.O. Dalcq.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

4e KAMER — 23 MAART 1979

Voorzitter: mevr. Deloof

Rechters: de hh. Mertens en De Roeck

Advocaten: mrs. Saelen loco Vandendriessche en Transaux loco Van Goethem

Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Onvermogen van de aansprakelijke derde — Vordering van de gesubrogeerde Z.I.V.-verzekeraar — Voorrang van de niet volledig vergoede verzekerde.

Krachtens art. 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963, blijven de door het verzekeringsorganisme uitgekeerde prestaties te zijnen laste, in zoverre voor de door het gemeene recht of een andere wetgeving gedekte schade niet werkelijk schadeloosstelling is verleend.

In geval van onvermogen van de aansprakelijke derde heeft de niet volledig vergoede verzekerde voorrang op de gesubrogeerde Z.I.V.-verzekeraar, niet alleen krachtens voornoemde bepaling, maar ook krachtens art. 22 van de verzekeringswet en art. 1252 B.W.

D. t/ Federatie der beroepsmutualiteiten

Gezien de stukken van het dossier van de rechtspleging, o.m. het proces-verbaal van vrijwillige verschijning van 22 december 1978;

Overwegende dat Yvonne D. op 17 sept. 1975 slachtoffer werd van een verkeersongeval waarvoor zekere C., fietser, uitsluitend aansprakelijk werd verklaard door arrest van 12 mei 1978 van de zesde kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen;

Dat C. onvermogen is en dat zijn burgerlijke aansprakelijkheid maar gedeeltelijk is ten belope van 500.000 fr., welke som reeds gestort is maar geblokkeerd blijft op een rekening geopend op de naam van de raadslieden van partijen tot na beslechting van de onderhavige betwisting;

Overwegende dat de onderhavige vordering tot verklaring van recht toelaatbaar is krachtens art. 18 Ger. W. als ingesteld om schending van een ernstig recht te voorkomen;

Overwegende dat eiseres inderdaad stelt dat het geheel bedrag van de verzekeringsvergoeding haar bij voorkeur toekomt, omdat vaststaat dat, zelfs als het gevoegd wordt

bij de sommen door tweede comparante uitgekeerd, zij nooit volledig vergoed zal zijn van haar schade;

Dat tweede comparante harerzijds stelt dat de subrogatie van art. 1252 B.W. niet van toepassing is noch die van art. 22 van de wet op de verzekering van 11 juni 1874;

Dat zij verwijst naar De Page, die echter de subrogatie van art. 70 van de wet van 9 aug. 1963 op de ziekteverzekering onderzoekt;

Dat de auteurs die wel de subrogatie van gezegd artikel 70 onderzoeken, het eens zijn dat hier ook krachtens art. 22 van de wet op de verzekeringen en diensgevolge krachtens art. 1252 B.W., de niet volledig vergoede verzekerde voorrang heeft op de gesubrogeerde verzekeraar namelijk in geval van onvermogen van een aansprakelijke derde; (De Vroe, «Uitkeringen van de mutualiteit en haar mogelijkheid tot verhaal», R.W., 1966-67, 1700 e.v.; De Leye, «La subrogation légale en matière d'assurance maladie invalidité», *J.T.*, 1974, 97-98; *T.P.R.*, 1966, 95, nr. 22: «Subrogatie»);

Overwegende dat art. 70, toepasselijk op de feiten, vóór de inwerkingtreding van de wijzigende wet van 5 aug. 1976, luidt «... de in deze wet bedoelde prestaties worden maar uitgekeerd ... als de schade waarvoor om die prestaties verzocht wordt door het gemeene recht of een andere wetgeving gedekt wordt (in bepaalde voorwaarden). In die gevallen worden verzekeringsprestaties niet samen genomen met de schadeloosstelling voortvloeiend uit de andere wetgeving. Zij zijn ten laste van de verzekering in zoverre voor de door die wetgeving gedekte schade niet werkelijk schadeloosstelling is verleend. In al de gevallen moet de rechthebbende sommen ontvangen welke ten minste gelijk zijn aan het bedrag van de verzekeringsprestaties... De verzekeringsinstelling treedt rechtens in de plaats van de rechthebbende»;

Overwegende dat de tekst zelf duidelijk genoeg is en de prestatie van het verzekeringsorganisme te haren laste moeten blijven aangezien er voor die schade geen werkelijke schadeloosstelling is verleend;

Overwegende dat de wettelijke subrogatie dan uiteraard beperkt blijft en nooit tot gevolg kan hebben dat de ziekteverzekering rechten zou kunnen doen gelden tegen de aansprakelijke derde zolang deze niet in staat is de volledige schade te dekken;

Overwegende dat de ziekteverzekering een verzekering is in de werkelijke zin van het woord (De Vroe, *loco cit.*, 1) «de toekenning van het wettelijk subrogatierecht aan de ziekteverzekeraar ... vormt de basis van het terugvorderingsrecht van de mutualiteiten. Hierdoor neemt deze verzekering plaats in de categorie van schadeverzekering, vermits de wet van 9 aug. 1963 het verzekeringscontract van de partijen vormt»;

Dat het dan zonder belang is dat de subrogatie van art. 22 van de wet op de verzekeringen niet uiteraard een subrogatie voortvloeiend uit betaling uitmaakt, aangezien art. 22 juist uitdrukkelijk de regels van de subrogatie door betaling zoals bepaald in art. 1252 B.W. toepasselijk maakt, welk art. 1252 luidt: «De indeplaatsstelling ... vermag niet de schuldeiser te benadelen, wanneer deze slechts gedeeltelijk betaald is; in dit geval kan hij zijn rechten, voor wat hem nog verschuldigd blijft, uitoefenen bij voorkeur boven degene van wie hij slechts een gedeeltelijke betaling bekomen heeft»;

Overwegende dat art. 1252 B.W. een toepassing uitmaakt van het adagio «nemo contra se subrogasse cen-

setur», een wettelijk vermoeden dat De Page (T. III, nr. 552) toepasselijk acht op iedere soort subrogatie, namelijk in geval van verzekering en zelfs van arbeidsongevallenverzekering (zie ook *Novelles, Les accidents du travail*, nr. 1130, met de aangehaalde rechtspraak van Hof Brussel, 28 november 1968 en Rb. Verviers, 28 juni 1971);

*Om die redenen,
De Rechtbank,*

Zegt voor recht dat ingevolge de principes van de wettelijke subrogatie ter zake, eiseres als gelaedeerde bij voorkeur op het verzekeringsorganisme dient te worden vergoed en het geheel van de op rekening nr. 630-0656319-76 staande sommen zowel in hoofdsom als in interesten aan eiseres zal toekomen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 15 OKTOBER 1979

Voorzitter : mevr. Bertrand

Rechters : de hh. Schollaert en Raskin

Advocaten : mrs. Lievevoens en Coenen loco Geyskens

Huur — 1. Huurovereenkomst gekoppeld aan arbeidsovereenkomst — Einde arbeidsovereenkomst — Gevolg — 2. Tijdelijke huurwetten — Wet van 27 december 1977 — Huurverlenging — Afstand ingevolge opzegging door de huurder — 3. Opzegging door de huurder — Geen stilzwijgende wederinhuring.

1. Wanneer de partijen overeengekomen zijn de totstandkoming en de duur van de huurovereenkomst te binden aan het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst, heeft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook het einde van de huurovereenkomst tot gevolg.

2. De huurder kan zich niet meer beroepen op het voordeel der huurverlenging ingevolge de tijdelijke huurwetten, als hij deze wettelijke verlenging heeft verzaakt door de huur op te zeggen.

3. Een door de huurder betekende opzegging verhindert een stilzwijgende wederinhuring (art. 1739 B.W.).

I. t/ N.V. K.

De oorspronkelijke eis van geïntimeerde strekte tot intrekking van de verlenging der huurovereenkomst ingevolge art. 5, § 3, van de wet van 27 december 1977 en de geldigverklaring van de opzegging van 19 juni 1975, aangetekend verzonden op 23 juni 1975.

De eerste rechter stelde vast dat de huurovereenkomst tussen partijen betreffende het pand, gelegen (...), 31 juli 1975 een einde heeft genomen.

Appellant voert aan dat er tussen partijen een stilzwijgende vernieuwing van onbepaalde duur en zonder voorwaarden tot stand is gekomen, en geïntimeerde niet gerechtigd is de intrekking van de wettelijke huurverlenging te vorderen.

Partijen kwamen overeen het tot standkomen en de duur der huurovereenkomst te koppelen aan het bestaan en de duur van de arbeidsovereenkomst.

Artikel 3, lid 4, van het voorgelegde reglement van huisvesting zegt : «Door de gewone opzegging van het arbeidsovereenkomst aan de zetel geeft de arbeider dus tevens zijn bedoeling te kennen de woning die hij betreft, te verlaten.»

Appellant betwist niet dat hij vrijwillig de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd zodat hij zelf, ingevolge bovenvermeld contract, tevens een einde aan de huurovereenkomst maakte.

Ingevolge de economische herstelwetten geniet de huurder het voordeel van de verlenging, doch kan hij er ook van afzien. De wettelijke verlenging dringt zich niet aan de huurder op.

Appellant heeft van deze wettelijke verlenging afgezien door de huur op te zeggen.

Ten onrechte beroept appellant zich op de huurvernieuwing van onbepaalde duur omdat hij na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ongestoord in het rustig genot van het huurgoed werd gelaten.

Bij aangetekend schrijven van 19 juni 1975, verzonden op 23 juni 1975, werd appellant aangemaand het goed terug ter beschikking te stellen aan geïntimeerde op 31 juli 1975.

Deze aangetekende brief van 19 juni 1975 was als opzegging overbodig — de huur werd immers door appellant opgezegd ingevolge de beëindiging der arbeidsovereenkomst — doch verhinderde met toepassing van art. 1739 B.W. een stilzwijgende wederinhuring (Cass., 7 maart 1979, R.W., 1979-80, 306).

De omstandigheden nadien laten evenmin toe op beslissende wijze af te leiden dat partijen van gedachte veranderden : geïntimeerde maakte, vóór de onderhavige betwisting, nog twee procedures aanhangig om appellant het huurgoed te doen ontruimen.

Aan appellant dient om loutere billijkheidsoverwegingen een resjpittermijn toegekend tot 31 december 1979.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 2 APRIL 1979

Voorzitter : de h. Clercx

Rechters : mevr. Bertrand en de h. Raskin

Advocaten : mrs. Govaerts en Lambeets

Huur — Tijdelijke huurwetten — Wet van 10 april 1975 — 1. Verhoging huurprijs — Ontvankelijkheid — Voorafgaande oproeping tot minnelijke schikking — 2. Verhoging van de huurprijs — Sociale toestand der partijen — Betekenis.

1. De vordering tot huurprijsverhoging op grond van art. 5, § 1, van de wet van 10 april 1975 is te onderscheiden van die welke steunt op art. 5, § 2. Als de eisers in hun verzoekschrift tot oproeping tot minnelijke schikking enkel steunden op art. 5, § 2, is de vordering tot huurprijsverhoging slechts onvankelijk voor zover ze op dit artikel betrekking heeft.

2. Voor de toepassing van art. 5, § 2, dient te worden onderzocht of een wijziging in de sociale toestand van partijen is ingetreden die een huurprijsverhoging boven de wettelijke norm verantwoordt, met name of de huurders

zich aan een beschermd huurcontract vastklampen hoewel hun verbeterde financiële en sociale positie een dergelijke bescherming niet zou wettigen.

V. en J. t/ N. en G.

Het hoger beroep beoogt de vernietiging van het vonnis a quo dat de oorspronkelijke vordering van appellanten tot «aanpassing van de huurprijs van 852 fr. per maand op een billijk en normaal peil (art. 5, § 2, wet 10 april 1975)» en de bij conclusie gestelde tussenvordering tot betaling van achterstallige huurgelden ten bedrage van 3.921 fr. ontvankelijk doch ongegrond verklaarde.

A. De ontvankelijkheid van de vordering

De oorspronkelijke vordering van appellanten, strekkend tot huurprijsverhoging, gebaseerd op art. 5, § 2, wet 10 april 1975, is ontvankelijk, aangezien de speciale procedure van voornoemde wet werd nageleefd. Partijen zijn het daarover trouwens eens.

De vordering tot huurprijsverhoging is niet ontvankelijk voor zover ze steunt op art. 5, § 1, wet 10 april 1975, aangezien er ter zake geen voorafgaande oproeping in verzoening plaatsvond.

De wet van 10 april 1975 beoogde een tijdelijke afremming van de stijging van de huurprijzen en een bescherming van de huurder, die vaak de sociaal minder sterke bleek te zijn. Vandaar bedingen van uniformisering van de indexeringsformulering, wettelijke verlenging van de huurovereenkomsten, enz.

Ten einde de kleine eigenaar te beschermen tegen de mogelijke onrechtvaardige beperking van zijn koopkracht ten gevolge van de beperking van de huurprijs, heeft de wetgever het nuttig geoordeeld de vrederechter de bevoegdheid te verlenen om huurprijsverhogingen toe te staan, die door een tegenprestatie verantwoord bleken (uitgevoerde verbouwingen — art. 5, § 1) of die door geen tegenprestatie verantwoord dienden te worden (sociale redenen (art. 5, § 2)).

Appellanten hebben art. 5, § 2, wet 10 april 1975, aangegrepen om een huurprijsverhoging te verkrijgen, zoals blijkt uit de termen van het door hen ingediende verzoekschrift van 3 augustus 1977. Ter zake van dit verzoek werden geïntimeerden in verzoening voor de vrederechter opgeroepen.

De vordering tot huurprijsverhoging, gebaseerd op art. 5, § 1, is geheel onderscheiden van die, gebaseerd op art. 5, § 2, van voornoemde wet.

Daar de procedure van voorafgaande oproeping in verzoening (art. 7) juist beoogt een proces te vermijden tussen personen, die een betwisting hebben omtrent hun huurovereenkomst, gezien het vaak delicate karakter deze betwistingen, is het voor de hand liggend dat er in de latere procedure ten gronde enkel omtrent die rechtsgronden kan worden geargumenteed, die in de oproeping tot minnelijke schikking werden vermeld.

Het verzoek aan de rechter is, blijkens het mechanisme van de procedure, beschreven in art. 7 der wet («De nieuwe wet betreffende de huurprijzen van woningen», door E. Stassijns, *R.W.*, 1974-75, 2587), de inleidende procesakte, waarin het onderwerp en de middelen van de vordering dienen vermeld te worden.

Nu appellanten hun vordering in het verzoek van 3 augustus 1977 enkel baseerden op art. 5, § 2 (sociale rede-

nen) en niet vooraf in verzoening opriepen ter zake van hun vordering, gebaseerd op art. 5, § 1 (uitvoering van verbouwwerken), is de vordering tot huurprijsverhoging, gebaseerd op de bedingen van een tijdelijke uitzonderingswet, die strikt limitatief moeten worden geïnterpreteerd, slechts ontvankelijk voor zover ze art. 5, § 2, tot rechtsgebied heeft.

B. De gegrondheid van de vordering (...)

De wetgever heeft door de bepalingen van art. 5 bepaalde onrechtvaardige consequenties van de strakke reglementering der huurprijzen willen ondervangen en derhalve de vrederechter de bevoegdheid gegeven de huurprijzen te verhogen boven de wettelijke normen, wanneer zulk een verhoging verantwoord wordt door een stijging van de huurwaarde van het pand t.g.v. verbouwwings- of verbeteringswerken, uitgevoerd door de verhuurder of wegens sociale redenen.

In casu dient te worden onderzocht of er sedert de wet van 10 april 1975 en de daaropvolgende wetten met huurprijsreglementering een wijziging in de sociale toestand van partijen is ingetreden die een huurprijsverhoging boven de wettelijke norm verantwoordt, of geïntimeerden zich aan een beschermd huurcontract vastklampen hoewel hun verbeterde financiële en sociale positie een dergelijke bescherming niet zou wettigen.

Appellanten brengen geen bewijs bij van een grondige wijziging van de sociale positie van partijen. Appellant V. was en is gepensioneerd werknemer met een welvaartsvast rustpensioen en beroepsziekteuitkering (samen ± 23.000 fr. per maand). Geïntimeerde N. was en is nog steeds leuder, en er wordt door appellanten geen enkel bewijs aangevoerd van een zodanige toename van welstand van geïntimeerden dat een huurprijsverhoging op basis van art. 5, § 1, wet 10 april 1975, zou verantwoord zijn.

(...)

NOOT—Betreffende het begrip «sociale toestand der partijen», raadplege men : Rb. Brugge, 10 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1161, met noot van A. VAN OEVELEN ; Vred. Namen, 20 februari 1979, *J. Liège*, 1979, 423.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

1e KAMER — 12 MAART 1980

Voorzitter: de h. De Vel

Rechters: de hh. Vermeulen en Deprouw

Verkoop — Openbare verkoop van onroerende goederen — Aanwijzing van lastgevers met splitsing van de toegewezen goederen.

In de verkoopvoorwaarden van een openbare verkoop zoals bedoeld in de artt. 1186-1189 Ger. W. kan bepaald worden dat de koper het recht heeft een lastgever aan te wijzen.

De koper kan één of meer personen als lastgever aanwijzen en kan daarbij de toegewezen goederen splitsen.

X.

Overwegende dat de feiten zoals in het verzoekschrift uiteengezet blijken uit de voorgebrachte stukken;

Overwegende dat het recht om command te verklaren kan voorzien worden in het lastenkohier van een openbare verkoping zoals bedoeld in de artikelen 1186 tot 1189 van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat algemeen aanvaard wordt dat de koper commandverklaring kan doen in voordeel van één of meerdere personen, en dat hij de toegewezen goederen daarbij kan splitsen;

Overwegende dat in casu de massa ontbonden werd door de commandverklaring met geldige splitsing; dat koop 1 dient aanzien als zijnde ab initio en uitsluitend verkocht aan de echtelieden B.-C. voor de som van 1.820.000fr., en koop 2 steeds en uitsluitend aan de echtelieden R.-V. voor de som van 1.000.000fr., terwijl de oorspronkelijke koper die command verklaarde dient aanzien als hebbende nooit gekocht; dat derhalve de publiciteit met het oog op een eventueel hoger bod regelmatig werd gedaan met vermelding van de twee koopprijzen;

Overwegende dat, waar er bij exploit van gerechtsdeurwaarder H. De Belder te Herentals van 27 december 1979 tijdig en regelmatig op voormelde koop 1 een opbod kwam van 182.000fr., de Vrederechter van het kanton Mol ten onrechte beslist heeft dat er geen nieuwe verkoopdag kan vastgesteld worden;

Om die redenen,

De Rechtbank, verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond; doet de bestreden beschikking van de Vrederechter van het kanton Mol van 29 januari 1980 teniet, en opnieuw rechtdoende: zegt voor recht dat er, gezien het regelmatig en tijdig hoger bod dat bij exploit van gerechtsdeurwaarder Herman De Belder gedaan werd wat koop één betreft, een nieuwe koopdag dient vastgesteld te worden wat betreft (...); verwijst de zaak, met het oog daarop, terug naar de heer Vrederechter van het kanton Mol.

NOOT—*Aspecten van de aanwijzing van een lastgever in geval van verkoop van een onroerend goed waarin een minderjarige gerechtigd is (artt. 1193 en 1590 Ger. W.)*

1. In het hierboven gepubliceerde vonnis wordt overwogen «dat het recht om command te verklaren kan voorzien worden in het lastenkohier van een openbare verkoping zoals bedoeld in de artikelen 1186 tot 1189 van het Gerechtelijk Wetboek». Hierbij kunnen de volgende bedenkingen gemaakt worden. De voorwaarden en de gevolgen van de aanwijzing van lastgever zijn geregeld in artikel 159, 1^o, van het Wetboek der Registratierechten. Het vermogen om een lastgever aan te wijzen volgens de wettelijke voorwaarden is eigenlijk vooral een fiscale gunstmaatregel. In afwijking van het gemene recht ter zake kan, in geval van verkoop van een onroerend goed waarin een minderjarige gerechtigd is, de koper «het recht om command te verklaren» invoeren, zelfs indien dat vermogen *niet* werd bepaald in de verkoopvoorwaarden. Dit volgt uit de verwijzing in artikel 1193 Ger. W. betreffende de wijze van verkoop naar artikel 1590 Ger. W. betreffende de aanwijzing van een lastgever bij verkoop van inbeslaggenomen onroerend goed (zie J.L. Rens, *Bijzondere rechtsplegingen*, Antwerpen-Amsterdam, 1979, blz. 159, nr. 128; vergelijk: A. Kluyskens, *Beginnelsen van Burgerlijk Recht*, deel IV, *De Contracten*,

Antwerpen-Brussel-Gent-Leuven, 1952, blz. 64, nr. 46: «Insgelijks is het voorbehoud niet vereist, wanneer een bepaling van proceduur het recht van command te verklaren van rechtswege aan den adjudicaris verleent.»).

Er bestaat natuurlijk geen beletsel in de verkoopsvoorwaarden hieraan te herinneren (vgl. M. Donnay, «Les déclarations de command et le droit d'enregistrement», *R.G.E.N.*, 1970, nr. 21-377, blz. 301, nr. 42, 1^o). Donnay geeft zelfs de raad dit uitdrukkelijk te bepalen in de verkoopsvoorwaarden, wanneer, overeenkomstig artikel 1193, 3e lid, Ger. W., het recht een hoger bod te doen is uitgesloten. Artikel 1590 Ger. W. waarnaar artikel 1193, 2e lid, Ger. W. verwijst, is immers opgesteld met inachtneming van het recht van hoger bod. Artikel 1590 Ger. W. kan dus niet zonder meer worden toegepast (M. Donnay, «Ventes judiciaires volontaires d'immeubles. Procédure», *R.G.E.N.*, 1972, nr. 21536, blz. 29, nr. 25). Ten einde problemen te vermijden in verband met de eventuele toepasselijkheid van artikel 1590 Ger. W. bij een verkoop zonder recht van hoger bod, wordt de inlassing in de verkoopsvoorwaarden van het vermogen een lastgever aan te wijzen aanbevolen (Donnay, *o.c.*, *R.G.E.N.*, 1970, nr. 21377, blz. 298, nr. 39, B).

2. De rechtbank overweegt terecht «dat algemeen aanvaard wordt dat de koper commandverklaring kan doen in voordeel van één of meerdere personen, en dat hij de toegewezen goederen daarbij kan splitsen.» (Zie bijv. J. Van Assche, *Handboek van den notaris*, deel IV, Gent, 1885, blz. 159; zo ook: Donnay, *o.c.*, *R.G.E.N.*, 1970, nr. 21377, blz. 288, nr. 23: «Il est admis depuis longtemps que, si le contrat de vente ne contient pas de disposition contraire, l'acquéreur peut diviser le bien en deux ou plusieurs lots et élire command pour chacun des lots au profit de personnes différentes. Il peut de même déclarer command pour une partie divisé du bien acheté.»).

3. De vraag rijst evenwel of er in casu wel ingevolge een «commandverklaring», een splitsing van de massa heeft plaatsgehad, en of het beschikkende gedeelte van het vonnis wel wettig verantwoord is.

a. Voor een goed begrip van de casus is het wellicht vereist letterlijk het proces-verbaal van toewijzing aan te halen, zoals het trouwens ook in het verzoekschrift tot de rechtbank werd weergegeven. Het luidt: «Alsdan de massa der kopen een en twee nogmaals opgeroepen wordt deze na opbiedingen, onder de opschortende voorwaarde van afwezigheid van opbod binnen vijftien dagen, definitief toegewezen voor twee miljoen achthonderdttwintig duizend frank aan de heer E.B. en aan zijn echtgenote Mevrouw A.C., beiden hiermede tegenwoordig, aannemende kopers voor rekening van de tussen hen bestaande gemeenschap, *dadelijk verklaarnde deze aankoop te doen en aan te nemen als volgt*: koop een voor een miljoen achthonderdttwintig duizend frank voor rekening van de tussen hen bestaande gemeenschap en koop twee voor een miljoen frank voor rekening van de heer R.R. en voor dezès echtgenote mevrouw J.V., beiden hiermede tegenwoordig, aannemende kopers voor rekening van de tussen hen bestaande gemeenschap...».

b. De splitsing van de massa, na samenvoeging, geschiedde in casu *niet* ingevolge «commandverklaring»; de splitsing geschiedde *onmiddellijk* door de «toewijzing» vóór het afsluiten van het proces-verbaal van toewijzing, dat door de verkopers, alle kopers, de vrederechter, de griffier en de notaris werd ondertekend. De verkoopsvoor-

waarden bepaalden trouwens: «De verkopers behouden zich het recht voor de te koop gestelde goederen te veilen en te verkopen in zoveel loten als zij zullen goedvinden, massa's te maken, die wederom te splitsen, in één woord dezelve te veilen en te verkopen op de wijze die hun het voordeligste zal toeschijnen, alsmede van dezelve geheel of gedeeltelijk aan hun onverkocht te behouden, zonder in dit geval aan de provisoire kopers iets schuldig te zijn.»

c. Indien de zogenaamde koper in de koopakte zelf de naam bekend maakt van de persoon voor wie hij gekocht heeft — wat het geval is —, staat men niet voor een eigenlijke «commandverklaring» en moet de aangeduide persoon ook volgens het gemene recht als de *onmiddellijke en rechtstreekse verkrijger* van de verkochte goederen worden beschouwd (F. Werdefroy, *Registratierechten*, A.P.R., nr. 831). Donnay stelt duidelijk dat er maar sprake kan zijn van de aanwijzing van een lasthebber, indien de persoon die «command verklaart» in de akte niet verschijnt als lasthebber, noch als zaakwaarnemer, noch als sterkmaker, maar wel als koper zonder meer (Donnay, o.c., *R.G.E.N.*, 1970, nr. 21377, blz. 276). Deze principes werden onlangs nog bevestigd in een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 20 oktober 1976, (*R.G.E.N.*, 1978, nr. 22213, blz. 53) en stroken met een overvloedige rechtsleer ter zake. (zie o.a.: Donnay, o.c., *R.G.E.N.*, 1970, nr. 21377, blz. 277, nr. 4; E. Gewin, *Commentaire du code des droits d'enregistrement*, Brussel, 1950, blz. 605, nr. 1622; vergelijk: C. Paulus, en R. Boes, *Lastgeving*, A.P.R., Gent-Leuven, 1978, blz. 26, nrs. 44 en 45).

Er kan gewezen worden op een belangrijke gevolgtrekking uit dit principe, zoals aangehaald bij J. Van Assche, *Handboek van den notaris*, deel IV, Gent 1885, blz. 160: «Eveneens bij een veiling van goederen, onder toelating der commandverklaring, zal de toewijzing aan C 'kopende in naam en voor rekening van B' of 'die verklaart dezen koop te hebben gedaan voor rekening en ten behoeve van B' niet als aanduiding van command doorgaan; omdat C hier B onmiddellijk als rechtstreekse koper aangeeft, niet als lastgever. Zo is het gevoelen van ons bestuur...; derwijze dat, indien B den aankoop had medege tekend, de persoon en de verantwoordelijkheid van C zouden verdwijnen en B, als rechtstreeks aangegeven koper, nog binnen de 24 uren een lastgever zou mogen benoemen» (vgl. ook: Donnay, o.c., *R.G.E.N.*, 1970, nr. 21377, blz. 277, nr. 4).

Met toepassing van deze principes wordt ook terecht gezegd: «Wanneer twee goederen bij samenvoeging voor een globale prijs worden toegewezen en de koper in het proces-verbaal van toewijzing verklaart het ene goed voor eigen rekening mits een bepaalde prijs te hebben aangekocht en het andere goed voor rekening van een derde kan geldig hoger bod worden betekend op een van beide goederen» (Rens, o.c., blz. 162 met verwijzing naar Cass., 15 april 1943, *Pas.*, 1943, I, 144).

4. Het resultaat van de procedure is bevredigend te noemen. Er wordt immers voor recht gezegd dat regelmatig en tijdig een hoger bod werd gedaan op koop één. De publiciteit in verband met de mogelijkheid van hoger bod op koop één en koop twee afzonderlijk, was dus wettig. Een nieuwe verkoopdag diende te worden vastgesteld voor de veiling van lot één. Het beroep tegen de beschikking van de vrederechter was dan ook gegrond.

De motivering van het vonnis kan evenwel niet onder-

schreven worden. De overwegingen van de rechtbank in verband met de modaliteiten van de «commandverklaring» blijken wel te stroken met de gevestigde rechtsleer en rechtspraak; doch zij zijn ter zake niet dienend omdat er geen «commandverklaring» heeft plaatsgehad.

Carl De Busschere

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUSSEL

24e KAMER — 5 DECEMBER 1977

Voorzitter : de h. Durant

Openbaar ministerie : de h. De Brauwere

Advocaten : mrs. Verwilghen, Beer, Monette en Cakelbergh

Deskundigenonderzoek — Minnelijke overeenkomst tot aanstelling van deskundigen.

Het verslag dat door bij onderlinge overeenkomst tussen partijen aangestelde deskundigen is opgesteld, kan niet worden beschouwd als het verslag van een gerechtelijk deskundigenonderzoek, als de overeenkomst niet werd bekrachtigd overeenkomstig art. 964 Ger. W.

Van Den E.-S. en N.V. De B. t/ De K.

Ten aanzien van de zogenaamde «expertise»

Overwegende dat de partijen Lea S. enerzijds en de N.V. A., verzekeraar van beklagde, anderzijds, op 1 december 1969 een «compromis de désignation de médecin-expert» ondertekenden waarbij zij de geneesheren Hachez en Georis als deskundigen aanstelden en volgend beding opnamen : «En cas de désaccord entre les médecins désignés ci-dessus, ceux-ci recourront à un troisième médecin, choisi de commun accord, dont le rôle éventuel sera de former collège avec eux pour réexaminer la victime ; leur rapport sera commun et aura pour objet la mission telle qu'elle est ci-avant libellée.» ;

Dat anderzijds, bij vonnis van 17 oktober 1972, de Arbeidsrechtbank te Brussel, dr. Pauwels als deskundige aanstelde in de vordering ingeleid door mevrouw S. tegen haar arbeidsongevallenverzekeraar, de N.V. B., die de N.V. A. in zake riep ;

Dat, daar de geneesheren Hachez en Georis niet tot eensgezindheid konden komen, zij voormelde dr. Pauwels als derde expert aanstelden in het kader van de zogenaamde minnelijke «expertise» waarvan hierboven sprake ;

Dat thans twee Franstalige «deskundige verslagen» van 24 bladzijden elk aan de rechtbank worden voorgelegd ; dat beide rapporten door de enige dokter Pauwels werden ondertekend ;

Dat het eerste verslag de uitvoering betreft van de opdracht die de arbeidsrechtbank hem bij vonnis van 17 oktober 1972 gaf ;

Dat het tweede verslag, waarvan alleen de laatste bladzijde verschilt van het eerste rapport, de uitvoering blijkt te zijn van het compromis dat voormelde partijen op 1 december 1969 ondertekenden ;

Overwegende dat dit tweede verslag niet als een rechterlijk deskundigenonderzoek kan worden beschouwd aangezien :

a) het alsdan uit de debatten moet worden geweerd wegens niet naleven van de wetgeving op het gebruik der talen in gerechtszaken ;

b) het niet bij vonnis werd bevolen, terwijl de partijen, die op het ogenblik dat deze rechtbank het vonnis van 5 december 1969 uitsprak reeds overeengekomen waren omtrent de benoeming van een deskundige, de mogelijkheid hadden aan de rechter te vragen hun overeenkomst te bekrachtigen (art. 964 Ger. W.);

c) het kwestieuze verslag slechts door één van de «experts» werd opgesteld en niet door het college van «experts» ;

(...)

VREDEGERECHT TE MOL

29 JANUARI 1980

Rechter: de h. Luyten

Verkoping — Openbare verkoping van onroerende goederen — Samenvoeging van twee percelen — Aanwijzing van lastgevers — Hoger bod.

Wanneer, bij een openbare verkoping overeenkomstig de artt. 1186-1189 Ger. W., eerst op twee percelen afzonderlijk is geboden, en de percelen vervolgens, na samenvoeging, voor een enige, hogere prijs zijn toegewezen, kan een hoger bod, met toepassing van art. 1592 Ger. W., slechts op het geheel worden gedaan. Daaraan doet niet af dat de koper voor elk van de twee percelen afzonderlijk een lastgever heeft aangewezen.

X.

Gezien het voorgaande verzoekschrift van 24 januari 1980, ingekomen ter griffie op 28 januari 1980, en er recht op doende ;

Gelet op de beschikking der Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout van 17 oktober 1979, rolnummer 10704, Tabelnummer 4653, alsmede het lastenkohier opgesteld door de instrumenterende notaris X. te Y. ons in mededeling overgelegd ;

Gelet op de artikelen 1187 en 1192 van het Gerechtelijk Wetboek, artikelen 2 en 41 der wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken ;

Gelet op de beschikking van het vredegericht van het kanton Mol van 13 november 1979, verleend op verzoekschrift neergelegd door notaris X. te Y. van 6 november 1979, en waarbij de openbare verkoping van de onroerende goederen afhangende van de nalatenschap K. werd vastgesteld op woensdag 12 december 1979 te vijftien uur, op last voor de instrumenterende notaris voornoemd alle wettelijke bepalingen, ter zake bestaande, na te leven ;

Overwegende dat de verkoping der twee loten plaatshad in massa, op voormelde datum, en het laatste bod waarop deze massa definitief — onder opschortende voorwaarden van afwezigheid van hoger bod — werd toegewezen aan 2.820.000fr.

Dat de notariële akte van 12 december 1979 verleden

door notaris X. te Y. uitdrukkelijk vermeldt : «de kopen één en twee nogmaals afzonderlijk opgeroepen worden niet meer bovengeboden, alsdan de massa der kopen één en twee nogmaals opgeroepen wordt, deze na opbieding, onder de opschortende voorwaarde van afwezigheid van hoger bod binnen de vijftien dagen, definitief toegewezen voor 2.820.000fr.», waaruit blijkt dat de toewijzing der massa, en enkel en alleen aan de massa werd toegewezen en niet van twee afzonderlijke loten ;

Overwegende dat, met toepassing van artikel 1592 Gerechtelijk Wetboek, een ieder het recht had gedurende vijftien dagen na toewijzing een hoger bod te doen, bedragende 10% op de hoofdprijs van de toewijzing met een maximum van 250.000fr. hetgeen hier het geval is ;

Overwegende dat slechts een opbod werd gedaan ten bedrage van 182.000fr. op een lot dat niet werd toegewezen en dit niet geldig is (er kan inderdaad slechts sprake zijn van «opbod» wanneer dit wordt toegepast op het laatste «bod» in dit geval 2.820.000fr. ;

Overwegende dat de definitieve toewijzing onder opschortende voorwaarde van afwezigheid van hoger bod plaatshad op 12 december 1979 en de termijn van vijftien dagen om een hoger bod te doen verstreken is ;

Overwegende dat wij dienen vast te stellen dat geen geldig hoger opbod werd gedaan, de verkoop van 12 december 1979 definitief is geworden en geen nieuwe verkoopdag dient te worden vastgesteld ;

Overwegende dat de schikkingen onderling overeengekomen bij commandverklaring, waarbij de hoofdsom onderling wordt verdeeld tussen de personen betrokken bij de commandverklaring, welke een willekeurige verdeling doen zowel van de hoofdprijs als van de oppervlakte, niet belet dat de hoofdprijs in zijn geheel werd toegewezen en niet in afzonderlijke loten, zodat een opbod op deze willekeurige verdeling bij de commandverklaring niet kan worden aanvaard tenzij op het geheel, en deze willekeurige verdeling niet tegenwerpelijk is aan derden ;

Overwegende dat de publikatie van een verkoop in twee afzonderlijke loten tegen willekeurig vastgestelde prijzen, niet geldig is en in strijd met de notariële akte waar duidelijk in vermeld staat de toewijzing in massa, dus in één enkel lot aan één enkele toewijzingsprijs, dus aan één enkel bod ;

Om deze redenen,

Beschikken dat geen nieuwe verkoopdag kan vastgesteld worden gezien de toewijzing van 12 december 1979 aan één enkele prijs van : twee miljoen achthonderd twintig duizend frank, definitief is geworden bij afwezigheid van hoger geldig bod.

NOOT—Zie elders in dit nummer Rb. Turnhout, 12 maart 1980, waardoor bovenstaande beschikking wordt gewijzigd.

Zie over het belgicisme «commandverklaring», het artikel van R.S., «Command?», in *Taalbeheersing in de administratie*, II, blz. 1075-1077. De Nederlandse termen zijn: opgave (aanwijzing) van een lastgever (meester, eigenlijke koper), een lastgever opgeven, aanwijzen. Vgl. Boswetboek art. 41, Registratiewetboek, art. 159, Ger. W., artt. 1331 en 1590.

EUROPEES RECHT

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

Zaak 91/79 — Commissie/ Italiaanse Republiek — *Niet-nakoming verdragsverplichtingen* — 18 maart 1980.

De Commissie heeft het Hof verzocht vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door niet binnen de gestelde termijn de noodzakelijke bepalingen vast te stellen om te voldoen aan richtlijn nr. 73/404/EEG van de Raad van 22 november 1973 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake detergentia, een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet is nagekomen.

Het Hof herinnert eraan dat een Lid-Staat zich niet bij wege van verweer kan beroepen op nationale bepalingen, handelwijzen of toestanden om de niet-naleving van de uit communautaire richtlijnen voortvloeiende verplichtingen en termijnen te rechtvaardigen.

Rechtdoende verstaat het dat de Italiaanse Republiek een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet is nagekomen.

Zaak 92/79 — Commissie/ Italiaanse Republiek — *Niet-nakoming verdragsverplichtingen* — 18 maart 1980

De Commissie heeft het Hof verzocht vast te stellen dat de Italiaanse Republiek een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet is nagekomen door niet binnen de gestelde termijn de noodzakelijke bepalingen vast te stellen om te voldoen aan richtlijn nr. 75/716/EEG van de Raad van 24 november 1975 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake het zwavelgehalte van bepaalde vloeibare grondstoffen.

Rechtdoende verstaat het Hof dat de Italiaanse Republiek een krachtens het Verdrag op haar rustende verplichting niet is nagekomen.

Zaak 106/79 — De Vereniging ter Bevordering van de belangen de Boekhandels e.a./ ELDI Records B.V. — (prejudiciële zaak) — 20 maart 1980 — *Mededinging, voorlopige geldigheid* — *Boekhandel in Nederland*

De vice-president van de Arrondissementsrechtbank, rechtsprekende in kort geding, heeft vier vragen gesteld over de uitlegging van de bepalingen betreffende de aanmelding van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die reeds bestonden op de datum van inwerkingtreding van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6-2-1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

Deze vragen zijn gesteld in het kader van een kort geding, waarin de Nederlandse Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, tezamen met drie door de Vereniging erkende uitgevers, vordert dat het een Nederlandse onderneming wordt verboden aan particulieren boeken, en in het bijzonder stripboeken, van erkende uitgevers te verkopen tegen een andere prijs dan door deze laatsten is vastgesteld.

Eiseressen baseren hun vordering op een door de Vereniging opgesteld Reglement voor het Handelsverkeer in de Nederlandse Uitgeverij en Boekhandel (hierna: Re-

glement) dat onder meer een stelsel van verticale prijsbinding oplegt.

Daartegenover betoogt gedaagde dat het Reglement in strijd is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, dat daarvoor geen ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, is gegeven en dat het evenmin voorlopig geldig is, aangezien het niet op genoegzame wijze zou zijn aangemeld in de zin van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 17/62.

Het Reglement bestond reeds op de datum van inwerkingtreding van verordening nr. 17/62 en het is door de Vereniging in zijn verschillende gewijzigde versies volkomen regelmatig bij de Commissie aangemeld.

De verwijzende rechter vraagt of een oude overeenkomst, waarvan de volledige tekst als bijlage bij het aanmeldingsformulier is meegezonden, als aangemeld en mitsdien in haar geheel als voorlopig geldig is te beschouwen, ook indien op het aanmeldingsformulier slechts enkele artikelen uit die overeenkomst zijn genoemd.

Door de aanmelding moet de Commissie in het bezit worden gesteld van de nodige gegevens om de in verordening nr. 17/62 bedoelde beschikkingen te kunnen nemen.

In antwoord op deze eerste vraag verklaarde het Hof voor recht: een overeenkomst kan in haar geheel als behoorlijk aangemeld worden beschouwd en dus de werking van een aangemelde overeenkomst hebben, wanneer de volledige tekst ervan als bijlage bij het aanmeldingsformulier is meegezonden, ook indien slechts enkele artikelen uit de overeenkomst op het aanmeldingsformulier zijn vermeld, mits de daarop gegeven beschrijving eerlijk en nauwkeurig inlichtingen verschaft over de bepalingen die destijds het belangrijkste werden geacht.

In de tweede plaats vraagt de verwijzende rechter of het voor de omvang van de werking van de aanmelding van belang is dat de Commissie in de brief waarin zij om aanvullende inlichtingen verzoekt, meedeelt dat de gehele aangemelde overeenkomst zal worden onderzocht.

In zijn antwoord verklaarde het Hof voor recht: een brief van de Commissie, waarin zij krachtens artikel 11 van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, om aanvullende inlichtingen over een aangemelde overeenkomst verzoekt, heeft geen enkele invloed op de werking van de aanmelding.

In de laatste plaats vraagt de verwijzende rechter, die ervan uitgaat dat een bepaalde categorie produkten ten tijde van de aanmelding van de overeenkomst onder de werkingssfeer daarvan viel, of de omstandigheid dat die categorie nadien enige tijd daarvan uitgezonderd is geweest, de werking van de aanmelding wat deze categorie betreft, teniet kan doen.

In antwoord op deze vraag verklaarde het Hof voor recht: een categorie produkten, die bij de aanmelding van een overeenkomst onder de werkingssfeer ervan viel en die door partijen nadien enige tijd vrijwillig daarvan uitgesloten is geweest, maar die vervolgens daaronder is gebracht, valt onder de werking van de oorspronkelijke aanmelding.

Zaak 61/79 — Administratie van de Staatsfinanciën/Denkavit Italiana S.r.l. (prejudiciële zaak) — *Restitutie van nationale met het gemeenschapsrecht onverenigbare be-*

lastingen — Communautaire voorschriften betreffende de grenzen van de uitoefening van het recht — 27 maart 1980.

Het Tribunale civile e penale te Milaan heeft het Hof twee vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 13, lid 2, en 92 EEG-Verdrag in verband met het recht van de belastingplichtigen om restitutie te verkrijgen van met het gemeenschapsrecht onverenigbare nationale belastingen die zij tevoren mochten hebben voldaan.

Deze vragen luiden als volgt:

A) Is restitutie van bedragen, geheven als douanerechten (in casu sanitaire keuringsrechten) voordat deze door de gemeenschapsinstellingen als heffingen van gelijke werking als douanerechten waren gekwalificeerd en waarvan de last destijds reeds was afgewenteld op de kopers van de ingevoerde produkten, verenigbaar met het gemeenschapsrecht en inzonderheid met de *ratio* van de artikelen 13, lid 2, en 92 EEG-Verdrag?

B) Is het in strijd met het gemeenschapsrecht en inzonderheid met de artikelen 13, lid 2, en 92 EEG-Verdrag, dat uit het verbod en de opheffing van de heffingen van gelijke werking als douanerechten een recht voor de justitiabelen voortvloeit om restitutie te vragen van de bedragen die door hen onverschuldigd aan de staat zijn betaald, en die de staat harerzijds bij wijze van heffingen van gelijke werking onwettig heeft geïnd, nadat deze heffingen door het gemeenschapsrecht waren opgeheven, doch voordat zij door de gemeenschapsinstellingen als heffingen van gelijke werking waren gekwalificeerd?»

Zij zijn gesteld naar aanleiding van een geding, in 1978 door de firma Denkvit Italiana aangehangig gemaakt tegen de Italiaanse Administratie van de Staatsfinanciën en betrekking hebbend op een bedrag van Lit. 2 783 140, dat die firma in de periode 1971-1974 heeft betaald ter zake van sanitaire keuringsrechten. Zij strekken ertoe te vernemen welke de betekenis is van artikel 13, lid 2, en van artikel 92 voor het recht van de justitiabelen om terugbetaling van nationale heffingen te verlangen, en de daaraan beantwoordende verplichting van de Lid-Staten om die heffingen terug te betalen indien aan twee — of tenminste aan één van twee — door de nationale rechter omschreven voorwaarden is voldaan, namelijk: a) de betrokken heffingen zijn eerst als heffingen van gelijke werking als invoerrechten en bijgevolg als onverenigbaar met het verbod van artikel 13, lid 2, gekwalificeerd in een na het einde van de overgangperiode krachtens artikel 177 van het Verdrag gewezen uitleggingsarrest van het Hof van Justitie, en b) degene die de bedoelde heffing heeft voldaan, heeft de last ervan op de koper van de ingevoerde produkten afgewenteld.

— Artikel 13, lid 2, EEG-Verdrag

Volgens vaste rechtspraak van het Hof brengt artikel 13, lid 2, ten aanzien van alle heffingen van gelijke werking als douanerechten uiterlijk bij het einde van de overgangperiode een duidelijk en onvoorwaardelijk verbod mee tot toepassing van die heffingen, zodat dit verbod naar zijn aard volstrekt geëigend is rechtstreekse gevolgen teweeg te brengen in de rechtsbetrekkingen tussen de Lid-Staten en hun justitiabelen. Deze uitlegging verklaart en preciseert de betekenis en strekking van het voorschrift van artikel 13, lid 2, zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan of toegepast. Het aldus uitgelegde voorschrift moet dus door de nationale

rechter ook worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist.

Slechts bij uitzondering zal het Hof van Justitie met toepassing van een aan de communautaire rechtsorde inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid en met het oog op de ernstige problemen die zijn arrest voor het verleden zou kunnen meebrengen voor de te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, aanleiding kunnen vinden, voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mogelijkheid met een beroep op de aldus uitgelegde bepaling die rechtsbetrekkingen in geding te brengen. De noodzakelijke voorwaarden voor een dergelijke beperking doen zich niet voor wanneer het voor de nationale rechter gebrachte geschil betrekkingen heeft op het verbod om nationale heffingen van gelijke werking als invoerrechten toe te passen. Het Hof van Justitie heeft immers al in 1962 — dus nog vóór het einde van de overgangperiode — de algemene strekking en het absolute karakter van dit verbod vastgesteld in zijn arrest van 14 december 1962 (gevoegde zaken 2 en 3/62, Commissie/Luxemburg en België).

Opmerking verdient evenwel dat wanneer uit een voorschrift van gemeenschapsrecht voortvloeit dat de toepassing van nationale heffingen of rechten is verboden, het dan ter waarborging van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van een dergelijk verbod ontleen, niet per se noodzakelijk is dat in alle Lid-Staten een eenvormige regeling bestaat ten aanzien van de formele en materiële voorwaarden waaraan bij betwisting of terugvordering van die heffingen moet worden voldaan. Bij gebreke van een gemeenschapsregeling is het een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsovereenkomsten met het oog op de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, met dien verstande dat die regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en dat zij in geen geval dusdanig mogen zijn, dat de uitoefening van de rechten welke de nationale rechter heeft te handhaven, praktisch onmogelijk wordt gemaakt.

Te deze zij erop gewezen dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde ter zake gewaarborgde rechten niet vergt dat ten onrechte toegepaste heffingen worden terugbetaald in omstandigheden die zouden uitlopen op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechtshabenden. Het gemeenschapsrecht verzet zich er dan ook niet tegen, dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig hun nationaal recht rekening houden met het feit dat de ten onrechte toegepaste heffingen door de belastingplichtige onderneming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.

Artikel 92

Met zijn verwijzing naar artikel 92 van het Verdrag bedoelt de nationale rechter in wezen te vragen of het feit dat ten onrechte toegepaste heffingen in de door hem beschreven omstandigheden aan de ondernemingen worden terugbetaald, niet zou zijn te beschouwen als een steunmaatregel als bedoeld in artikel 92 van het Verdrag, en mitsdien als onverenigbaar met het gemeenschapsrecht.

Artikel 92 heeft betrekking op besluiten van de Lid-Staten, waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden, eenzijdig en

autonomo geldmiddelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen. Het is niet van toepassing op een verplichting tot restitutie van bedragen, die haar oorzaak vindt in de omstandigheid dat die bedragen door degene die ze heeft betaald, niet verschuldigd waren. Hieruit volgt dat een nationaal belastingstelsel, waaronder een belastingplichtige kan opkomen tegen een belasting of terugbetaling ervan kan vorderen, niet een steunmaatregel in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag is.

De door het Hof op de vragen van het Tribunale civile e penale te Milaan gegeven antwoorden luiden als volgt:

1. a) De rechtstreekse werking van artikel 13, lid 2, EEG-Verdrag impliceert dat na het einde van de overgangperiode bij de administratieve en rechterlijke instanties van de Lid-Staten kan worden opgekomen tegen nationale heffingen die gelijke werking hebben als douanerechten, respectievelijk vorderingen tot terugbetaling van dergelijke heffingen kunnen worden ingesteld, ook met betrekking tot het tijdvak vóór een door het Hof krachtens artikel 177 gewezen uitleggingsarrest waarbij een dergelijke heffing als heffing van gelijke werking is gekwalificeerd.

b) Het is een aangelegenheid van de rechtsorde van elke Lid-Staat om de voorwaarden te bepalen waaronder de belastingplichtigen tegen die belastingen kunnen opkomen of terugbetaling ervan kunnen vorderen, mits deze voorwaarden niet ongunstiger zijn dan die voor gelijksoortige nationale vorderingen en zij de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk maken.

c) Het gemeenschapsrecht verzet zich er niet tegen, dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig hun nationaal recht rekening houden met het feit dat de ten onrechte toegepaste heffingen door de belastingplichtige onderneming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.

2. De verplichting van de administratie van een Lid-Staat om aan de belastingplichtigen die daarom verzoeken, de wegens hun onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht onverschuldigde heffingen of rechten overeenkomstig het nationale recht terug te betalen, is niet een steunmaatregel in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag.

BOEKEN

JAN DE GROOF, *Rechtsbescherming t.a.v. het optreden der communicatiemedia*, Die Keure, Brugge, 1980, 73 blz.

Van een boek onder de titel «Rechtsbescherming t.a.v. het optreden der communicatiemedia» kan worden verwacht dat het over het aldus aangekondigde onderwerp zal handelen. Dit is niet het geval met het brochuurtje van De Groof; immers, er wordt uitsluitend gehandeld over het wel zeer beperkte onderwerp van het recht van antwoord — alleen de ondertitel binnenin vermeldt dit. In zover evenwel in de ondertitel sprake is van «het systeem» van het recht van antwoord, verdient de inhoud, bij gebrek aan deugdelijke systematisering, niet deze omschrijving. In het *Administratief Lexicon* werd dit deeltje, enigszins eigenaardig, onder het trefwoord «Rechtsbescherming» ingevoegd.

Over het recht van antwoord bestaat een goede en nog bruikbare monografie van Marc Platel (1971). De Groof voegt daaraan maar weinig toe; niet eens is de gepubliceerde rechtspraak uitputtend opgenomen.

Voor de wetswijziging van 1977, toen het recht van antwoord t.a.v. audio-visuele media werd ingevoerd, schijnt de aanleiding tot dit werk te zijn geweest. 1980 is dan een vrij late publikatiedatum (de «voorafgaande opmerking» op blz. III is op 1 december 1978 gedateerd); minstens zou men veronderstellen dat een tijds-spanne van drie jaar sedert de wetswijziging de auteur in staat zou stellen tot méér dan loutere beschrijving, en tot het vermijden van verwarring.

Er wordt evenwel nog geargumenteed op basis van cijfers van 1968, wat toch niet ernstig voorkomt; en de auteur schijnt (via kabinetten?) kennis te hebben gehad van individuele dossiers, maar hun beschrijving is louter anecdotisch en brengt niet veel bij.

De tekst is, daarenboven, geschreven in ellendig Nederlands; talloze uittoepkens maken er een hortend geheel van; zij schijnen de plaats in te nemen van argumenten. Werkelijk té veel schrijf-, spellings- en taalfouten, alsmede verkeerde zinsconstructies doen eerder vermoeden dat hier een eerste ruw project van manuscript voorligt. Dit geldt ook voor de referenties en het notenapparaat, dat erg slordig is en onvolledig.

Na deze enkele beperkingen, moge ik twee fundamentele bezwaren vermelden.

Het eerste betreft de benadering van de communicatiemedia en van de pers als klaarblijkelijk kwaadwillige, minstens (te) lastige verschijnselen waartegen, a priori, rechtsbescherming allerhande is geboden (zie bv. nrs. 2 en 90). Het is het volstrekte recht van de auteur om deze overtuiging te zijn toegedaan; maar indien hij haar ten gronde wil leggen aan een bruikbare of wetenschappelijke studie, dient zij én geëxpliciteerd én gemotiveerd te worden. Dit blijft evenwel achterwege; zonder toelichting laat de auteur zijn overtuiging door het gehele betoog merken. Zulks levert contradicties op, zoals onder nr. 45 waar het gering gebruik van het recht van antwoord (afgeleid uit een studie van 1967-68!) zowel wordt toegeschreven aan de aanwending van rechtzettingen of minnelijke schikkingen, als aan de geringe bekendheid van de wet en... de evolutie in de pers: «De journalisten schrijven niet zo agressief meer, zo menen sommige auteurs, de periode der hevige politieke discussies in de kranten is langzaam weggeëbt» (sic). Op welke auteurs de auteur zich hier beroept, wordt aan de lezer onthouden. Dergelijke snel neergeschreven verreikende conclusies, waarvan het werkje bol staat, brengen de auteur tot een erg oppervlakkige benadering. Elke poging tot systematisering is dan ook vreemd aan dit geschrift.

Het tweede fundamenteel bezwaar is het volgende. De auteur doorspekt zijn relaas met zijn opvatting dat géén behoorlijk wetgevend werk is verricht bij de wettelijke regeling van het recht van antwoord. Dat kan zo zijn, maar vooral na behoorlijke studie zou zulke conclusie kunnen overtuigen; het thans voorliggend werk kan zeker niet de conclusie dragen (nr. 132) volgens welke de auteur in dit voorbeeld van slechte wetgeving een verantwoording schijnt te zien voor het onttrekken van het «juridisch technisch» wetgevend werk aan het Parlement. Hier wordt, met het badwater, niet alleen het kind, maar tevens nog de badkuip weggegooid.

Leo Neels
Eerstaanv. Assistent
Afd. Publiek Recht
K.U. Leuven

BERICHTEN

Prijsvragen
Stichting Ridder René Victor

Het Bestuur van de Stichting Ridder René Victor, die zich bevordering van de Belgisch-Nederlandse rechtsvergelijking ten

doel stelt, heeft in 1978 voor de eerste maal vier prijsvragen uitge-schreven. Men zie daaromtrent *Rechtskundig Weekblad*, 1977-78, 2493-2495, en *Nederlands Juristenblad*, 1978, 445, waar ook het reglement en de onderwerpen zijn bekend gemaakt.

Op deze prijsvragen is een inzending binnengekomen onder het motto:

«Plus ne suis ce que j'ai été
Et ne le saurai jamais être».

over het onderwerp «De gevolgen van de echtscheiding ten aanzien van de aanspraken uit de sociale verzekeringswetgeving in België en Nederland».

Op voordracht van een jury, bestaande uit: prof. dr. J. van Langendonck (Leuven), prof. mr. J.L.M. de Leede (Nijmegen), prof. mr. J.C.M. Leyten (Nijmegen) en raadsheer J.R. Rauws, heeft het bestuur van de stichting besloten een prijs in 20.000 Bfr. toe te kennen aan de schrijver van de inzending. Deze bleek bij opening van de envelop met het motto te zijn: prof. mr. J. Man-noury te Bilthoven.

Intussen heeft het bestuur vier nieuwe prijsvragen uitgechreven. Het betreft de volgende onderwerpen:

1. De verhouding tussen Ministerie van Justitie en openbaar mi-nisterie in België en Nederland.
2. Leasing in België en Nederland.
3. Ontslagverboden naar Belgisch en Nederlands recht.
4. De invloed van de Eenvormige Wet Benelux betreffende het internationaal privaatrecht op het Belgische en Nederlandse i.p.r.

Inzendingen gelieve men onder motto in te zenden vóór 1 sep-tember 1981 aan het secretariaat van de Stichting Ridder René Victor, Albertstraat 25, 2000 Antwerpen, alwaar ook andere rich-tingen verkregen kunnen worden.

Reglement

I. Prijsvragen

Art. 1. De Stichting Ridder René Victor schrijft elk jaar een of meer prijsvragen uit m.b.t. de vergelijkende studie van het Belgi-sche en Nederlandse recht, mede met het oog op bestudering van de unificatie van beide rechtsstelsels.

Art. 2. De studies ingezonden als antwoorden op de prijsvragen moeten onuitgegeven zijn. Zij worden in het Nederlands geschre-ven.

Zij worden in twee getypte exemplaren vóór het vastgestelde tijdstip gezonden aan de Stichting Ridder René Victor.

Art. 3. De omvang zal bij voorkeur de 20.000 woorden niet te boven gaan.

Art. 4. De auteur moet ongenoemd blijven en zijn studie van een spreuk voorzien, met toevoeging van naam en adres onder geslo-ten omslag. Samenwerking van auteurs is geoorloofd.

Art. 5. De prijzen bedragen 30.000 BF, 25.000 BF, en 15.000 BF.

Art. 6. De jury is per prijsvraag samengesteld uit een gelijk aantal Belgische en Nederlandse juristen aangewezen door de redacties van het *Rechtskundig Weekblad* en van het *Nederlands Juris-tenblad*. Tegen de beslissing van de jury kan geen beroep worden aangetekend.

Art. 7. De leden van de redactie van het *Rechtskundig Weekblad* en het *Nederlands Juristenblad* komen niet in aanmer-king voor de prijzen.

Art. 8. De Stichting verwerft het recht bekroonde studies op haar kosten geheel of gedeeltelijk te publiceren.

Art. 9. Onvoorziene gevallen met betrekking tot de prijzen worden, na verslag van de in artikel 6 bedoelde jury, door het bestuur van de Stichting beslist.

II. Opdrachten en beloningen

Art. 10. Na advies van een in art. 6 bedoelde jury kan het bestuur van de Stichting Ridder René Victor een of meer opdrachten verlenen tot het verrichten van een vergelijkende studie van het Belgische en het Nederlandse recht m.b.t. een bepaald onderwerp.

Art. 11. Een opdracht wordt bij voorkeur verleend aan de auteur van een studie die met een in art. 5 bedoelde prijs werd bekroond.

Art. 12. De opdrachten worden gehonoreerd tot een maximum van 500.000 BF. Het honorarium en de wijze van uitkering, het auteursrecht en de publikatie worden in een overeenkomst vast-gelegd.

Art. 13. Na advies van een in art. 6 bedoelde jury kan het bestuur van de Stichting Ridder René Victor ook een beloning toekennen voor een haar aangeboden vergelijkende studie van het Belgische en Nederlandse recht m.b.t. een bepaald onderwerp. De beloning en de wijze van uitkering, het auteursrecht en de publikatie worden in een overeenkomst vastgelegd.

Art. 14. Onvoorziene gevallen met betrekking tot opdrachten en beloningen worden door het bestuur van de Stichting Ridder René Victor beslist.

TIJDSCHRIFTEN

Themis

jg. 1980, nr. 2.

Over het kwaad der lopende vonnissen—Mr. J.V.M. Los, Het cognossement in handen van de bevrachter—Mr. A.Q.C. Tak, Besluiten van algemene strekking—Boekbeschouwingen—Boekaankondigingen.

Nederlands Juristenblad

jg. 55, mei 1980, blz. 397-412.

Prof. mr. L.J.M. de Leede, Sociale verzekering en aansprake-lijkheid—Mr. A.W. Heringa, VNG in de fout? Mr. R. Beumer, Van drie- naar twaalfmijlzone—Mr. P.A.H. Bos, Op de verkeerde weg—Rubrieken.

Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen

jg. 23, april 1980, nr. 4.

Mr. R.A.A. Duk, Zijn boeken anders?—Enkele opmerkingen over de (on-)verenigbaarheid van het Nederlandse boekenkartel met het Europese mededingsrecht—Mr. B. Beersin, Kanttekenin-gen bij kanttekeningen en naschrift—Twee mogelijkheden van OR nader beschouwd—Mr. J.J.H. Maschhaupt, De kosten van rechts-bijstand aan ondernemingsraden—Actualiteiten—Rechtspraak—Privaatrecht—Belastingenrecht.

Data Juridica

jg. 8, nr. 4, april 1980

Weekblad voor Privaatrecht, notariaat en registratie

jg. 111, nr. 5520, 3 mei 1980.

Mr. L. Hardenberg, Het eigen recht van de kerken (III, slot)Mr. B. Crevecoeur, De fiscus en het eigen woningbezit—Mr. R.E. de Rooij, Boekbespreking «De rekening-courant-verhouding»—Wetgeving—Rechtsvragenrubriek—Mededelingen—Personalía—Agenda—Benoemingen, overlijden enz.—Vakaturenstaat—No-tariaat.

Recueil Dalloz

cahier 16, 23 april 1980

J.P. Karaquilho, Le pouvoir disciplinaire dans l'association sportive—Jurisprudence—Législation.

Der Staat

Beiheft nr. 4.

Von der standischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit.