

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

Plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 1 september 1980

DE RECHTSPRAAK IN HET RECHTSGEBIED VAN HET ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN INZAKE SOCIAAL STRAFRECHT

Rede uitgesproken door de eerste advocaat-generaal J. PONET

Inleiding

De keuze van het onderwerp van deze openingsrede is ingegeven door het verlangen aan te sluiten aan de uitstekende uiteenzetting over de rechtspraak van het Arbeidshof te Antwerpen die bij het begin van het voorbije gerechtelijk jaar gegeven werd door de heer advocaat-generaal Smits, de bezorgdheid om zo dicht mogelijk aan te leunen bij de doelstelling van artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt, op de plechtige openingsvergadering, een rede te houden over een passend onderwerp, en de behoefte om de uitzonderlijke taak van het hof van beroep bij de toepassing van de straf- en burgerrechtelijke bepalingen van het sociaal recht toe te lichten.

Om recht te doen in de sociale sector heeft het hof van beroep én het arbeids- en het sociaal zekerheidsrecht, rechtsdelen waarin de overgrote meerderheid der strafbepalingen zijn vervat, én het strafrecht verregaand moeten interpreteren. Het hof werd hiertoe gebracht door de complexiteit van de wetbepalingen en de korte verjaringstermijnen die nu gelukkig in ruime mate zijn opgeheven¹.

Het voorwerp van dit vertoog is derhalve driedig. Het handelt over het strafrecht, de strafbepalingen ingeschreven in sommige sociale wetten en het sociaal recht in het

algemeen. Om redenen van doelmatigheid zijn de beslissingen tot juni 1980 opgenomen in de navolgende synthese.

I. Het strafrecht

Essentiële begrippen van het strafrecht werden uitgediept om tot bestraffing of vrijspraak te besluiten waaronder:

De noodtoestand:

In de zaak N.V. Agfa-Gevaert werd door de beklaagde, strafrechtelijk aansprakelijk voor de firma, de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond ingeroepen voor de wederrechtelijke wijze van uitbetaling van de lonen. Het verzuim lag bij de betaling met circulaire cheques terwijl de wet bepaalt dat zulks moet gebeuren in geld van hand tot hand². Ter motivering van de noodtoestand benadrukte de beklaagde de toegenomen criminaliteit, het steeds stijgend aantal overvallen en het belangrijk economisch nadeel voor de onderneming bij eventuele ontvreemding van het uitbetalingsgeld. Het hof weerlegde deze argumentatie door te wijzen op de dagelijks even belangrijke verhandelingen in gereed geld verricht door de banken, financiële instellingen en de postdiensten en blootgesteld aan gelijkaardige gevaren waarvoor zij bepaalde veiligheidsmaatregelen nemen die in casu ook konden worden getroffen. Daarenboven is de stijging van de in het land gepleegde overvallen nog niet zodanig dat er sprake is van een algemene noodtoestand.

¹ Koninklijk besluit nr. 15 van 23 oktober 1978 tot verlenging van de verjaringstermijnen van de strafvordering die in sommige sociale wetten zijn ingeschreven (*Belgisch Staatsblad*, 9 november 1978). Artikel 66 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (bijvoegsel *Belgisch Staatsblad*, 17 augustus 1978).

² Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers.

Indien de stijging van het aantal en de omvang der gepleegde overvallen zou leiden tot een werkelijke noodtoestand, is het de taak van de wetgever om te zorgen voor de nodige wetsaanpassing. Ter zake is geen materiële overmacht noch noodtoestand welke gelijk te stellen is aan zedelijke overmacht voorhanden om af te wijken van de dwingende bepalingen van de wet³.

De merkwaaardige motivering werd door het Hof van Cassatie uitvoerig overgenomen om de noodtoestand te verwerpen. Alleen dient, strikt juridisch bekeken, de term «materiële overmacht» gerelativeerd te worden. Zulke overmacht veronderstelt dat de handeling gesteld wordt onder fysische dwang, die in casu niet aanwezig is. Tevens dient aangemerkt dat het arbeidshof, dat dezelfde betwisting behandelde in kort geding, de circulaire cheques omschrijft als een «contant betaalmiddel dat gewaarborgd is»⁴, terwijl het hof van beroep tot de vaststelling komt dat «de wetgever absolute voorrang is blijven geven aan de belangen van de werknemers en hun recht op contante, tegenover iedereen omwisselbare en tegen faling van werkgevers en betalingsorganismen gewaarborgde betaling». Deze tegenspraak wijst duidelijk op de problematiek gesteld door de spoedrechtspelingen die gevoerd worden voordat op penaal gebied uitspraak is gedaan.

In de zaak openbaar ministerie tegen Wens en consoorten⁵ heeft het auditoraat-generaal in zijn conclusie in rechte gesteld dat, nu de noodtoestand wordt ingeroepen, het aan het openbaar ministerie staat te bewijzen dat de onrechtmatigheid, of de menselijke gedraging in strijd met een rechtsgebod of -verbod, als bestanddeel van het misdrijf haar wederrechtelijk karakter niet verliest door de noodtoestand. Tevens werd het onderscheid benadrukt tussen de overmacht, die gekenmerkt is door het verlies van de kiesvrijheid bij de beklaagde, en de noodtoestand die veronderstelt dat de dader de keuze behoudt tussen het plegen van een feit en het ondergaan van een kwaad zodat het gepleegde feit gerechtvaardigd wordt door de keuze gedaan in het hoger belang van de maatschappij en op grond van de hiërarchie der waarden⁶. Het hof heeft, de bestaande rechtspraak eerbiedigend, de noodtoestand geassimileerd met de zedelijke overmacht bedoeld in artikel 71 van het Strafwetboek. Het onderzocht of «beklaagden zich in een situatie bevonden die hun wilsvrijheid uitsloot of waarin zij, gesteld voor een zwaar en imminent kwaad, belangen die zij verplicht of gerechtigd waren te vrijwaren, op geen andere wijze konden redden dan door de strafwet te schenden».

Het Hof van Cassatie heeft het arrest bevestigd, motivevend dat «de zedelijke dwang slechts dan schuld uitsluit wanneer de vrije wil van de beklaagde daardoor vernietigd is of nog wanneer de beklaagde, geplaatst voor een ernstig en dreigend kwaad, niet anders de belangen heeft kunnen vrijwaren die hij verplicht of gerechtigd was vóór alle andere te beschermen, dan door het plegen van het hem ten laste gelegde feit»⁷.

Na de analyse van de feiten, die wees op een steeds deficitaire balans van de instelling bestuurd door Wens ondanks de staatssubsidiëring, besloot het auditoraat-generaal in feite: «dat wanneer een vereniging wordt samengesteld met het oog op morele en a fortiori materiële hulpverlening, de oprichters ab initio de doelstelling moeten aanpassen aan de financiële middelen waarover de vereniging beschikt; dat de uitbreiding van de beoogde hulpverlening op grond van staatssubsidiëring, slechts mag verwezenlijkt worden in de mate van de omvang van de te verwachten subsidiëring; dat een onbegrensde en buitenmatige uitbreiding, totaal in wanverhouding met de eigen middelen en de mogelijke subsidiëring, een zelfgeschapen financieel risico creëert dat nadien niet mag aangewend worden ter verantwoording van de middelen gebruikt om de ontstane gevolgen het hoofd te bieden; dat zulke redenering zou neerkomen op het verwarren tussen de oorzaak en de gevolgen». Het hof beaamde dit standpunt in uitvoerige overwegingen nopens de werking van de instelling en kwam tot de vaststelling: «dat uit dit geheel van vaststellingen blijkt dat vooral de eerste beklaagde, door welk idealisme overigens ook gedreven, het beginsel toepaste dat het doel de middelen wettigt».

In de zaak Aperen tegen openbaar ministerie werd door de beklaagde ter rechtvaardiging van de tewerkstelling van jeugdige arbeiders na 20 uur de noodtoestand ingeroepen, met de bewering dat de werknemers in het hoogseizoen er zelf om verzochten en dat het bedrijfsorganisatorisch niet anders kon. Het hof antwoordde hierop dat de inbreuken, in casu nachtarbeid te hebben doen of laten verrichten door jeugdige werknemers in strijd met de bepalingen van de artt. 36/1^o en 53/2^o van de Arbeidswet van 16 maart 1971, wellicht niet gemakkelijk te vermijden waren wegens het omvangrijk en dringend karakter van de arbeid, het aanzienlijk aanbod van jeugdige werknemers, en de omstandigheid dat sommigen hunner niet gaarne bestendig in de morgenploeg arbeidden. Het voorgaande samen met de vaststelling dat in vergelijking met de totale personeelsbezetting de inbreuken zeldzaam en tevens miniem voorkomen (1 uur gepresteerde arbeid binnen de verboden limiet) wijzen wel op verzachtende omstandigheden doch maken geen overmacht uit⁸.

In de zaak Grunberger tegen openbaar ministerie aanvaardde het hof de rechtvaardigingsgrond voor de inbreuken met de overweging dat beklaagde zoals elk gewoon vooruitziend werkgever ten deze niet kon voorzien, noch voorkomen, dat zijn aangestelde tegen de opdracht in een werkloze op onwettige wijze tewerkgesteld had, uiteraard

³ Antwerpen, 28 april 1977, A.R. 601, in zake Francken en Agfa-Gevaert t/ openbaar ministerie (T.S.R., 1977, 357), bevestigd door Cass., 8 november 1977, nr. 4241.

⁴ Arbeidshof Antwerpen, 12 februari 1976, A.R. K.G. 1, in zake Agfa-Gevaert t/ Waumans en consoorten.

⁵ Antwerpen, 20 april 1978, A.R. 500, in zake Wens e.a., bevestigd door Cass., 12 december 1978, nr. 4843 (*Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1979, nr. 11, 915).

⁶ P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant 1951, p. 321, nr. 489, p. 322, nr. 491, p. 323, nr. 493; CH. DE VISSCHER, «Raadpleging gegeven aan de beheerders van de Uitgiftebank te Brussel in 1942», *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant 1951, p. 343, annexe; J. SIMON, *Handboek van Belgisch strafrecht*, Brussel, Bruylant 1943, p. 126-128, nr. 130; NIJPELS en SERVAIS, *Le Code Pénal Belge Interprété*, 1, p. 228, nr. 7.

⁷ Cass., 12 december 1978, nr. 4843, in zake Wens e.a., t/ openbaar ministerie.

⁸ Antwerpen, 25 mei 1979, A.R. 735, in zake Van Aperen en Rovana t/ openbaar ministerie.

in een werkplaats waar diens inschrijving niet reglementair kon geschieden⁹.

Het collectief misdrijf

In de reeds vermelde zaak openbaar ministerie tegen Wens en consoorten heeft het hof in verband met de korte verjaringstermijn van de strafvordering de classificatie van de misdrijven onderzocht en het collectief misdrijf omschreven. Te dien einde stelt het hof dat, alvorens de begrippen voortgezet en collectief misdrijf te omschrijven, niet in eerste orde het onderscheid tussen aflopende en voortdurende misdrijven van belang is, maar wel de vraag of er, in de geestesgesteltenis van de beklaagden, een verband tussen de ten laste gelegde misdrijven «ut singuli» bestaat, al betreft het in het merendeel van de gevallen aflopende misdrijven, derwijze dat voor elk van de beklaagden de misdrijven één te maken zouden zijn overeenkomstig artikel 65 van het Strafwetboek. Dergelijk verband mag aanvaard worden voor louter stoffelijke wetsovertredingen zonder dat opzet vereist weze. Het volstaat dat er doorheen de misdrijven een draad loopt die ze aan elkaar koppelt als herhaalde uitingen van één en dezelfde strafbare gesteltenis. Dit is niet alleen het geval voor de herhaalde inbreuken op elke wet afzonderlijk maar ook voor de inbreuken op de verschillende wetten die onderling door éénzelfde misdadige gesteltenis een collectief misdrijf of één en dezelfde strafbare onderneming uitmaken.

Deze overweging is gelijkkluidend met de conclusie van het auditoraat-generaal dat de stelling verdedigde dat «de strafbare gedragingen, ook die van verschillende aard, welke gericht zijn op het bereiken van één en hetzelfde inzicht een collectief misdrijf uitmaken. Ingevolge hun gebondenheid gesteund op de eenheid van het voornemen vormen zij éénzelfde strafbare onderneming».

Eénzelfde opzet

Het Hof van Cassatie heeft ter zake geoordeeld dat «de rechter in feite, en op onaantastbare wijze, oordeelt of verschillende, al dan niet opzettelijke, misdrijven die een beklaagde ten laste zijn gelegd, deel uitmaken of voortkomen uit hetzelfde opzet, dit wil zeggen onderling verbonden zijn door eenheid van doel en verwezenlijking, en in die zin door één feit, te weten een complexe gedraging, zijn opgeleverd, zodat onder meer de regel, neergelegd in artikel 65 van het Strafwetboek, moet worden toegepast».

«Eénzelfde opzet is niet het strafbaar opzet dat voor het bestaan van bepaalde misdrijven is vereist, noch de aanwezigheid van vrije wil bij het handelen als algemeen vereist voor strafbaarheid; het ene opzet is ondermeer aanwezig, wanneer de beklaagde enig doel heeft opgevat dat hij zich voorneemt te verwezenlijken en verwezenlijkt heeft, niet alleen door geoorloofde maar ook door strafbare handelingen, onverschillig of voor de strafbaarheid van die handelingen zelf vereist is dat zij opzettelijk worden gepleegd en onverschillig of de verwezenlijking van het opgevatte doel op zichzelf strafbaar is.»

Het Hof van Cassatie vervolgt met de considerans «dat het arrest, om te kunnen beslissen dat de termijn van verja-

ring van de strafvordering is beginnen te lopen te rekenen van de laatste ten laste gelegde handeling, oordeelt dat beklaagden bij het besturen van de instelling, zij het zonder winst oogmerk, reeds ten tijde van de eerste ten laste gelegde handeling de bedoeling hadden de genoemde onderneming tot bloei te brengen onder meer door voort te gaan met het plegen van de ten laste gelegde handelingen en voorts met de belangrijkheid dat de opeenvolging van alle ten laste gelegde handelingen wijzen op een systeem. Het arrest verantwoordt aldus wettelijk en motiveert regelmatig de beslissing dat al de misdrijven die door die handelingen worden opgeleverd één voortgezet en collectief misdrijf uitmaken, dit wil zeggen deel uitmaken van hetzelfde opzet».¹⁰

Om de specifieke strafmaat van de sociale strafbepalingen, de vermenigvuldiging van de geldboeten met het aantal werknemers, te verenigen met de eenheid van opzet, oordeelde het Hof dat «het vermenigvuldigen van het aantal geldboeten een speciale strafmaatregel is, waaruit geen andere afleidingen te maken zijn, dan hetgeen er noodzakelijk aan verbonden is. De eenheid van opzet mag aanvaard worden voor de feiten die als louter stoffelijke wetsovertredingen bestraft worden, zelfs als voor de bestraffing geen opzet vereist is. Het volstaat dat beklaagde zich bewust was of zich bewust had moeten zijn dat de misdrijven aan elkaar verbonden zijn als herhaalde uitingen van dezelfde strafbare gesteltenis»¹¹.

In het kader van dezelfde problematiek heeft het Hof van Cassatie gestatueerd over het begrip de zwaarste straf en de op te leggen vervangende gevangenisstraf. Wanneer artikel 65 van het Strafwetboek moet worden toegepast, de feiten voor elk van de beklaagden een collectief misdrijf uitmakend, kan slechts één straf toegepast worden, namelijk de zwaarste. Wanneer luidens de in de toe te passen wetten voorkomende strafbepalingen, de straf mede bepaald wordt door het aantal werknemers die bij de overtreding van de wet betrokken zijn, sluit dit de toepassing van artikel 65 van het Strafwetboek niet uit maar brengt mede dat, om uit te maken welke tenlastelegging met de zwaarste straf gestraft is, als de zwaarste geldboete moet beschouwd worden die welke, rekening houdende met het aantal in de tenlastelegging betrokken werknemers, het hoogste maximum bereikt¹². De wijze waarop de zwaarste straf dient berekend en opgelegd te worden werd niet nader bepaald door het Hof van Beroep te Brussel waarnaar de zaak verwezen werd. Dit laatste stelde alleen de verjaring van de strafvordering vast¹³. Na deze omschrijving van de zwaarste straf preciseert het Hof van Cassatie de toe te passen vervangende gevangenisstraf: «Het ten laste gelegde feit, in casu de overtreding van art. 32, § 1, van de wet van 28 juni 1976 houdende voorlopige regeling van de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, hoewel ge-

¹⁰ Cass., 12 december 1978, nr. 4843, in zake Wens e.a. t/ openbaar ministerie. Zie ook de circulaire van het Parket-Generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 maart 1980, nr. 12/80.

¹¹ Antwerpen, 5 april 1978, A.R. 410, in zake Major t/ openbaar ministerie.

¹² Cass., 5 juni 1979, nr. 5287, in zake Lemmens t/ openbaar ministerie, dat het arrest Antwerpen van 16 november 1978, A.R. 1233 vernietigt.

¹³ Brussel, 31 oktober 1979, A.R. 1278, in zake Lemmens t/ openbaar ministerie.

pleegd met betrekking tot drie werknemers, levert nochtans krachtens de wet slechts één enkel misdrijf op, waarop slechts één straf kan worden toegepast. Hieruit volgt dat, hoewel die straf wat de geldboete betreft vastgesteld wordt volgens het aantal werknemers die in strijd met de bepalingen van de wet zijn tewerkgesteld, de rechter nochtans, krachtens artikel 40 van het Strafwetboek, wettelijk slechts één vervangende gevangenisstraf kan uitspreken»¹⁴.

De opheffing van de wet door onbruik

De tewerkstelling op zondag in de sector van de meubelhandel is het onderwerp geweest van diverse betwistingen. Voor de strafrechtbanken argumenteerden de meubelhandelaars dat de wet tegen haar eigen ratio legis in de beste verkoopsdag in het gedrang bracht, dat diverse ministeriële departementen naar een aanvaardbare oplossing zochten om de wantoestand te verhelpen, en dat intussen het openbaar ministerie zich tijdelijk onthouden had te vervolgen. Op grond van deze retroacten hield de verdediging inzake Embrechts tegen openbaar ministerie voor dat de Arbeidswet van 16 maart 1971, in zover ze de zondagarbeid verbiedt, niet meer moest of kon worden toegepast om de dubbele reden dat:

— deze wetgeving geneutraliseerd werd door een gewoonrechtelijke situatie te meer daar de plotse en onverwachte toepassing van een vergeten en niet toegepaste wet een zeer ernstige economische, financiële en sociale schade zal veroorzaken in disproportie met het doel van deze wetgeving;

— deze wetgeving zonder voorwerp is en dus onbestaande geworden, omdat het doel ervan, namelijk het psychologisch nadeel van tewerkgesteld te worden op zondag, achterhaald is door de tijd en andere wetgeving.

Het hof oordeelde dat de stelling ongefundeerd was in zijn feitelijke en juridische bestanddelen op grond van de volgende overwegingen: «dat de argumentatie hierop neerkomt dat er ontslag van rechtsvervolging dient verleend te worden op grond van een andersluidende gewoonte of wegens buitengewone omstandigheden, ofwel dat de wetgeving opgeheven zou zijn door onbruik, ofwel dat de verwezenen zich zouden kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond»¹⁵; dat het hier vooreerst gaat om de artikelen 11 en 14 van de Arbeidswet van 16 maart 1971, waarbij een beperkte coördinatie tot stand kwam van de sinds lange jaren bestaande regelingen inzake arbeidsduur, zondagsrust, vrouwenarbeid en arbeid van jonge personen; dat deze wetgeving van dwingende aard en openbare orde is, strekkende tot bescherming van een bepaalde categorie van burgers, met name de werknemers, met als rechtsgevolg de nietigheid van elk hiermede strijdig beding in een arbeidsovereenkomst; dat meteen hieruit kan afgeleid worden de irrelevantie van argumenten geput uit het voorbijgestreefd karakter van de opgeheven wet van 17 juli 1905 en uit de economische en financiële schade van de werkge-

ver; dat het beginsel van de zondagsrust ter bescherming van de werknemer sinds 17 juli 1905 ononderbroken tot op heden in verschillende wetten gehuldigd bleef zowel nationaal als internationaal¹⁶; dat de voor verwezenen meest gunstige hypothese namelijk het niet optreden van de arbeidsinspectie en het openbaar ministerie gedurende een paar jaar na 16 maart 1971 zeker niet toelaat te besluiten dat einde 1977 er reeds een afwijkende gewoonte zou zijn ontstaan, noch een opheffend onbruik, ongeacht vooralsnog de juistheid van de door verwezenen hieraan verbonden rechtsgevolgen ten deze; dat om dezelfde reden het doel dezer wetgeving niet achterhaald is geworden, doch integendeel herhaaldelijk bevestigd en verder uitgewerkt onder andere met de inhaalrust; dat de door verwezenen ingeroepen economische, financiële en sociale schade, — ongeacht de juistheid ervan — in elk geval geen noodtoestand medebrengen»¹⁷.

De onmiddellijke toepassing van de verlengde verjaringstermijn van de publieke vordering

Het koninklijk besluit nr. 15 van 23 oktober 1978 en artikel 66 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering hebben de termijnen van verjaring van de publieke vordering ingeschreven in sommige sociale wetten verlengd tot drie jaar¹⁸.

In het arrest nr. 986 van 7 mei 1980 inzake de heer procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen tegen Gwinner stelt het Hof van Cassatie dat de verjaringstermijn van drie jaar moet worden toegepast op alle vorderingen ontstaan vóór de datum van de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving en nog niet verjaard op die datum, met de overweging dat: «op grond van het beginsel dat de nieuwe wet onmiddellijk wordt toegepast, artikel 11 van het koninklijk besluit nr. 15 van 23 oktober 1978 moet worden toegepast op alle rechtsvorderingen die zijn ontstaan vóór de dag van de inwerkingtreding ervan en die op die dag nog niet zijn verjaard; dat het Hof van Beroep te Bergen bijgevolg, door te beslissen dat deze bepaling ten deze niet kon worden toegepast, genoemd beginsel heeft miskend»¹⁹.

Alhoewel deze uitspraak niet stoelt op de rechtspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen is het passend ze te vermelden. Deze erg belangrijke beslissing bevestigt het middel ontwikkeld door de heer procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen, te weten dat: «de verjaringstermijn van drie jaar diende te worden toegepast overeenkomstig de in artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek vastgelegde regel dat 'de wetten op de... rechtspleging van toepassing zijn op de hangende rechtsgedingen...', welke regel tevens geldt voor de strafrechtsple-

¹⁴ Cass., 13 november 1979, nr. 5496, in zake Van den Maagdenberg t/ openbaar ministerie, dat het arrest Antwerpen van 2 mei 1979, A.R. 605, verbreekt. Het Hof van Beroep te Brussel statueerde op 26 februari 1980 overeenkomstig het cassatiearrest (A.R. 309).

¹⁵ VAN HOUTD en CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, nrs. 332, 378 en 852.

¹⁶ BLANPAIN en OPSTAELE, *Arbeidsrecht — Zondagsrust — Historisch Overzicht*, nrs. 1 tot en met 9.

¹⁷ Antwerpen, 13 juni 1979, A.R. 824, in zake Embrechts en Prima Lux t/ openbaar ministerie.

¹⁸ Koninklijk besluit nr. 15 van 23 oktober 1978 tot verlenging van de verjaringstermijnen van de strafvordering die in sommige sociale wetten zijn ingeschreven (*Belgisch Staatsblad*, 9 november 1978). Artikel 66 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (bijvoegsel *Belgisch Staatsblad*, 17 augustus 1978). Zie ook de circulaire van het Parket-Generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen van 5 juni 1980, nr. 28/80.

¹⁹ Cass., 7 mei 1980, nr. 986, in zake de heer procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen t/Gwinner.

ging in zoverre deze, krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek, niet geregeld is door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van genoemd artikel 3, alsook overeenkomstig het algemeen beginsel dat met name in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek is neergelegd en volgens hetwelk de wet onmiddellijk toepassing vindt».

Diversen

De toepassing van de nieuwe wet. In de reeds genoemde zaak Wens tegen openbaar ministerie heeft het audioraat-generaal in zijn conclusie betoogd dat: «de wet van 15 juli 1964 opgeheven werd door artikel 64/4^o van de Arbeidswet van 16 maart 1971; dat wanneer, zoals in casu, een voortgezet misdrijf niet alleen vóór maar ook na de inwerkingtreding van de wet die de overtreden strafbepaling wijzigt, gepleegd werd, de gewijzigde bepaling toepasselijk is op het gezegd misdrijf, zelfs zo ze strenger is»²⁰. Het hof aanvaardde deze thesissen en bevestigde ze nogmaals in een arrest Diliën tegen openbaar ministerie met de overweging: «dat wanneer een nieuwe wet een vroegere wet over hetzelfde onderwerp opheft, de onder het stelsel van de oude wet gepleegde misdrijven niettemin strafbaar blijven indien uit de nieuwe wet blijkt dat de wetgever aan het feit het wettelijk kenmerk van een misdrijf heeft willen behouden»²¹.

Het gerechtelijk gewijsde. — Desbetreffende motiveerde het hof dat: «bij voortdurende misdrijven de exceptie van het gerechtelijk gewijsde enkel toepasselijk is hetzij ingeval de feiten door de vorige beschikking niet bewezen verklaard werden, hetzij ingeval de feiten van de nieuwe tenlastelegging dateren van vóór de ingeroepen beschikking; dat immers de exceptie van het gerechtelijk gewijsde niet mogelijk is voor feiten die nog niet ter beoordeling voor de rechter konden worden gebracht; dat het trouwens ondenkbaar zou zijn dat bij voortdurende misdrijven een principiële veroordeling reeds zou volstaan om in een onbepaalde toekomst straffeloos de wederrechtelijke gedragingen te blijven voortzetten»²².

Het arrest had het onderscheid kunnen maken tussen die twee soorten van voortdurende misdrijven, te weten de permanente en de opeenvolgende. Voor deze laatste kon de dader, reeds veroordeeld door een onherroepelijke gerechtelijke beslissing, eventueel bij het stellen van een positieve daad opnieuw vervolgd en veroordeeld worden²³. De tweede vervolging had dan tot voorwerp moeten hebben de beteugeling van een later gedeelte van dezelfde toestand, die opzettelijk gehandhaafd werd.

Exceptio obscuri libelli — De artikelen 182 en 183 van het Wetboek van Strafvordering bepalen niet in welke bewoordingen de dagvaarding opgesteld moet worden om

geldig te zijn; het volstaat ter vrijwaring van de rechten van de verdediging, dat beklaagde een voldoende kennis kan hebben van het voorwerp van de vervolging ten einde zijn verdediging voor te dragen. De feitenrechter is niet alleen gevat door de bewoordingen van de dagvaarding, maar ook en vooral door de feiten waarop het strafonderzoek of de informatie betrekking hadden en die aan de basis liggen van de vervolging zodat deze feiten, samen met de daaraan voorlopige gegeven strafrechtelijke omschrijving waaraan zij te toetsen zijn, als een geheel ter beoordeling van de rechter liggen; en dat hiervoor geen uitdrukkelijke verwijzing naar het strafdossier in de dagvaarding moet voorkomen²⁴.

De bekentenis. — Door de beklaagde voor het hof afgelegde bekentenis, die vrijelijk en spontaan geschiedde en niet uitgelokt werd door nietige processen-verbaal, is een bewijsmiddel waarin het hof het bewijs van de feiten mag vinden²⁵.

Het verzuim afschrift van het proces-verbaal te verzenden aan de overtreder — Het verzuim aan de overtreder binnen de zeven dagen na de vaststelling der feiten een afschrift van het proces-verbaal te verzenden, zoals de wet het voorschrijft, heeft de nietigheid van het proces-verbaal tot gevolg; de ingestelde procedure is niet nietig²⁶. Wanneer de wetgevingen geen speciale bewijsslevering voorzien blijven de gemeenrechtelijke artikelen 154 tot 189 van het Wetboek van Strafvordering toepasselijk, mits de eerbiediging van de rechten van de verdediging, gezien het proces-verbaal geen essentiële voorwaarde is voor de uitoefening van de strafvordering; de nietigheid heeft enkel weerslag op de bewijsslevering in de mate dat de wet geen speciale bewijsslevering voorziet en de rechten van de verdediging geëerbiedigd worden²⁷.

Het verzet — Tardiviteit — Overmacht. — Het verzet, betekend aan de arbeidsauditeur, gebeurde buiten de termijn van tien dagen, terwijl dezelfde procedure tijdig werd gevoerd ten aanzien van de procureur des Konings. Beklaagde gaf tijdig opdracht en de rechtsplegingsfout was te wijten aan een vergissing van de gerechtsdeurwaarder.

In zijn conclusie houdt de arbeidsauditeur te Hasselt voor dat overeenkomstig een gevestigde rechtspraak de feitenrechter op soevereine wijze kan beslissen of de termijn van verzet wegens overmacht al dan niet mag verlengd worden. Een constante rechtspraak aanvaardt dat de vergissingen begaan door een gerechtsdeurwaarder, die met een regelmatige opdracht belast werd, als overmacht dienen te worden beschouwd. De Correctionele Recht-

²⁴ Antwerpen, 5 april 1978, A.R. 410, in zaak Major t/ openbaar ministerie.

²⁵ Antwerpen, 30 mei 1979, A.R. 745, in zaak Schepers en Meublo t/ openbaar ministerie, bevestigd door Cass., 9 oktober 1979, nr. 5550.

²⁶ Antwerpen, 30 mei 1979, A.R. 744, in zaak Matteredne, Seroeyen en Helbo t/ openbaar ministerie.

²⁷ Antwerpen, 30 mei 1979, A.R. 745, in zaak Schepers en Meublo t/ openbaar ministerie, bevestigd door Cass., 9 oktober 1979, nr. 5550. Zie ook Cass., 17 februari 1964, Pas., 1964, I, 652; BLANPAIN en OPSTAELE, *Arbeidsrecht — Zondagsrust — Overgangsbepalingen*, nr. 90.

²⁰ Cass., 24 september 1974, Arr. Cass., 1975, 98; en in dezelfde zin, Antwerpen, 28 oktober 1976, A.R. 1142, in zaak Raabe t/ openbaar ministerie.

²¹ Antwerpen, 20 januari 1977, A.R. 95, in zaak Diliën t/ openbaar ministerie.

²² Antwerpen, 20 april 1978, A.R. 502, in zaak Carlier en Sint-Truidense Vervoeronderneming «De Blauwe Vogel» — Carlier t/ openbaar ministerie.

²³ Cass., 22 april 1968, Arr. Cass., 1968, 1059.

bank te Hasselt aanvaardde de overmacht op grond van deze motivering²⁸.

De toedracht van het verzet — Het vonnis a quo deed ten onrechte het verstekvonnis teniet ten opzichte van de op verzet niet verschijnende beklaagde. Weliswaar mochten al de aspecten van de zaak opnieuw onderzocht worden voor zover zij de verschijnende burgerrechtelijk aansprakelijke partij aanbelangden, maar het vonnis had zich tot haar belangen moeten beperken en had het verzet van de niet verschijnende beklaagde ongedaan moeten verklaren²⁹.

Stuiting van de verjaring. — De kennisgeving door de arbeidsauditeur aan de bevoegde ambtenaar van zijn besluit strafvervolgingen in te stellen, zoals vereist bij artikel 7 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, is een daad van vervolging in de zin van artikel 22 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering³⁰.

II. Het sociaal strafrecht

De ambtshalve veroordeling tot betaling van de achterstallige bijdragen.

Het hof werd dienaangaande geconfronteerd met verscheidene twistpunten: de noodzaak de veroordeling uit te spreken wanneer de betaling kon vermoed worden, de samenloop met de burgerlijke partijstelling en de juridische aard van de veroordeling. De stellingname van het hof blijkt uit de volgende beslissingen:

— Het past de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tegen beklaagde, verzekeringsplichtige werkgever die verzuimd heeft de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid een aangifte te doen geworden met de verantwoording van de verschuldigde bijdragen, in het bezit te stellen van een uitvoerbare titel, zij het slechts om zijn vordering gegrond te verklaren indien beklaagde beweert zijn rekening inmiddels vereffend te hebben doch hiervan geen bewijs bijbrengt³¹.

— De ambtshalve veroordeling tot betaling der achterstallige bijdragen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid door de wet opgelegd, heeft tot doel aan de bevoegde instelling een uitvoerbare titel te verschaffen. Zo beklaagde deze schuld naderhand zou hebben aangezuiverd, kan hij het bewijs hiervan aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tegenwerpen³².

— Wanneer het bestreden vonnis, bij gebrek aan verhaal op burgerlijk gebied, beklaagde op definitieve wijze veroordeeld heeft tot vergoeding van de burgerlijke partij, belet zulks niet dat de verschuldigde bijdragen, in casu de getrouwheids- en weerverletzegels, niet ver-

schuldigd zijn aan de werknemer persoonlijk, doch moeten worden gestort aan de wettelijk ingestelde Fondsen voor Bestaanszekerheid³³. De ambtshalve veroordeling tot betaling der achterstallige bijdragen moet bevolen worden door de rechter ingeval de verschuldigde bijdragen niet werden gestort³⁴.

— De ambtshalve veroordeling, voorzien door artikel 55/1^o van het koninklijk besluit houdende aanpassing en coördinatie van de wetbepalingen betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, maakt geen deel uit van de burgerlijke eis, doch is een wettelijke maatregel verbonden aan de strafvordering en derhalve niet van toepassing bij verval ervan³⁵.

De uitzendarbeid

In de zaak Vanierschot tegen openbaar ministerie voerde de verdediging aan dat de beklaagde aan inrichters van festiviteiten orkesten bezorgde die optraden als zelfstandige ondernemers. Het hof verwierp deze stelling met de motivering: «dat beklaagde bekend orkesten te bezorgen aan de inrichters van bals, onder de voorwaarden voorzien in het door hem gebruikt modelcontract aan te gaan tussen de 'ondernemer van de vertoning' enerzijds en de 'leider van de groep' anderzijds; dat nopens de aard van de verbintenissen dit modelcontract onderling tegenstrijdige vermeldingen inhoudt; dat eensdeels de artisten of musici (in het meervoud) verklaren op te treden als zelfstandige ondernemers, niet onderworpen aan sociale afhoudingen en persoonlijk verantwoordelijk op fiscaal gebied, terwijl, andersdeels, de orkesten verschaft worden tegen een vaste vergoeding per uur, een speciale vergoeding per overuur, en een voordeel in natura, namelijk het verschaffen van drank of van een verfrissing bij de aanvang en vervolgens om het uur; dat ook gestipuleerd wordt dat 'alle onkosten ... onder meer sociale zekerheid' ten laste van de ondernemer van de vertoning vallen; dat het betaald verlof in de gage begrepen is, alsook dat de artisten één uur voor de aanvang ter plaatse moeten zijn en dat zij in uiterst verzorgde kledij moeten optreden; dat beklaagde toelichtte dat de orkesten bestaan uit gelegenheidsmusici, die bijverdiensten naast hun gewoon beroep nastreven; dat derhalve bewezen is dat noch de leider van zulke orkestvereniging noch elk van de musici afzonderlijk als zelfstandige ondernemer van werk optreedt; dat zij integendeel allen hun werkkraft en hun kunde verhuren; dat het modelcontract het bestaan van een dienstverband tussen de 'ondernemer van de vertoning' en de musici genoegzaam laat doorschemeren; dat met andere woorden zowel de 'leider van de groep' als de orkestleden werknemers zijn ten opzichte van de 'ondernemer van de vertoning'³⁶.

²⁸ Vonnis Hasselt, 5 februari 1975, A.R. S 4, in zake Lambrechts t/ openbaar ministerie.

²⁹ Antwerpen, 2 december 1976, A.R. 1302, in zake Everaerts en Everaerts t/ openbaar ministerie.

³⁰ Antwerpen, 22 november 1978, A.R. 1285, in zake Vande Velde t/ openbaar ministerie.

³¹ Antwerpen, 9 oktober 1975, A.R. 964, in zake Baldi t/ openbaar ministerie.

³² Antwerpen, 21 december 1978, A.R. 1437, in zake Lam t/ openbaar ministerie.

³³ Artikel 16bis van de wet van 7 januari 1958 betreffende de Fondsen voor bestaanszekerheid (*Belgisch Staatsblad*, 7 februari 1958), gewijzigd door de wet van 18 december 1968 (*Belgisch Staatsblad*, 30 januari 1969).

³⁴ Antwerpen, 4 maart 1976, A.R. 272, in zake Mans t/ openbaar ministerie.

³⁵ Antwerpen, 2 juni 1977, A.R. 781, in zake Spillemaeckers en Hypotheekmaatschappij der Kempen t/ Lippens en openbaar ministerie.

³⁶ Antwerpen, 6 mei 1976, A.R. 611, in zake Vanierschot t/ openbaar ministerie.

Het hof stond voor het probleem geschapen door de splitsing van de verboden activiteit tussen de mededaders en motiveerde als volgt om tot de veroordeling te besluiten: «Overwegende dat elk uitzendbureau als werkgeefster van de afgestane arbeidskrachten te aanzien is; dat de facturatie van de uurlonen aan de gebruiker van het ter beschikking gesteld personeel en de betaling van het loon voldoende indicieën zijn voor de aanwijzing van de werkgever; dat de fictieve splitsing van de rechtshandelingen die gepaard gaan met het afsluiten en de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, te weten de aanwerving van de arbeider door een eerste persoon, de verhuring aan een tweede, de doorverhuring aan een derde en de tewerkstelling door een vierde, geen afbreuk doet aan de hoedanigheid van werkgever op het vlak van het sociaal contracten- en zekerheidsrecht; dat het factureren van de ene naar de andere en het herfactureren hieraan niets wijziget»³⁷.

Het hof had te oordelen over de interpretatie van het begrip «uitoefening door de gebruiker van enig gedeelte van het gezag dat normaal aan een werkgever behoort» vervat in artikel 32/1° van de wet van 28 juni 1976 houdende voorlopige regeling van de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers. Het hof veroordeelde op grond van de overwegingen: «dat enkel dient onderzocht te worden of het 'ter beschikking stellen' al dan niet geschiedde met delegatie van 'enig gedeelte van het gezag dat normaal aan de werkgever behoort', zoals voorzien bij artikel 32/1° van voormelde wet; dat concludenten, vertrekkend uit de stelling dat de band van ondergeschiktheid in een arbeidsovereenkomst bestaat in een 'gezag, leiding en toezicht' vanwege de werkgever en ten aanzien van de werknemer ten onrechte uit de tekst van voormeld artikel 32/1° het argument putten dat hierbij enkel de delegatie van gezag zou zijn verboden, doch geenszins die van leiding en/of toezicht; dat alhoewel de band van ondergeschiktheid meestal overeenkomstig artikel 1 van de wet van 10 maart 1900 betreffende de arbeidsovereenkomst voor werklieden, omschreven werd als het gevolg van 'de leiding, het gezag en het toezicht', het niet gaat om drie verschillende en onderscheiden elementen doch om één enkel begrip, namelijk een gezag, dat zich uiten kan door het recht de arbeid te leiden en de arbeidsprestaties te controleren; dat in de recente wetgevingen het begrip ondergeschiktheid ruimer opgevat werd en gepreciseerd werd uitsluitend met de term 'gezag'; dat blijkens de economie van kwestieuze wet van 28 juni 1976, met de term 'gezag', voorkomend in artikel 32/1°, eveneens zoals in deze andere recente wetgevingen, bedoeld wordt 'het werkgeversgezag' als één enkel begrip, hetwelk zich ook kan uiten door leiding en toezicht».³⁸

De E.E.G.-Verordening nr. 1463/70 betreffende de tachygraaf

De Correctionele Rechtbank te Turnhout had te oordelen over het verplicht aanbrengen van een tachygraaf in de

voertuigen met toepassing van het artikel 18/1° van de Verordening nr. 1463/70 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 20 juli 1970 betreffende de invoering van een controleapparaat bij het wegverkeer, uitvoerbaar verklaard door het koninklijk besluit van 23 april 1971. De verdediging wierp de onbevoegdheid van de Belgische rechtbanken op om reden dat de overtredingen in het buitenland werden vastgesteld en het de bedoeling was van bovenvermeld uitvoeringsbesluit van 23 april 1971 dat elk land de misdrijven vastgesteld op eigen grondgebied zou beteugelen. De rechtbank aanvaardde de thesis van de arbeidsauditeur, te weten dat «overeenkomstig artikel 7, § 1, van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, iedere Belg, die zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt aan een feit dat door de Belgische wet misdaad of wanbedrijf wordt genoemd, in België kan worden vervolgd, indien op het feit straf is gesteld door het land waar het gepleegd is»³⁹.

Arbeidsduur

De verdediging pleitte de onvermijdbare dwaling omtrent de feiten op grond van de uurregeling die in het erkend leercontract bepaald werd in strijd met de Arbeidswet van 16 maart 1971. Deze thesis werd door het hof aanvaard op grond van het feit dat de werkgever niet wist dat een leerjongen, minder dan 16 jaar oud, na 20 uur geen arbeid meer mag verrichten in een restaurantbedrijf en dat het leercontract, voor erkenning voorgesteld door het leersecretariaat en erkend door het Gewestelijk Comité voor Beroepsopleiding en Beroepsvervolmaking van het Ministerie van Middenstand, als arbeidsuren vermeldt: «van 10 uur tot 14 uur en van 18 uur tot 21 uur», zijnde de gewone werkingsuren in het restaurantbedrijf⁴⁰.

Arbeidsreglement

De beklagde, die bestuurster was van een kliniek, hield voor dat het administratief personeel ermee akkoord ging prestaties te leveren buiten de voorziene arbeidstijd. Deze afwijking werd doorgevoerd wegens gebrek aan paramedisch personeel. Het hof verwierp de geldigheid van de afwijking op het arbeidsreglement bij wijze van individuele overeenkomst: «Wanneer beklagde elf werknemers arbeid wilde doen verrichten buiten de arbeidstijd vastgesteld in het arbeidsreglement, was zij gehouden dit reglement vooraf te doen wijzigen overeenkomstig de procedure voorzien door artikel 12 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen. Van de in het arbeidsreglement vastgestelde arbeidstijden kan niet wettelijk afgeweken worden door met tien werknemers een schriftelijk en met één werknemer een mondeling akkoord te sluiten waarbij 'de arbeidsovereenkomst voor wat de arbeidstijden betreft gewijzigd werd».⁴¹ In dezelfde zin werd gestatueerd inzake Vanduffel tegen openbaar minis-

³⁷ Antwerpen, 16 november 1978, A.R. 1233, Lemmens e.a. t/ openbaar ministerie, verbroken op strafgebied wat Lemmens betreft door Cass., 5 juni 1979, nr. 5287.

³⁸ Antwerpen, 28 november 1979, A.R. 1377, in zake Geisseler e.a. t/ openbaar ministerie.

³⁹ Vonnis Turnhout, 7 november 1979, A.R. 2103, in zake Biddeloo en Biddeloo en Zoon t/ openbaar ministerie.

⁴⁰ Antwerpen, 25 juni 1976, A.R. 877, in zake Brantz en Bradou t/ openbaar ministerie.

⁴¹ Antwerpen, 14 mei 1980, A.R. 685, in zake Beckers en Sint-Jozefziekenhuis t/ openbaar ministerie.

terie: «Luidens artikel 4 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen zijn niet alleen de werkgevers maar ook de werknemers gehouden door de bepalingen die in het arbeidsreglement voorkomen, zodat het beweerd akkoord met de werknemers om 's zaterdags te werken ten titel van inhaaltijd niet dienend is. Vermits dergelijke akkoorden sluikarbeid mogelijk maken, voorziet artikel 4 tevens dat zelfs individuele afwijkingen schriftelijk dienen vastgesteld»⁴².

Werkloosheid

Het hof heeft herhaaldelijk de te enge en zelfs onvolledige strafbepalingen van de artikelen 261 tot en met 263 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid moeten ontwijken door de tenlastelegging te omschrijven als zijnde een inbreuk op artikel 1 van het koninklijk besluit van 31 mei 1933 opgenomen in het Wetboek van Strafrecht na artikel 496. Zulks is onder meer gebeurd toen het hof te oordelen had over het feit dat de zoon zich fictief als werknemer van zijn vader liet inschrijven daar waar hij bedrijfsleider was en zijn vader volledig werkonbekwaam was⁴³.

Om dezelfde redenen is het hof gedwongen geweest uitvoerig te moeten motiveren om de feiten te toetsen aan de strafbepaling. Aldus werd gestatueerd: «Het misdrijf, in casu als werknemer zijn controlekaart niet voorzien van een kruisje zo hij arbeid welke een inkomen oplevert verricht op een dag waarop de dagelijkse controle niet plaatsheeft of waarop hij van controle vrijgesteld was, zoals bepaald in artikelen 153, § 4, en 261 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid, bestaat niet in het verrichten van arbeid die een inkomen oplevert op een dag waarop aanspraak gemaakt wordt op werkloosheidsuitkering maar wel in hetzij een positief handelen, hetzij een verwaarlozing in verband met de controlekaart. In elk van beide gevallen betreft het ten duidelijkste werkloosheidsuitkeringen die gedaan worden op voorlegging van de controlekaart. Het misdrijf bestaat in een knoeien met deze kaart derwijze dat het controle- en uitkeringssysteem door de werkloze in zijn voordeel ontwricht wordt». Het hof komt tot deze besluitvorming na de overweging dat «bij toepassing van de artikelen 7, 2^e alinea, en 9 van de Grondwet, in België het strafrecht essentieel geschreven wettenrecht is, waarbij analogische toepassing van de wet uit den boze is»⁴⁴.

⁴² Antwerpen, 15 juni 1978, A.R. 759, in zake Vanduffel t/ openbaar ministerie.

⁴³ Antwerpen, 12 december 1979, A.R. 1451, in zake Conaert t/ openbaar ministerie.

⁴⁴ Antwerpen, 23 december 1977, A.R. 1509, in zake Maes t/openbaar ministerie. N.B.: Het hof heeft evenwel vrijgesproken op het betwistbaar argument «dat het niet bewezen is dat de wetgever ten opzichte van de houder van een brugpensioen strafrechtelijk wil optreden op dezelfde voet en met dezelfde gestrengheid als tegen de onvrijwillig werklozen, wier akkoord niet hoeft gevraagd en die integraal van steun leven; dat indien de wetgever de houder van een brugpensioen niet alleen sociaalrechtelijk maar ook strafrechtelijk aansprakelijk had willen stellen hij duidelijk de gedragingen had moeten omschrijven die hij penaal wenst te sanctioneren; dat het hof slechts kan vaststellen dat de wetgever dit tot nog toe niet gedaan heeft».

In een zaak waarin de feiten wezen dat een kopelbaas bedrieglijk en onrechtmatig werkloosheidsuitkeringen had geïnd heeft het hof moeten vrijspreken. Deze beslissing kwam onverwachts over doch een analyse van de overwegingen verantwoordt volledig het arrest. Het hof heeft immers moeten vaststellen: «dat eerste beklaagde de beweerde hoedanigheden van medebeheerder van de pvba Pocor en van zelfstandige handelaar betwist, en integendeel beweert bezoldigd bediende te zijn geweest; dat volgens de akten van de pvba Pocor hij geen zaakvoerder van deze pvba was doch slechts medevenoot en dat niet betwist wordt dat hij er als bediende ingeschreven was en loon ontving; dat tot bewijs van het tegendeel, niets anders aangebracht wordt dan eenzijdige rapporten van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening en een verklaring van de curator, waaromtrent de beklaagde nooit gehoord werd, alsook een eensluidend afschrift van een vonnis op 9 november 1977 gewezen door de Correctionele Rechtbank te Hasselt, waardoor beklaagde veroordeeld werd onder meer uit hoofde van bedrieglijke bankbreuk; dat, in het geheel van onderhavig strafdossier, alleen laatstbedoeld vonnis een doorslaggevend bewijs van de hoedanigheid van handelaar had kunnen opleveren, ware het niet dat het die hoedanigheid alleen afleidt uit de faillietverklaring van eerste beklaagde, gedaan bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt dd. 18 november 1976, naar welk vonnis uitdrukkelijk verwezen wordt onder de tenlastelegging A, dan wanneer precies dit vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt te niet gedaan werd bij arrest van de vijfde kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 22 november 1977, zegge enkele weken na het correctioneel vonnis, hetwelk eensdeels geen rekening hield met het hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel, en andersdeels niet zelf uit de bestanddelen van het strafdossier, afleidde dat eerste beklaagde de hoedanigheid van handelaar bezat, afgezien van de al of niet regelmatigheid van diens faillietverklaring; dat mitsdien hoe het ook moge lijken dat beklaagde zich als zaakvoerder en handelaar gedragen heeft, door onderhavig strafdossier het bewijs daarvan niet ten genoegen van recht geleverd wordt»⁴⁵.

Sociale zekerheid

In de beoordeling van het klachtmisdrijf ingeschreven in artikel 33, 3^o lid, van de wet van 27 juni 1969 betreffende de sociale zekerheid en van de onttrekking aan de toepassing van de wet door artikel 16 van het koninklijk besluit van 28 november 1969 (minder dan twee uren arbeid per dag) heeft het hof met nauwkeurigheid zijn standpunt te kennen gegeven.

— «De algemene regeling van het toezicht, de vaststelling en de onderzoeksmaatregelen voor de inbreuken op de wet van 27 juni 1969 betreffende de sociale zekerheid wordt omschreven in de artikelen 31, 32 en 33, 1^e en 2^e lid, terwijl het 3^e lid van artikel 33 bij wijze van uitzonderingsmaatregel bepaalt dat waar de inbreuk van de werkgever bestaat in het niet tijdig en volgens de voorgeschreven voorwaarden betalen van de verschuldigde bijdragen, de

⁴⁵ Antwerpen 23 mei 1979, A.R. 728, in zake Poels en Miseur t/ openbaar ministerie.

strafvordering ingesteld wordt op klacht van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Deze uitzondering is zeer restrictief en niet toepasselijk wanneer de ten laste gelegde feiten bestaan in het verzuim of de onjuistheid van de aangifte van uitbetaalde of verschuldigde lonen, hetgeen uiteraard ook het niet overmaken van de hierop toepasselijke bijdragen meebrengt. Artikel 33, 3e lid, viseert alleen die gevallen waarin buiten de tijdige en volgens de voorgeschreven voorwaarden te verrichten betalingen, geen andere wettelijke verplichtingen werden verzuimd. Artikel 39 van dezelfde wet voorziet trouwens een afwijkende aanvang van de verjaring van de strafvordering (de dag van de overdracht van de afhoudingen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid) voor de werkgever die de voorgeschreven afhoudingen heeft verricht, doch ze niet tijdig en volgens de opgelegde voorwaarden aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid heeft overgemaakt. Indien voor alle inbreuken, welke gepaard zouden gaan met niet tijdige en regelmatige betaling, de bestraffing enkel mogelijk zou zijn op klacht van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, zou de ambtshalve veroordeling tot betaling van de achterstallige bijdragen voorzien bij artikel 35, 2e lid, 4e alinea, overbodig zijn»⁴⁶.

— Het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid breidt bij artikel 3/8^a de toepassing van de wet uit tot studenten die onder toepassing vallen van de wet van 9 juni 1970 betreffende de tewerkstelling van studenten, behoudens uitzonderingen; de uitzondering van artikel 16 is niet toepasselijk vermits bewezen is dat beklaagde de student tewerkstelde «gewoonlijk langer dan 2 uren per dag» te weten gedurende 5 uren op de zaterdag; dat het artikel geen gewag maakt van «gemiddeld 2 uren per dag», zodat elke dag afzonderlijk te beschouwen is bij het tellen van het aantal uren»⁴⁷.

De strafrechtelijk aansprakelijke persoon

Ondanks de ruime omschrijving van de strafrechtelijk aansprakelijke in de strafbepalingen, namelijk de werkgever, zijn aangestelde of lasthebbers, hebben beklaagden getracht zich te onttrekken aan de beteugeling van de inbreuken door de hoedanigheid van werkgever of van gevolmachtigde te betwisten. Aldus had het hof te oordelen of de beklaagde, als «syndic» van een appartementsgebouw, als werkgever beschouwd moest worden. Met de overwegingen: «dat artikel 56 van de wet van 5 december 1968 alleen de werkgevers, aangestelden of lasthebbers viseert welke zich schuldig hebben gemaakt aan overtreding van een algemeen bindend verklaarde overeenkomst; dat deze bepaling met betrekking tot de lasthebbers en aangestelden enkel dezen kan bedoelen welke zekere bevoegdheden hebben om ter zake voor de werkgevers bindende beslissingen te nemen; dat iemand die gelast is met de louter materiële bezigheden voor de overmaking van het loon en deze uitvoert, zich niet schuldig kan maken aan de overtreding van een bindend

verklaarde overeenkomst, evenmin als zulks het geval zou zijn voor een betalingsorganisme dat betalingsopdrachten uitvoert», sprak het hof vrij»⁴⁸.

— Over een analoge probleemstelling overwoog het hof «dat de hoedanigheid van werkelijke uitbater van een bedrijf enkel uit een geheel van feitelijke elementen en taken kan worden afgeleid en de inschrijving in het handelsregister hiervoor niet doorslaggevend is, en dit des te minder wanneer deze inschrijving ook een kleinhandel in meubelingsartikelen en in meubelen met binnenhuisinrichting vermeldt; dat deze bedrijvigheden klaarblijkelijk die van de echtgenoot zijn en de herberguitbating volledig door beklaagde geschiedt»⁴⁹.

— Beklaagde werd beticht van, bij inbreuk op artikel 261/3^a van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en werkloosheid, als werkgever of aangestelde een onjuiste verklaring afgelegd te hebben om aan een werknemer werkloosheidsuitkeringen te doen toekennen. Zonder de materialiteit van het ten laste gelegde feit te ontkennen, beweert zij niet als werkgever opgetreden te zijn. Het hof veroordeelde motiverende: «dat beklaagde zelf ter zitting voor het hof verklaarde dat zij volmacht had om voor het bedrijf stukken te tekenen; dat om op te treden als gevolmachtigde of aangestelde het zonder enig belang is of men al dan niet beschikt over een inschrijving in het handelsregister; dat bij een dergelijke inschrijving beklaagde eenvoudig als medewerkgeefster zou hebben gehandeld; dat het dan ook niet ernstig is bij conclusie te stellen dat de stukken en getuigenschappen enkel geldig door één of alle vennoten kunnen worden ondertekend; dat in dergelijk familiaal bedrijf stilzwijgende volmachten en lastgevingen gebruikelijk zijn en algemeen aanvaard worden, tenzij uitdrukkelijke ontkenning, welke ten deze niet aanwezig is; dat tegen beklaagde geen vervolgingen ingespannen werden omdat zij toevallig aanwezig was, zoals ten onrechte in besluiten gesteld, doch wel omdat zijzelf het bewuste stuk invulde, ondertekende en afleverde; dat zij dan ook gehandeld heeft als aangestelde met mondelinge volmacht»⁵⁰.

— De beklaagde had diverse strafbepalingen overtreden. Zonder de materialiteit van de feiten te ontkennen, blijft hij beweren dat hij niet onder de wetsbepalingen van de tenlasteleggingen valt, omdat de door hem betaalde Engelse stucadoors als zelfstandigen voor hem in onderaanneming werkten. Het hof was de mening toegedaan dat de hoedanigheid van de uitvoerders van de bepleistering niet bepaald wordt door de onderhandse overeenkomsten tussen twee vennootschappen waarin beklaagde zaakvoerder was in beide, en evenmin door de wijze waarop zij in Engeland tot prestaties aangetrokken werden. Het is ook zonder belang dat de betrokkenen in Engeland als zelfstandigen (self-employed) zouden werken, zoals de mees-

⁴⁸ Antwerpen, 5 mei 1978, A.R. 553, in zake Van de Vliet t/ Beysnberger en openbaar ministerie, verbroken door Cass., 7 november 1978, nr. 4857, in zover het uitspraak doet over de civielrechtelijke vordering.

⁴⁹ Antwerpen, 10 februari 1977, A.R. 193, in zake Smids t/ openbaar ministerie, bevestigd door Cass., 7 juni 1977, nr. 4092.

⁵⁰ Antwerpen, 15 juni 1978, A.R. 761, in zake Vervloet en Vervloet t/ openbaar ministerie.

⁴⁶ Antwerpen, 5 april 1978, A.R. 410, in zake Major t/ openbaar ministerie.

⁴⁷ Antwerpen, 15 juni 1978, A.R. 759, in zake Vanduffel t/ openbaar ministerie.

ten onder hen verklaarden, zonder evenwel hiervan bewijzen voor te leggen. Enkel is na te gaan onder welke voorwaarden de prestaties in België uitgevoerd werden⁵¹.

Het verhinderen van toezicht

In drie met klaarheid gemotiveerde arresten begrensde het hof de bevoegdheid om toezicht uit te oefenen, omschreef het de inbreuk, en bepaalde het de wijze waarop door de ambtenaren mag worden opgetreden. De determinerende overwegingen waren:

— *voor de begrenzing van het toezicht*: «Dat het toezicht dat door artikel 31 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1948 betreffende de maatschappelijke zekerheid, aan de door de Koning aangewezen ambtenaren en beambten op de uitvoering van deze wet en van de uitvoeringsbesluiten ervan gegeven wordt, beperkt is tot arbeidsovereenkomsten; dat inderdaad krachtens artikel 1, § 1, van voormelde wet, deze toepassing vindt op de werknemers en de werkgevers die door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn; dat ten einde hogervermeld toezicht te houden en de bevoegdheden welke hen door artikel 32 van de wet van 27 juni 1969 gegeven worden, uit te oefenen, het evenwel, zoals uit dit artikel blijkt, volstaat dat de ambtenaren en beambten waarvan sprake in artikel 31 redelijkerwijze kunnen vermoeden dat het om een arbeidsovereenkomst gaat; dat ten deze dit vermoeden niet aanwezig was»⁵²;

— *voor de begripsomschrijving*: «Dat zich systematisch onttrekken aan de uitnodiging en vragen om inlichtingen vanwege de inspectie van de sociale wetten gelijk te stellen is met het verhinderen van toezicht»⁵³;

— *voor de wijze van optreden*: «Dat overeenkomstig artikel 3 van de wet van 26 januari 1951 betreffende de vereenvoudiging van de sociale documenten, gewijzigd door artikel 2 van de wet van 28 mei 1953, de aangestelde ambtenaren vrije toegang hebben tot de inrichtingen onderworpen aan de wetgeving, en de werkgevers en werknemers verplicht zijn hun de gevraagde inlichtingen over het naleven van deze wetgeving te geven; dat deze vrije toegang ook het recht insluit om langs achter de werkplaatsen binnen te gaan zonder te voren aangemeld te zijn, en om er de arbeiders te ondervragen buiten weten van de werkgever»⁵⁴.

De toepassing op de vreemde werkgever van de strafbepaling ingeschreven in de sociale wetten

De Correctionele Rechtbank te Tongeren had te oordelen over de niet-betaling van de getrouwheidszegels, voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst van 29 september

1971 gesloten in het Nationaal Paritair Comité voor het bouwbedrijf, algemeen bindend verklaard bij koninklijk besluit van 24 februari 1972, door een Nederlandse werkgever voor werken uitgevoerd in België door zijn werknemers. De rechtbank oordeelde dat zij bevoegd is ratione materiae en loci op grond van artikel 13 van de E.E.G.-Verordening nr. 1408 van 14 juni 1977 dat bepaalt dat de wetgeving van de staat op wiens grondgebied de werknemer werkzaam is van toepassing is.

De uitzondering bedoeld in artikel 14 van dezelfde verordening slaat op het sociaal zekerheidsrecht waarvoor de wetgeving van de staat waar de onderneming gevestigd is en van waaruit de aldaar wonende werknemers tijdelijk gedetacheerd worden van toepassing is.

Na het onderscheid gemaakt te hebben tussen het sociaal zekerheidsrecht en het arbeidsrecht, en na te hebben vastgesteld dat de betaling en het plakken van zegels «een individuele verplichting is van de werkgever ten opzichte van elke werknemer, aangegaan als een contractuele overeenkomst, namelijk de collectieve arbeidsovereenkomst in het bouwbedrijf, en dus territoriaal plaatsgebonden en van openbare orde is, daar zij gebaseerd is op een bij koninklijk besluit bindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst», sloot de rechtbank zich aldus aan bij de door de arbeidsauditeur genomen conclusie⁵⁵.

De bevoegdheid van de arbeidsauditeur inzake inbreuken op het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming

De ontvankelijkheid van de openbare vordering werd opgeworpen op grond van de onbevoegdheid van de arbeidsauditeur inzake het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming, goedgekeurd door de regentsbesluiten van 11 februari 1946 en van 27 september 1947.

De Correctionele Rechtbank te Antwerpen aanvaardde het principe van de onbevoegdheid van de arbeidsauditeur onder meer omdat de weerhouden inbreuken niet ten laste van beklaagden gelegd werden in hun hoedanigheid van werkgevers. Het vonnis werd nopens dit punt bevestigd door het hof van beroep⁵⁶. Hiermee vervoegt het hof het standpunt aangehouden door het Hof van Cassatie⁵⁷.

III. Het arbeidsrecht

Om de strafbepalingen toe te passen die contractuele verbintenissen van het arbeidsrecht sanctioneren, heeft het hof het arbeidsrecht moeten interpreteren. Hetzelfde gebeurde in geval van burgerlijke-partijstelling. Het hof heeft aldus recht gesproken betreffende:

De leerovereenkomst

Met de motivering «dat beklaagde steeds voorgehouden

⁵¹ Antwerpen, 12 september 1979, A.R. 1097, in zake Coppens en Offshore Supervisor Services t/ openbaar ministerie.

⁵² Antwerpen, 28 november 1979, A.R. 1381, in zake Thijssen en Esso t/ openbaar ministerie.

⁵³ Antwerpen, 16 november 1978, A.R. 1233, in zake Lemmens e.a. t/ openbaar ministerie.

⁵⁴ Antwerpen, 9 januari 1980, A.R. 46, in zake Wyers t/ openbaar ministerie.

⁵⁵ Vonnis Tongeren, 9 maart 1977, A.R. 596, in zake Menten e.a. t/ openbaar ministerie.

⁵⁶ Antwerpen, 12 april 1979, A.R. 529, in zake Gysels e.a. t/ openbaar ministerie: Vonnis Antwerpen, 11 april 1978, A.R. 1977.

⁵⁷ Cass., 25 mei 1976, nr. 3095, in zake de heer procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent t/ De Maesschalck. Zie ook de circulaire van het Parket-Generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen van 25 augustus 1976, nr. 47/76.

heeft dat Lacroix bij hem slechts op leercontract geweest is, doch naliet zich in regel te stellen bij een leersecretariaat, hoewel beklagde hierop herhaaldelijk aandrong; dat voor leercontracten overeenkomstig de toepasselijke wet van 12 april 1803 en de besluitwet van 9 juni 1945 geen schriftelijke overeenkomst vereist is; dat de leercontracten getekend door de leersecretariaten slechts de administratieve bevestiging van de leerovereenkomsten zijn, om deze te laten erkennen door het Ministerie van Mid-denstand, met de eraan verbonden sociale voordelen en bijzondere bescherming tegenover de meester», besloot het hof dat beklagde diende te worden vrijgesproken voor de inbreuk op de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, om de minimumdaglonen van een werknemer niet betaald te hebben overeenkomstig de collectieve arbeidsovereenkomst van 12 december 1977 aangegaan in het paritair comité voor het kappersbedrijf en de schoonheidszorgen, algemeen bindend verklaard bij koninklijk besluit van 21 februari 1978⁵⁸.

De hoedanigheid van werkgever

Het hof acht het bewezen dat de zogeheten leiding en het toezicht, door de beklagden uitgeoefend, zich beperkt hebben tot controle van de aanwezigheid en van de bestendige werkzaamheid. Verder overweegt het: «dat de wet op de arbeidscontracten op onrechtstreekse wijze het ondernemingshoofd omschrijft als iemand die, onder zijn gezag, bestuur en toezicht een werkman tewerkstelt; dat de sociaal-economische evolutie echter meebracht dat de rechtspraak in het gezag — dit is in de band van ondergeschiktheid — het beslissend element is gaan zien, terwijl wat het bestuur en het toezicht betreft voldoende geacht wordt dat de uitoefening ervan door de werkgever 'wettelijk mogelijk zij' en dat niets hem belet deze functies aan derden te delegeren; dat ook de sociale wetgeving in die richting evolueert; dat bijvoorbeeld de wet van 30 juli 1963 de handelsvertegenwoordiger werknemer verklaart zo hij onder het gezag, voor rekening en in de naam van één of meer opdrachtgevers optreedt; dat de nieuwe wetgeving betreffende de sociale zekerheid en die betreffende de arbeidsongevallen (wet van 27 juni 1969, koninklijk besluit van 28 november 1969 en wet van 10 april 1971) het begrip werkgever ook een administratieve inhoud gegeven hebben, vermits die wetten als werkgever bestempelen hij die met de werknemer het contract van dienstverhuring afsluit, hem het loon uitbetaalt, de sociale zekerheid regelt en hem tegen arbeidsongevallen verzekert; dat blijkens de voorbereidende werken deze begripsverschuiving niet alleen volgt uit de beoogde eenvormigheid van de wetgeving maar ook uit het bestaan van nieuwe fenomenen zoals het uitlenen of afstaan van arbeidskrachten en het bestaan van zogenaamde uitzendbureaus». Het hof oordeelde dat het beperkt door de beklagden uitgeoefend gezag voldoende was om hen als patroons te beschouwen⁵⁹.

Het arbeidscontract

Het hof had te oordelen of beklagde als werkgever inbreuken gepleegd had op de strafbepalingen ingeschreven in sommige sociale wetten. Met de overweging «dat alhoewel de beklagde, tijdens haar ondervraging door de inspecteur van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid zich bedrijfsleidster van de schoenhandel Shoe-Post noemde en dienvolgens als aangestelde of lasthebber vervolgd werd, uit het onderzoek voor het hof gedaan, gebleken is dat bedoelde functiebenaming in het raam van de winkelketen van de firma Shoe-Post misleidend is en tot dekking dient van een arbeidsverhouding die in werkelijkheid neerkomt op een arbeidscontract; dat de hoedanigheid van werkgever niet voorhanden is», sprak het hof de beklagde vrij⁶⁰.

Aan de beklagde werd ten laste gelegd dat hij, met overtreding van de wet van 12 april 1965, het nog verschuldigde loon niet onverwijld had uitbetaald aan een werknemer die beweerde in dienst geweest te zijn gedurende drie weken als handelsvertegenwoordiger. Het hof stelde vast «dat tijdens of na deze periode de werknemer geen enkele verkoopnota of kopersadres binnenbracht; dat, volgens de niet tegengesproken verklaring van beklagde, de werknemer zich tijdens deze periode enkel in de zaak vertoonde op 16 april 1976, om een voorschot van 2.000 frank te vragen; dat hieruit af te leiden is dat Steiner geen werkprestaties heeft verricht en niet het inzicht had een arbeidsovereenkomst te sluiten, doch enkel een vergoeding zonder tegenprestatie op te trekken; dat derhalve de overeenkomst op proef tussen partijen gesloten nietig is wegens gebrek aan oorzaak», en sprak vrij⁶¹.

De hoedanigheid van werknemer

Uitgaande van de overweging: «dat noch de benaming 'bediende' gebezigd in het contract, noch de vermeldingen «bediende... in zes dagen van 7 1/2 uren...» voorkomende op het attest C 4/1, afgeleverd op 30 november 1976 door de boekhouder, doorslaggevend zijn voor de toepassing van de ingeroepen bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomsten; dat de rechter de aard van het contract volgens de werkelijke feiten moet beoordelen», stelt het hof vast dat de werknemster verkoopdemonstraties moest geven met onmiddellijke verkoop van de door haar meegebrachte voorraad. Zij was nooit in de magazijnen van beklagde aanwezig als bediende-verkoopster, noteerde en voerde geen bestellingen uit zodat zij niet optrad als handelsvertegenwoordiger. Daarentegen had zij een leurekaart en verkocht ter plaatse uit de meegebrachte voorraad aan niet gekende kopers. Zij valt dus onder toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomst voor huisverkopers. Uiteindelijk spreekt het hof de beklagde vrij voor inbreuk op de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, na uitvoerige beschouwingen nopens de ontstentenis van fulltime werkzaamheid⁶².

⁵⁸ Antwerpen, 11 juni 1980, A.R. 783, in zake Boschmans en Bovic t/ De Wolf-Lacroix en openbaar ministerie.

⁵⁹ Antwerpen, 4 maart 1975, A.R. 256, in zake Kellens en Pinxt t/ openbaar ministerie.

⁶⁰ Antwerpen, 23 juni 1977, A.R. 906, in zake Mensels t/ openbaar ministerie.

⁶¹ Antwerpen, 17 maart 1978, A.R. 356, in zake Roelofs t/ openbaar ministerie.

⁶² Antwerpen 29 juni 1978, A.R. 896, in zake Wuyts en Weldon t/ Seerden en openbaar ministerie.

Het hof had te oordelen over de inbreuk verzuimd te hebben het vakantiegeld aan een bediende te betalen zoals bepaald door het koninklijk besluit van 28 juni 1971 houdende aanpassing en coördinatie van de wetbepalingen betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers. Met de overwegingen «dat het feit dat de burgerlijke partij als bediende ingeschreven werd niet bepalend is om hem als dusdanig te kwalificeren; dat inderdaad uit de getuigenissen welke ten overstaan van de eerste rechter werden afgelegd blijkt dat de hoofdbezigheid van de burgerlijke partij bestond in het verstrekken van hulp bij het bouwen van de toneeldecors, het laden, lossen, opzetten en afbreken ervan en het transport van benodigdheden; dat de aldus door de burgerlijke partij verrichte hoofdbezigheid handenarbeid was; dat de door haar verleende assistentie bij de repetities en opvoeringen van het stuk 'Ik en Christus' een loutere technische assistentie was, bestaande in het bedienen van de bandrecorder, en aldus insgelijks handenarbeid uitmaakte», besloot het hof dat de werknemer een arbeider was en wees het de eis af op burgerlijk gebied⁶³.

De toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomst

De betichting betrof de overschrijding van de 40-urengrens bij inbreuk op artikel 2 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 7 oktober 1974 afgesloten in het Nationaal Paritair Comité voor de handel in voedingswaren, strafbaar gesteld door de wet van 5 december 1968. Na vastgesteld te hebben dat de beklaagde de materialiteit van het feit niet betwist, motiveert het hof als volgt: «dat beklaagde echter voorhoudt dat de desbetreffende reglementering niet ten deze toepasselijk zou zijn omdat zijn onderneming niet zou ressorteren onder het paritair comité voor de handel in voedingswaren opgericht bij koninklijk besluit van 14 maart 1973, vermits het zou gaan om een bedrijf sui generis, bestaand enkel in het verpakken van produkten, zonder enige handelsactiviteit, hetzij aankopen of verkopen van groenten en fruit; dat echter blijkt het bijgevoegd uittreksel uit het handelsregister het hier gaat om een handelsvennootschap, welke slechts één enkele inrichting exploiteert met twee handelswerkzaamheden, namelijk een groothandel in groenten en fruit (opgegeven als hoofdwerkzaamheid) en een onderneming voor verpakking van groenten en fruit; dat hierdoor meteen reeds de feitelijke onjuistheid bewezen is van het bestanddeel van het voormelde argument namelijk de verpakking van produkten in het algemeen vermits het enkel gaat om verpakking specifiek van groenten en fruit, zijnde produkten van de land- en tuinbouw, hetgeen trouwens ook werd vastgesteld; dat een dergelijke onderneming ressorteert onder het paritair comité voor de handel in voedingswaren, dat in algemene termen gesteld bevoegd is voor de werknemers die hoofdzakelijk handenarbeid verrichten onder meer in ondernemingen welke hetzij gelijktijdig ofwel afzonderlijk een groot- of kleinhandel drijven in land- en tuinbouwprodukten, met uitsluiting van elke bewerking ervan behoudens juist de verpakking», om beklaagde te veroordelen⁶⁴.

Over hetzelfde probleem, de toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de handel in voedingswaren, overweegt het hof «dat beklaagde stelt dat de lonen, opgelegd door de collectieve arbeidsovereenkomst afgesloten in het paritair comité voor de handel in voedingswaren, het conventioneel karakter missen wat de partijen in de bloemenhandel betreft vermits laatstgenoemde handel niet vertegenwoordigd zou zijn in het paritair comité; dat niet alle organisaties vertegenwoordigd hoeven te zijn; dat niet beweerd wordt dat het paritair comité opgericht en samengesteld zou geworden zijn met veronachtzaming van de pleegvormen voorgeschreven door artikel 42 van de wet van 5 december 1968; dat de omstandigheid dat de organisatie van de bloemenhandelaars niet in de paritaire commissie zou zetelen op zichzelf het conventioneel karakter van de beslissingen van het comité niet wegneemt», om beklaagde te veroordelen⁶⁵.

De Correctionele Rechtbank te Mechelen had te oordelen of beklaagde ressorteerde onder de collectieve arbeidsovereenkomst van 6 december 1973 gesloten in het Nationaal Paritair Comité voor het bouwbedrijf, algemeen bindend verklaard bij koninklijk besluit van 14 mei 1974, wat de verplichte rustdag, namelijk de zaterdag, betreft, en in bevestigend geval of beklaagde zich niet op de onoverwinnbare dwaling omtrent het recht kon beroepen. Desbetreffende argumenteerde de verdediging dat de wetgever nooit heeft voorzien in een bijzondere procedure of een bijzondere instelling, die erga omnes zou oordelen onder welk paritair comité een onderneming valt. De rechtbank motiveerde dat «de onwetendheid van de wet geen grond van verschoning kan uitmaken»⁶⁶.

NABESCHOUWINGEN

De toepassing van de strafbepalingen ingeschreven in het sociaal recht heeft geleid tot het nader definiëren van begrippen die tot dan toe in grote mate behoorden tot de concepten van de rechtsleer, waaronder:

— het collectief misdrijf, omschreven door het hof als één en dezelfde strafbare onderneming die de herhaalde inbreuken op één of verschillende wetten groepeerd als uiting van éénzelfde misdadige gesteltenis, en door het Hof van Cassatie als een complexe gedraging die door eenheid van doel en verwezenlijking onder de toepassing valt van de regel neergelegd in artikel 65 van het Strafwetboek;

— éénzelfde opzet, verduidelijkt door het Hof van Cassatie als zijnde het doel dat de beklaagde opgevat en verwezenlijkt heeft, niet alleen door geoorloofde maar ook door strafbare handelingen, onverschillig of voor de strafbaarheid van die handelingen zelf vereist is dat zij opzettelijk werden gepleegd en onverschillig of de verwezenlijking van het opgevatte doel op zichzelf strafbaar is;

— het onbruik, dat niet mag afgeleid worden uit het niet optreden van de opsporingsdiensten en van het openbaar ministerie, ongeacht de juistheid van de door beklaagden aan de afwijkende gewoonte verbonden rechtsgevolgen.

⁶³ Antwerpen, 21 mei 1980, A.R. 692, in zake Douliez en Tooneelgezelschap Yvonne Lex t/ Adriaenssens en openbaar ministerie.

⁶⁴ Antwerpen, 11 januari 1979, A.R. 38, in zake Cornelis en Cornelis t/ openbaar ministerie.

⁶⁵ Antwerpen, 9 november 1978, A.R. 1203, in zake Aertsens en Huis Charles Aertsens t/ Kwik en openbaar ministerie.

⁶⁶ Vonnis Mechelen, 3 september 1979, A.R. 1341, in zake Van den Broeck en Bouwmateriaal L. Van den Broeck t/ Beroepsvereniging voor Stortklaar Beton en openbaar ministerie.

De publikatie van de rechtspraak leidt tot een brede uniformiteit in de toepassing van de wetgeving waaruit de rechtszekerheid ontstaat. Rechtszekerheid is niet noodzakelijk rechtsjuistheid. De bestaande rechtspraak is geboren uit de toetsing van de feiten aan het recht. Bij het feitenmateriaal, variërende van geding tot geding, is het de opdracht van de magistraat de nodige nuancering te maken bij zijn besluitvorming.

De analoge toepassing van de rechtspraak dient met de grootste omzichtigheid te gebeuren om vergissingen in de rechtstoepassing te vermijden. Bij wijze van voorbeeld kan het cassatiearrest aangehaald worden dat stelt, na de openbare vordering verjaard verklaard te hebben, dat de eisen van de burgerlijke partijen tijdig werden ingesteld op een bepaalde datum, te weten minder dan vijf jaar na de initiële datum van de voortgezette feiten. Een eerste lectruur wijst op een afwijking van het steeds gehuldigd principe dat de burgerlijke-partijstelling dient te gebeuren vooraleer de verjaring van de strafvordering is ingetreden. De latere lezing van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel, waarnaar verwezen werd, verduidelijkt echter de

door het Hof van Cassatie vermelde datum als zijnde gelegen voordat de verjaring van de strafvordering intrad⁶⁷.

De rechtszekerheid eist niet dat de bestaande rechtspraak steeds dient te worden nageleefd. Zulks zou leiden tot de gedwongen interpretatie van de wetgeving en a fortiori tot het verhogen van de rechtspraak tot de eerste rechtsbron. De rechtspraak mag richtinggevend, maar niet determinerend zijn bij de keuze van de aan de rechtsproblemen te geven oplossing. Anders denken zou iedere creativiteit aan de rechtsbeoefening ontnemen. Uit dit verzoeg blijkt dat het hof van beroep deze zienswijze heeft aangekleefd. Het auditoraat-generaal weet hiervoor dank aan de heren magistraten die onder het voorzitterschap van de heer kamervoorzitter Ceulemans en de heer raadsheer Bijl, aldus recht gedaan hebben.

⁶⁷ Cass., 29 november 1978, nr. 9849, in zake Ledoux e.a. t/Orban e.a.; Brussel, 5 maart 1979, A.R. 259.

DE RECHTSBEDELING IN HET RECHTSGEBIED

door de procureur-generaal R. Verheyden

Artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek legt mij de plicht op, persoonlijk ieder jaar na de vakantie in de algemene en openbare vergadering van het Hof van Beroep, aan te geven hoe binnen het rechtsgebied recht is gesproken en te wijzen op de eventuele vastgestelde misbruiken.

Ook voor uw Arbeidshof wordt er, volgens een gebruik dat wortelt in de traditie van de hoven, ieder jaar na de vakantie bij de bijeenkomst in algemene vergadering een openingsrede gehouden over een bij die gelegenheid passend onderwerp.

In de lijn van die traditie wil ik ook voor uw Hof een kort overzicht geven van het verloop van de rechtsbedeling in uw rechtsgebied. De rechtspraak in burgerlijke zaken werd het voorbije jaar toegelicht ter gelegenheid van het lustrum⁶⁸. Heden werd gewezen op de beslissingen bij de toepassing van de strafbepalingen ingeschreven in het sociaal recht. Ik zal mij derhalve beperken tot enkele statistische gegevens en beschouwingen over de werking van de arbeidsgerechten van het ressort.

⁶⁸ «Het Arbeidshof van Antwerpen: aan een lustrum toe!», rede uitgesproken door advocaat-generaal M. SMITS op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 3 september 1979, R.W., 1979-80, 865-892.

1. De burgerlijke zaken

A. *Wat het hof betreft*: tijdens het kalenderjaar 1979 werden 1.397 inleidingen geboekt, d.i. een vermeerdering met 388 ten opzichte van het eerste activiteitsjaar. Verhoudingsgewijze met de bevolkingsdichtheid en voor dezelfde periode is de meest markante stijging waar te nemen in de afdeling Hasselt. Het aantal inleidingen groeide van 612 naar 824 in de afdeling Antwerpen en van 397 naar 573 in de afdeling Hasselt. Per rechtstak is de stijging vooral merkbaar in het arbeidsrecht. In de afdeling Antwerpen verhoogde het totaal van de nieuwe zaken van 190 tot 368 en in de afdeling Hasselt van 71 tot 148. Vermits het initiatief van de inleidingen in het arbeidsrecht uitsluitend berust bij personen die hun individuele belangen behartigen, wijst dit statistisch gegeven op het toenemend vertrouwen van de bevolking in de gezonde rechtspraak van de arbeidsgerechten.

Voor het kalenderjaar 1979 werden 1.040 eind- en 207 tussenarresten gewezen, d.i. in 89% van de inleidingen. Deze cijfers bevestigen de uitmuntende werking die de resultante is van de zware inspanningen van de magistraten en de totale inzet van het personeel van de griffie en van het auditoraat-generaal.

B. Wat de arbeidsrechtbanken betreft: het verschil tussen het aantal inleidingen en het totaal van de uitspraken ligt parallel met de gegevens van het Arbeidshof. Merkwaardig is de inspanning gedaan in het kalenderjaar 1979 in het arrondissement Tongeren, alwaar vertrekkende van 3.158 inleidingen, 2.913 eindvonnissen werden uitgesproken en dit ondanks een tekort aan magistraten en personeel van bij de inwerkingtreding van de arbeidsgerechten ingevolge een verkeerde statistische berekening.

2. De strafzaken

A. Wat het hof van beroep betreft: in 1975 werden 35 zaken ingeschreven. Voor het kalenderjaar 1978 bedroeg dit aantal 127. In dezelfde jaren bedroeg het aantal arresten respectievelijk 23 en 89. Dit laatste getal stabiliseerde zich in het jaar 1979.

B. Wat de correctionele rechtbanken betreft: in de onderstaande tabel wordt de activiteit van de arbeidsauditoraten weergegeven;

— zaken ingeschreven in de arbeidsauditoraten:

<i>Arrondissement Antwerpen</i>	
1975	3.075
1979	3.132
<i>Arrondissement Mechelen</i>	
1975	730
1979	596
<i>Arrondissement Turnhout</i>	
1975	1.013
1979	1.286
<i>Arrondissement Hasselt</i>	
1975	1.171
1979	814

Arrondissement Tongeren

1975	891
1979	507

Op grond van de statistische gegevens betreffende de burgerlijke en strafzaken dient de ontoereikendheid van het kader van de magistraten en van de personeelsbezetting benadrukt te worden. Voor becijferde gegevens verwijs ik naar de uiteenzetting van het vorige jaar over dit onderwerp gedaan in de openingsrede. Toch kan ik niet nalaten een relevant statistisch gegeven te vermelden om het nijpend tekort aan magistraten te verduidelijken: in het rechtsgebied behandelt iedere magistraat meer dan het gemiddeld aantal zaken voor het Rijk. In de afdeling Hasselt bereikt het meerwerk zelfs de verhouding 3 tot 1. Ik acht het derhalve nodig een oproep tot de bevoegde instanties te richten om binnen een redelijke termijn de toestand te verhelpen ten einde de goede rechtsbedeling niet in gedrang te brengen.

Wat de strafzaken betreft is een stagnatie waar te nemen en dit spijs de nieuwe wetgeving ter beteugeling van de sociale fraude. De oorzaak ligt bij de onvoldoende opsporing der begane inbreuken. De ambtenaren hiertoe bevoegd zijn grotendeels door de Ministeries van Sociale Voorzorg en van Tewerkstelling en Arbeid aangesteld. Dit feit heeft een gebrekkige coördinatie tot gevolg. Meer nog, de opleiding van deze ambtenaren, wier ijver niet betwist wordt, is vooral administratief. De opstelling van processen-verbaal stemt niet overeen met die welke de strafrechtbanken gewoon zijn te beoordelen. Een oplossing moet gezocht worden in de groepering van de opsporingsdiensten onder één hiërarchische structuur waarin de taak toebedeeld aan de magistraten van de auditoraten-generaal en de arbeidsauditoraten dezelfde moet zijn als die vastgelegd in de organisatie van de politionele diensten. Ook hier dringt zich een grondig onderzoek van de heersende toestand op evenals een dringende en bevredigende oplossing.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 10 DECEMBER 1980

Voorzitter: baron Richard

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Colard

Advocaten: mrs. Haus en Gheeraert

Onderzoeksgerechten — Buitenvervolginstelling — Verzet van burgerlijke partij — Cassatieberoep — Draagwijdte.

Art. 135 Sv. verleent aan de burgerlijke partij het recht om, ook alleen, verzet te doen tegen een beschikking van buitenvervolginstelling. Dit recht, dat de strafvordering op gang houdt voor zover de privé-belangen van de burgerlijke partij daarbij baat vinden, is weliswaar uitzonderlijk en kan niet worden uitgebreid tot gevallen die niet door de wet zijn bepaald, maar het wordt niet uitgebreid door de

toekenning, aan de burgerlijke partij, van de bevoegdheid om zich tot het Hof van Cassatie te wenden ten einde de wettigheid van de op haar verzet gewezen beschikking van buitenvervolginstelling te laten toetsen.

Het aldus ingestelde cassatieberoep is geen inmenging van de burgerlijke partij in de uitoefening van de strafvordering, maar een rechtsmiddel tegen een beslissing waarvan de burgerlijke partij, precies wegens haar recht van verzet, de wettigheid kan betwisten. Wanneer op de voorziening wordt ingegaan, wordt dit verzet opnieuw aangebracht bij de rechter naar wie de zaak wordt verwezen.

S. en D. t/ F.

Conclusie van de advocaat-generaal Colard

De feiten, in deze zaak, mogen als volgt samengevat worden:

Verweerder F. was in dienst bij de h. S. en mevr. D., hier eisers, welke de verkoopzaal «Memlinck» exploiteren. De

h. F. heeft zijn betrekking verlaten, en vreesde moeilijkheden met zijn werkgevers, des te meer daar hij van zins was een nieuwe verkoopzaal voor eigen rekening te exploiteren, wat hij later gedaan heeft.

Om zich gebeurlijk in te toekomst te kunnen verdedigen in geval van vervolging door S. en D., heeft hij dan een groot aantal fotokopieën genomen van de boekhouding en van andere aan zijn werkgevers toebehorende stukken.

Hij heeft zich deze fotokopieën ten nutte gemaakt door een gedeelte ervan te zenden op 21 juli 1975 aan de politiecommissaris te Oostende en later, op 21 september 1977, een ander gedeelte ervan aan de gerechtelijke politie te Brugge, tijdens een onderzoek ten laste van eisers, dat leidde tot vervolging te hunnen laste uit hoofde van feiten van valsheden in geschriften, bedrog, misbruik van vertrouwen, verkoop van nagemaakte voorwerpen, enz., in het bijzonder uit hoofde van misbruik van vertrouwen ten nadele van personen, genaamd B. Micheline, L. Maurice en De V. Rafaël.

Bewerende dat deze vervolging in een zekere mate het gevolg was van de handelingen van hun gewezen bediende, hebben eisers — tijdens de rechtspleging voor de Correctionele Rechtbank te Brugge, namelijk op 7 november 1977 — verweerder F. rechtstreeks gedaagd, onder meer uit hoofde van loondiefstal.

Eisers werden op 15 januari 1979 veroordeeld door de Correctionele Rechtbank te Brugge voor bijna al de tegen hen als bewezen beschouwde feiten. F. werd vrijgesproken.

Op hoger beroep van eisers, heeft het Hof van Beroep te Gent, op 8 mei 1979, de zaak uitgesteld om de reden dat uit een brief van 25 april 1979 van de procureur des Konings, gericht aan de procureur-generaal, bleek dat ten laste van verweerder F. door het parket te Brugge, op klacht van eisers met burgerlijke-partijstelling, een strafrechtelijk onderzoek ingesteld was naar de delictuele oorsprong van de documenten waarop bepaalde feiten, waarvoor zij thans terecht staan, zijn gegrond.

De onderhavige zaak werd ook tijdens de bovengenoemde strafvordering door eiseres aangespannen. Zij maakt het voorwerp van een klacht met burgerlijke partijstelling, dagtekenende van 8-9 mei 1978, nog steeds ten laste van de h. F., uit hoofde van gebruiksdiefstal, diefstal van een telefoonregister, en valse getuigenis in correctionele zaken.

De raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge besliste op 15 mei 1979, dat er geen grond tot vervolging was.

Het bestreden arrest, op 23 januari 1980 gewezen door de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent, ingevolge verzet van eisers alleen, bevestigt deze beslissing en veroordeelt eisers in de kosten en tot schadevergoeding.

Eisers hebben tegen dat arrest een cassatieberoep ingesteld.

In hun op 8 februari 1980 ter griffie van het hof van beroep ingediend verzoekschrift voeren zij een middel aan. In dat middel stellen zij dat het bestreden arrest het gezag van gewijsde, dat aan het arrest van 8 mei 1979 van het hof van beroep verbonden zou zijn, miskend heeft.

De voorziening van eisers is ongetwijfeld ontvankelijk.

Maar wat is de juiste draagwijdte van een cassatieberoep van een burgerlijke partij tegen een beslissing van buitenvervolginstelling door een kamer van inbeschuldigingstelling gewezen? Welke middelen kan zij tot staving van dat

cassatieberoep doen gelden?

Dit zijn de vragen die hier nogmaals dienen te worden gesteld.

Alvorens ze te beantwoorden, zij het mij toegestaan even op het terrein van de beginselen te verwijlen.

Gewis kan men staande houden dat de burgerlijke rechter de gewone rechter is om over de schade die een partij heeft geleden te beslissen, ook wanneer de eis ertoe strekt herstel van de schade veroorzaakt door een misdrijf te verkrijgen.

Nochtans, indien de gelaedeerde bij een misdrijf zijn burgerlijke vordering afzonderlijk voor de burgerlijke rechter brengt, is deze rechter verplicht de behandeling van die vordering te schorsen, zolang geen eindbeslissing is gevallen over de strafvordering die vóór of gedurende de burgerlijke rechtsvordering is ingesteld, dit omdat de regelen die de machten van de strafrechters betreffen de openbare orde raken zowel wat de strafvordering als wat de burgerlijke rechtsvordering aangaat¹.

Hieruit volgt dat de burgerlijke rechter niet absoluut vrij is om over de belangen van de gelaedeerde bij een misdrijf te beslissen. Hij is gebonden door de uitspraak van de strafrechter, wiens beslissing — in principe en wat de strafvordering betreft — «erga omnes» gezag van gewijsde heeft, met al de daaruit voortvloeiende gevolgen wanneer het rechterlijk gewijsde onherroepelijk geworden is².

Met andere woorden, indien de enkele oorzaak van de burgerlijke vordering een misdrijf is, en wanneer de strafrechter beslist, bij voorbeeld, dat bedoeld misdrijf niet bewezen is, dan zal de burgerlijke rechter noodzakelijk de eis van de gelaedeerde gegrond op het misdrijf moeten afwijzen.

Maar, indien zulke beslissing van de burgerlijke rechter in laatste aanleg gewezen is, zal de gelaedeerde niettemin de gelegenheid hebben cassatieberoep tegen deze beslissing in te stellen en met uitzondering voor wat de beslissing in feite betreft, waarover de feitenrechter ten gronde soeverein oordeelt, al de middelen kunnen voorstellen die gehaald zijn uit schending van de wet of niet-naleving van een substantiële formaliteit.

Ook heeft de gelaedeerde de gelegenheid zijn vordering terzelfder tijd en voor dezelfde rechters te brengen als de strafvordering. Hij heeft deze mogelijkheid in elke stand van het geding, tot het sluiten van de debatten in eerste aanleg, en dit door hetzij zich burgerlijke partij te stellen voor de rechter bij wie al voorheen de strafvordering ahangig was, hetzij, althans in geval van wanbedrijf of van overtreding, door de dader rechtstreeks voor de correctionele of de politierechtbank te dagvaarden, hetzij nog door

¹ Art. 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering; Cass., 13 juni 1955 (*Pas.*, 1955, I, 1118) en 15 februari 1978 (*ibid.*, 1978, 695, *Arr. Cass.*, 1978, 714).

² Zie «Het rechtelijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek», rede uitgesproken door de eerste advocaat-generaal P. MAHAUX ter plechtige zitting van 1 september 1971, bl. 37 en 38; R. SCREVEN, «L'autorité de la chose jugée au pénal», *Rapports belges au IXe Congrès de l'Académie internationale du Droit Comparé, Teheran 27 septembre — 21 octobre 1974*, gepubliceerd door het Interuniversitair Centrum voor rechtsvergelijking, 1974, bl. 591 e.v., in 't bijzonder bl. 606 e.v., nrs. 19 tot 20.

klacht met burgerlijke-partijstelling voor de onderzoeksrechter in te dienen³.

Toch was de situatie van deze burgerlijke partijen zeer verschillend, in geval van cassatieberoep gericht tegen een beslissing van niet-vervolg door de kamer van inbeschuldigingstelling geweest, tot het Hof, met zijn arrest van 7 november 1979 in zake Galle t/ Henin, zijn vroegere rechtspraak in een zekere mate wijzigde⁴.

In de eerste twee gevallen — dit is wanneer een burgerlijke partij zich had gesteld voor de feitenrechters — had zij de mogelijkheid, in geval van cassatieberoep ofwel tegen een beslissing van vrijspraak van de rechter in hoger beroep, ofwel nog, tegen een beslissing van dezelfde rechter die, op hoger beroep van de burgerlijke partij alleen tegen een beslissing van vrijspraak van de eerste rechter, oordeelde dat het misdrijf niet bewezen was, dezelfde cassatiemiddelen te doen gelden als de gelaedeerde bij een misdrijf die zijn burgerlijke vordering voor de burgerlijke rechter had gebracht, daarin begrepen middelen die de beslissing op de strafvordering critiseerden, bv. een schending van de strafwet, welke noodzakelijk een invloed zou hebben gehad op de beslissing op de burgerlijke vordering^{4a}.

Dit was daarentegen niet het geval voor de klager die zich burgerlijke partij had gesteld bij de onderzoeksgerechten.

Zoals de h. procureur-generaal Hayoit de Termicourt in 1940 reeds opmerkte in een voetnoot onder het arrest van het Hof van 5 februari 1940 werd, in geval van arrest van buitenvervolginstelling, de draagwijdte van de voorziening van de burgerlijke partij niet steeds in dezelfde termen gedefinieerd⁵.

Inderdaad, indien men de leer van het Hof analyseert stelt men vast dat de rechtspraak van ons college niet altijd dezelfde is geweest.

Tijdens een eerste periode oordeelde het Hof, evenwel op de strijdige conclusie van de h. procureur-generaal Janssens, dat de burgerlijke partij zich niet kon voorzien tegen de beslissing van buitenvervolginstelling uitgesproken door de kamer van inbeschuldigingstelling, dit om de reden dat door de beslissing van buitenvervolginstelling de strafvordering, ten minste voorlopig, vervalt, met het gevolg dat de voorziening van de burgerlijke partij zonder voorwerp en zonder uitwerking zou zijn⁶.

In een tweede periode, heeft het Hof beslist, dat de burgerlijke partij zich kon alleen voorzien tegen een beslissing van buitenvervolginstelling, maar dat deze voorziening slechts ontvankelijk was in zoverre zij tegen de veroordeling tot schadevergoeding was gericht, doch niet in zoverre zij was gericht tegen de beslissing van buitenvervolginstelling in se, of tegen de veroordeling in de kosten van de strafvordering omdat deze laatste het noodzakelijk gevolg was van de regel dat de kosten moeten gedragen worden door de bezwijkende partij⁷.

Tijdens een derde periode, dit is vanaf 5 februari 1940⁸, neemt het Hof aan dat de burgerlijke partij zich uitsluitend mocht voorzien tegen een arrest van buitenvervolginstelling, doch slechts in zoverre dit arrest haar veroordeelde tot schadevergoeding jegens de verdachte, in de kosten van de strafvordering en in die van de burgerlijke vordering.

Toch heeft het Hof pas sedert zijn arrest van 19 januari 1971 aangenomen dat de voorziening van de burgerlijke partij tegen een arrest van buitenvervolginstelling ook ontvankelijk was «in zoverre dit een andere beschikking inhoudt die uitsluitend betrekking heeft op de burgerlijke rechtsvordering»⁹.

Hoewel deze laatste arresten de vroegere vaststaande rechtspraak van het Hof bevestigen, volgens welke rechtspraak de burgerlijke partij niet mag opkomen tegen het dispositief van buitenvervolginstelling, dient opgemerkt te worden dat, niettegenstaande dat principe, het Hof, in verschillende arresten, middelen heeft onderzocht — en ze aldus impliciet als ontvankelijk heeft beschouwd — die klaarblijkelijk van zulke aard waren dat zij de strafvordering konden raken, althans onrechtstreeks!

Zo stellen wij vast:

1^o dat het bovengenoemd arrest van 5 februari 1940 reeds middelen beantwoordt welke de samenstelling van de kamer van inbeschuldigingstelling kritiseren, aanvoeren dat het bestreden arrest berust op tegenstrijdige en dubbelzinnige motieven, en de conclusie van de burgerlijke partij niet beantwoordt;

2^o dat het arrest van 14 december 1959 een middel toetst waarin werd aangevoerd dat niet geantwoord was op een conclusie betreffende voor oplichterij kenmerkende handelingen¹⁰;

3^o dat het arrest van 13 november 1961 middelen van de burgerlijke partij onderzoekt waarin o.m. wordt opgekomen tegen de samenvoeging van twee zaken wegens samenhang, tegen de beweerde onregelmatige samenstelling van de kamer van inbeschuldigingstelling, tegen het feit dat het bestreden arrest niet zou hebben beslist over een bepaalde telastlegging¹¹;

4^o dat in het arrest van 15 oktober 1962, verscheidene middelen worden nagegaan die zijn afgeleid uit schending van de rechten van de verdediging en uit miskenning van de bewijskracht van conclusies¹²;

5^o dat het arrest van 4 maart 1968 een middel aanneemt — en meteen de ontvankelijkheid ervan erkent — dat klaagt over schending van de rechten van verdediging van de burgerlijke partij¹³;

6^o ten slotte, dat een arrest van 18 juni 1973 eveneens een middel aanneemt tegen een arrest van buitenvervolginstelling dat het doel van de vervolgingen bepaalde, middel dat afgeleid was uit miskenning van de bewijskracht van de klacht¹⁴.

1931, *ibid.*, 1931, I, 229, nr. 1; 7 december 1936, *ibid.*, 1936, I, 441 en 442, nrs. 1 en 2 en 21 maart 1937, *ibid.*, 1937, I, 165, A, 2^o.

⁸ Zie noot 5.

⁹ *Arr. Cass.*, 1971, 488; en als recentste uitspraken: *Cass.*, 20 december 1977 en 21 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 489 en 731

¹⁰ *Pas.*, 1960, I, 439.

¹¹ *Pas.*, 1962, I, 303.

¹² *Pas.*, 1963, I, 199.

¹³ *Pas.*, 1968, I, 834, *Arr. Cass.*, 1968, 882.

¹⁴ *Pas.*, 1973, I, 973, *Arr. Cass.*, 1973, 1020.

³ Art. 4 van de wet van 17 april 1878; artt. 63, 67, 145, 182 van het Wetboek van Strafvordering.

⁴ Zie *R.W.*, 1979-80, 2441, met noot VANDEPLAS; *Rev. droit pénal*, 1980, 245, met de conclusie van het openbaar ministerie en noot *R.S.*

^{4a} Zie bv. *Cass.*, 21 oktober 1980, in zake Stroobants.

⁵ *Pas.*, 1940, I, 36.

⁶ *Cass.*, 30 november 1903, *Pas.*, 1904, I, 62.

⁷ *Cass.*, 7 november 1927, *Pas.*, 1927, I, 324; 21 september

Hieruit mag men deduceren dat zo, in het algemeen, de rechtspraak van het Hof altijd doch alleen in beginsel heeft aangenomen dat geen middel tegen een beschikking van buitenvervolginstelling «in se» beschouwd aanvaardbaar is, verscheidene arresten nochtans aangenomen hebben dat middelen welke aanvoerden dat het bestreden arrest niet gemotiveerd was (gebrek aan antwoord, tegenstrijdige of dubbelzinnige motivering), de rechten van de verdediging geschonden had, enz., noodzakelijk aanvaardbaar waren en aldus onrechtstreeks de vernietiging moesten meebrengen indien ze gegrond waren. Dit was in het bijzonder het geval voor het bovengenoemde arrest van 4 maart 1968, waarop ik verder nog zal moeten terugkomen, betreffende de verwijzing naar een andere kamer van inbeschuldigingstelling.

De rechtspraak, die aldus de draagwijdte van een cassatieberoep van de burgerlijke partij beperkt, steunt op de regelen, enerzijds, dat, indien de burgerlijke partij het recht heeft de strafvordering in beweging te brengen, ze deze niet uitoefent, omdat luidens artikel 1 van de wet van 25 april 1878 deze uitoefening een functie is die wordt voorbehouden aan de magistraten en ambtenaren die de wet daarmee belast, en, anderzijds, dat, indien artikel 413 van het Wetboek van Strafvordering aan de burgerlijke partij het recht geeft zich te voorzien tegen alle beslissingen in laatste aanleg, zonder onderscheid tussen die waarbij de beklagde is vrijgesproken of veroordeeld, artikel 373 van datzelfde wetboek bepaalt dat de burgerlijke partij de eis tot cassatie slechts kan instellen ten opzichte van de beschikkingen betreffende haar burgerlijke belangen.

Deze redenering is ongetwijfeld naar recht onbetwistbaar wanneer de bestreden beslissing gewezen wordt door de feitenrechter. Het is onnodig dit te willen kritiseren.

Niettemin, zoals te voren gezegd, belet dit niet dat de burgerlijke partij die zich tegen een beslissing van vrijpraak voorziet, geldig een middel kan aanvoeren dat gegrond is op een schending van de strafwet, schending welke de verwerping van haar burgerlijke eis heeft veroorzaakt¹⁵.

Maar blijft die stelling geldig wanneer de burgerlijke partij zich gesteld heeft voor de onderzoeksrechter, in geval van arrest van buitenvervolginstelling gewezen op haar enkel verzet, gedaan met toepassing van artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt dat, in 't bijzonder in het geval van artikel 128 — d.i. wanneer de raadkamer beslist dat er geen reden is tot vervolging —, de procureur des Konings of de burgerlijke partij zich tegen deze beslissing kunnen verzetten?

Zowel in Frankrijk als in België wordt door de doctrine en de rechtspraak op die vraag ontkennend geantwoord; in België althans tot bij het arrest Galle van 7 november 1979.

In dat verband is het niet zonder belang te herinneren aan de zienswijze van Faustin-Hélie, die grondig deze kwestie heeft behandeld. Deze geleerde jurist betoogt dat een cassatieberoep door een burgerlijke partij ingesteld tegen een beslissing van buitenvervolginstelling, slechts tot doel kan hebben te verzoeken dat de strafvordering naar de feitenrechter wordt verwezen zodanig dat bij deze tegelijk de burgerlijke vordering aanhangig wordt gemaakt en, derhalve, dat de burgerlijke partij de op de strafvordering gewezen beslissing niet opnieuw op de helling mag zetten door een cassatieberoep.

Tot staving van zijn zienswijze voegt Faustin-Hélie aan zijn argumentatie toe dat artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering een uitzondering oplevert op de regel volgens welke de burgerlijke partij de strafvordering niet mag uitoefenen en dat, nu men daar met een uitzondering te doen heeft die buiten het gemene recht ligt, niet kan worden aangenomen dat dit rechtsmiddel, wanneer het openbaar ministerie meent zich te moeten onthouden, het recht met zich brengt zich in cassatie te voorzien tegen een beslissing van buitenvervolginstelling die luidt dat er geen bezwaren zijn; dat bijgevolg van toepassing zijn de artikelen 373 en 412 van hetzelfde wetboek die respectievelijk bepalen dat de eis tot cassatie van de burgerlijke partij slechts haar burgerlijke belangen mag betreffen en dat die partij in geen geval de vernietiging kan vorderen van een beslissing van vrijpraak of van een arrest van ontslag van rechtsvervolg¹⁶.

Deze rechtspraak en deze doctrine werden niet eenstemmig aangenomen; er wordt — vooral in Frankrijk — op gewezen dat die zienswijze een tegenstrijdigheid inhoudt, en wel hierdoor dat, nu de wet aan de burgerlijke partij het recht verschaft de strafvordering te doen herleven door haar verzet tegen een beschikking tot buitenvervolginstelling van de raadkamer, het niet redelijk is dat op grond van algemene principes dit recht niet verder zou kunnen worden uitgeoefend door een cassatieberoep¹⁷.

Daarom is het — zoals de h. Vandeplas het schrijft in zijn noot onder uw arrest van 7 november 1979 in zake Galle — dat de Franse wetgever, wanneer hij door de wet van 31 december 1957 een nieuw Wetboek van Strafvordering heeft ingevoerd, onder druk van de rechtsleer uitdrukkelijk heeft voorzien in de rechten van de burgerlijke partij, in geval van cassatieberoep¹⁸.

Artikel 575 van het nieuw Wetboek van Strafvordering van Frankrijk luidt namelijk als volgt:

«La partie civile ne peut se pourvoir en cassation contre les arrêts de la chambre d'accusation que s'il y a pourvoi du ministère public.

Toutefois son seul pourvoi est recevable:

1° lorsque l'arrêt de la chambre d'accusation a dit n'y avoir lieu à informer,

2° lorsque l'arrêt a déclaré l'irrecevabilité de l'action de la partie civile,

3° lorsque l'arrêt a admis une exception mettant fin à l'action publique,

4° lorsque l'arrêt a, d'office ou sur déclinatoire des parties, prononcé l'incompétence de la juridiction saisie,

5° lorsque l'arrêt a omis de statuer sur un chef d'accusation,

6° lorsque l'arrêt ne satisfait pas, en la forme, aux conditions essentielles de son existence légale,

7° en matière d'atteinte aux droits individuels telles que définies aux articles 114 à 122 et 341 à 344 du Code pénal»

¹⁶ FAUSTIN-HÉLIE, *Traité d'instr. criminelle*, Belgische uitgave, II, nr. 3250 e.v.

¹⁷ Zie, onder meer: GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, III, nr. 1076; F. DERRIDA, «Des voies de recours ouvertes à la partie civile contre les décisions des juridictions d'instruction», *Revue de droit comparé*, 1949, 546 e.v., in 't bijzonder bl. 550 e.v., alsook de noot nr. 4, bl. 551.

¹⁸ Zie noot 4.

¹⁵ Zie noot 4a.

(dit zijn de inbreuken op de vrijheid, de onwettelijke en willekeurige aanhoudingen).

In beginsel is het in Frankrijk nu dus ongetwijfeld mogelijk voor de burgerlijke partij een ontvankelijk cassatieberoep in te dienen en voor het Hof haar rechten te verdedigen.

Nu de Franse wetgever het nodig geacht heeft de rechten van de burgerlijke partij in geval van cassatieberoep te moeten preciseren, zou men uit deze wijziging kunnen afleiden dat, aangezien dit in ons land niet het geval is, de leer van Faustin-Hélie en de vroegere rechtspraak van het Hof — ik bedoel hier de rechtspraak van vóór het arrest Galle — behouden dienen te blijven, des te meer daar de principes welke de rechten van de burgerlijke partij bepalen blijven bestaan, en dat ook in België het Wetboek van Strafvordering desdaangaande zou moeten worden gewijzigd.

Naar mijn bescheiden oordeel is zulk een wijziging onnodig.

Ten eerste omdat, zoals hierboven werd gezegd, de vroegere rechtspraak van het Hof, zoals die juist uitgelegd wordt door Faustin-Hélie, een tegenstrijdigheid inhoudt.

Ten tweede omdat weliswaar de burgerlijke partij in principe de strafvordering niet uitoefent, maar zulks wel doet wanneer ze zich verzet tegen een beslissing van buitenvervolginstelling uitgesproken door de raadkamer.

Ten derde, omdat de artikelen 373 en 412 van het Wetboek van Strafvordering — waarop men zich beroept om de vroegere rechtspraak te rechtvaardigen — niets te maken hebben met het geval waarbij de kamer van inbeschuldigingstelling, op het verzet van de burgerlijke partij, het bevel van buitenvervolginstelling bevestigt.

En ten slotte ook omdat de rechtsleer van Faustin-Hélie en de vroegere rechtspraak de werkelijke, de wezenlijke rol van het Hof van Cassatie miskennen.

Dit kan, zonder moeite, in rechte bewezen worden.

Wat de eerste twee punten betreft, zal ik andermaal een beroep doen op de autoriteit van Faustin-Hélie alsook op arresten van het Hof.

Het is zeker dat artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk afwijkt zowel van de algemene regel volgens welke de burgerlijke partij de strafvordering niet mag uitoefenen als van de regel luidens welke, in principe, de onderzoeksgerechten niet bevoegd zijn om over de burgerlijke belangen uitspraak te doen¹⁹.

Dit valt niet te betwijfelen; Faustin-Hélie schrijft namelijk nopens de draagwijdte van artikel 135 dat «la partie civile a le même droit (d'opposition) que le procureur impérial ..., ... la loi place le procureur impérial et la partie civile sur la même ligne; elle formule le droit de l'un et de l'autre dans les mêmes termes; il faut en conclure que les mêmes effets y sont attachés ...» en verder dat in het geval van artikel 135 de burgerlijke partij de strafvordering uitoefent. Hij zegt letterlijk: «elle (d.i. de burgerlijke partij) fait un acte d'exercice de cette action»²⁰.

¹⁹ Wat dat laatste punt betreft, bestaan er namelijk maar twee uitzonderingen, met name die bepaald bij artikel 11, tweede lid, van de wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij, zoals deze werd vervangen bij de wet van 1 juli 1964, en die bepaald bij artikel 6, derde lid, van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie.

²⁰ FAUSTIN-HÉLIE, *loc. cit.*, nrs. 2925 tot 2927.

Deze zienswijze betreffende de draagwijdte van artikel 135 wordt door de vaste rechtspraak van het Hof beaamd²¹.

Men mag dus stellen dat artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering tot doel heeft de belangen van de strafvordering te verzekeren, maar ook — onrechtstreeks maar zeker — die van de burgerlijke partij.

Ook dient erop gewezen te worden dat de artikelen 373 en 412 van het Wetboek van Strafvordering de rechten van de burgerlijke partij die zich voorziet tegen een arrest van niet-vervolginstelling, in feite niet beperken.

Dienaangaande valt op te merken dat die bepalingen, zoals die van de artikelen 407 tot en met 415, beslissingen betreffen die door de feitenrechters worden uitgesproken en niet door de onderzoeksgerechten.

De beslissingen van vrijspraak of van ontslag van rechtsvervolginstelling — wanneer het openbaar ministerie zich niet voorziet — doen de strafvordering definitief vervallen. Aldus is het begrijpelijk dat de wet bepaalt dat, in een dergelijk geval, de eis tot cassatie van de burgerlijke partij slechts haar burgerlijke belangen mag betreffen.

Dit mag niet gezegd worden van een beslissing van buitenvervolginstelling, welke maar voorlopig de uitoefening van de strafvordering tegenhoudt²².

Het is enkel omdat de beslissing van niet-vervolginstelling, die uiteraard kan worden herroepen, een voorlopig «definitief» karakter heeft dat een cassatieberoep van de burgerlijke partij onmiddellijk ontvankelijk is, ook als zulk een arrest niet gewezen is inzake bevoegdheid, met andere woorden: dat artikel 416 van het Wetboek van Strafvordering niet van toepassing is.

Laatste opmerking: beweren, zoals vroeger beslist was, dat het cassatieberoep van een burgerlijke partij tegen een beslissing van buitenvervolginstelling dient te worden beperkt tot de kosten, enz., komt erop neer enerzijds aan te nemen dat artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering zijn volledige uitwerking niet mag krijgen, en anderzijds de rol van het Hof van Cassatie te miskennen door die zonder wettige reden te beperken.

Immers, de veroordelingen tot de gerechtskosten en tot schadevergoeding die, bij buitenvervolginstelling, door de kamer van inbeschuldigingstelling noodzakelijk ten laste van de burgerlijke partij dienen te worden uitgesproken, ook al doen zij afbreuk aan de burgerlijke belangen van de partij die verzet aantekent, staan nochtans helemaal los van de werkelijke belangen, van de schade welke die partij persoonlijk heeft ondergaan en welke zij zich voornam voor de strafrechter te doen gelden.

Nopens de rol van uw Hof zelf — hoe vaak heeft men het niet herhaald — mag niet uit het oog verloren worden dat het cassatieberoep geen derde aanleg opent. De rol van het Hof is vooral de juiste toepassing van de wet te verzekeren.

Voorzitter Rolin schrijft terecht: «Si la Cour rejette, la situation est la même que s'il n'y avait pas eu de pourvoi; le titre attaqué subsiste; dans ce cas, la procédure en cassation se rattache à la procédure antérieure comme un épilogue. Si la Cour casse, le titre est anéanti: une répétition du débat entre parties aura lieu devant le juge de renvoi

²¹ Zie vaststaande rechtspraak van het Hof, onder meer Cass., 26 oktober 1970, *Pas.*, 1971, I, 179, *Arr. Cass.*, 1971, 187, en de referenties in noot 4.

²² Cass., 23 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 819; zie ook de artikelen 246 en 247 van het Wetboek van Strafvordering.

(sauf les cassations sans renvoi); dans ce cas la procédure en cassation s'insère entre la procédure nouvelle et la procédure antérieure comme un intermède»; en hij voegt eraan toe: «Devant la Cour de cassation, le demandeur fait seulement valoir le droit 'sui generis' que lui reconnaît la loi, d'obtenir l'annulation d'une décision judiciaire entachée de vices déterminés, à savoir d'avoir été rendue sur une procédure illégale ou de n'être pas, elle-même, conforme à la loi»²³.

Het is duidelijk dat zeggen — zoals sommigen doen — dat het cassatieberoep van de burgerlijke partij tegen een beslissing van buitenvervolginstelling een uitbreiding is van het uitzonderlijk geval bepaald door artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering, erop neerkomt het Hof te beschouwen als een derde rechter, wat het zeker niet is aangezien het, op voorziening van de burgerlijke partij, gewoon alleen moet onderzoeken of het verzet dat door de wet aan deze partij wordt toegekend, door de kamer van inbeschuldigingstelling wettelijk werd behandeld.

Dit bewijst mijns inziens ook dat een voorziening van de burgerlijke partij, tegen een beslissing van buitenvervolginstelling niet mag worden beschouwd als een uitoefening van de strafvordering. Die partij maakt alleen gebruik van een recht dat de wet haar toekent en dat, zij het onrechtstreeks, tot gevolg zal hebben dat, in geval van vernietiging, de kamer van inbeschuldigingstelling waarnaar de zaak wordt verwezen, op grond van haar bevoegdheid, over de strafvordering zal moeten beslissen, en wel omdat die kamer volgens de wet, de volheid van rechtsmacht bezit ter zake van het onderzoek²⁴.

De situatie is hier analoog met die welke ontstaat bij hoger beroep of cassatieberoep door het openbaar ministerie alleen tegen een beslissing waardoor de rechter, die tegelijk van de strafvordering en de burgerlijke vordering kennis dient te nemen, zich ten onrechte onbevoegd verklaart. Het hoger beroep of het cassatieberoep van het openbaar ministerie alleen heeft dan tot gevolg in geval van wijziging of vernietiging, bij de rechter in hoger beroep of op verwijzing aanhangig te maken niet alleen de strafvordering, maar ook de burgerlijke rechtsvordering²⁵. Daarom ook valt nogal bezwaarlijk te aanvaarden wat het arrest van 4 maart 1968 heeft gedaan, dat na een middel aangenomen te hebben afgeleid uit de schending van de rechten van de verdediging, de vernietiging, en bijgevolg de verwijzing naar een andere kamer van inbeschuldigingstelling, beperkt heeft tot de veroordeling van de burgerlijke partij tot schadevergoeding en in de kosten²⁶.

Zou men kunnen staande houden dat, indien de zienswijze van het arrest Galle wordt aangenomen, de burgerlijke partij in een gunstiger positie zou komen te staan dan het openbaar ministerie, doordat die partij van haar voorziening tegen een arrest van buitenvervolginstelling afstand zou kunnen doen, terwijl dit aan het openbaar ministerie niet toegelaten is?

Ik meen dat het buiten het geval van klachtdelicten juridisch verantwoord is te beslissen dat, rekening houdend met de draagwijdte van artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering en met de bijzondere uitgebreide macht van de kamer van inbeschuldigingstelling, de afstand van de burgerlijke partij die zich regelmatig verzet tegen een beslissing van niet-vervolg of cassatieberoep indient tegen een beslissing van buitenvervolginstelling van de kamer van inbeschuldigingstelling, niet mag worden aangenomen en wel omdat haar regelmatig verzet of cassatieberoep, bij de rechter in hoger beroep of bij het Hof onrechtstreeks de strafvordering aanhangig maakt, welke de openbare orde raakt²⁷.

Wat er ook van zij, dit toont aan dat de leer van het arrest Galle dient te worden behouden, ten minste in zoverre dat arrest beslist dat het recht dat bij artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering aan de burgerlijke partij wordt toegekend, door haar cassatieberoep niet uitgebreid wordt tot gevallen die door de wet niet zijn bepaald; dat integendeel de wettelijke uitoefening van dat recht gewaarborgd wordt door haar het recht toe te kennen zich tot het Hof te wenden om de wettelijkheid van de op haar verzet gewezen beslissing van buitenvervolginstelling te toetsen; dat de aldus ingestelde voorziening geen inmenging van de burgerlijke partij in de uitoefening van de strafvordering betekent, maar een rechtsmiddel is tegen een beslissing waarvan ze de wettelijkheid kan betwisten, precies wegens haar recht van verzet; dat trouwens, bij aanneming van die voorziening, het dit verzet is dat opnieuw wordt voorgelegd aan de rechter naar wie de zaak wordt verwezen.

Dat arrest heeft een einde gemaakt aan het ongerechtvaardigd verschil dat vroeger bestond, in geval van cassatieberoep, tussen de burgerlijke partijen die zich hadden gesteld voor de feitenrechter, enerzijds, en de burgerlijke partijen die zich hadden gesteld voor de onderzoeksrechten, anderzijds.

Ook is dat arrest van dien aard dat het de toestand van deze laatste burgerlijke partijen kan verbeteren op het gebied van hun verdedigingsrechten.

Men spreekt namelijk veel van de rechten van de verdediging, maar de rechten van de slachtoffers van misdrijven worden niet altijd in acht genomen. Men verliest in dit verband nogal licht uit het oog dat terwijl enerzijds de verdachte, de beklaagde of de beschuldigde inderdaad niets te bewijzen heeft, mag loochenen, liegen, enz., de burgerlijke partij of het openbaar ministerie anderzijds steeds het bewijs dient te leveren niet alleen van de strafbare feiten, maar ook van de onwaarheid van de verklaringen van de dader «indien ze als waarschijnlijk voorkomen». Dat is zeker geen gemakkelijke taak!

Valt het te vrezen dat de rechtspraak van het arrest Galle kwaadwillige vervolgingen, burentwisten, belemmering van burgerlijke rechtspraak, vervolging per procuratie, door middel van een stroman, om politieke of andere redenen, en dgl. in de hand zal werken?

Dat gevaar wordt door de wet zelf uitgesloten, en wel omdat — in het enkel geval van verzet tegen een bevel van buitenvervolginstelling van de raadkamer, en niet in an-

²³ *De la nature et de la fonction de la Cour de cassation*, Centre d'Etudes pour la réforme de l'Etat, Procédure, III, bl. 269.

²⁴ Cass., 18 december 1950, *Pas.*, 1951, I, 258, *Arr. Cass.*, 1951, 212.

²⁵ Cass., 20 juli 1963, met noot *Pas.*, 1963, I, 1145 alsook 29 mei 1973 en noot 2, *ibid.*, 1973, I, 904, *Arr. Cass.*, 1973, 945.

²⁶ Zie noot 13.

²⁷ Zie MANGIN, die geciteerd wordt door FAUSTIN-HÉLIE, *loc. cit.*, nr. 2927, maar die de zienswijze van dezelfde magistraat verwerpt.

dere gevallen — de burgerlijke partij handelt op *eigen risico*. Artikel 136 van het Wetboek van Strafvordering bepaalt namelijk dat «de burgerlijke partij die op haar verzet in het ongelijk wordt gesteld, tot schadevergoeding jegens de verdachte wordt veroordeeld»; dit is niet theoretisch aangezien, volgens de vaststaande rechtspraak van het Hof de kamer van inbeschuldigingstelling zelfs van ambtswege, verplicht is zulke veroordeling tot schadevergoeding uit te spreken, zelfs wanneer het verzet van de burgerlijke partij niet ontvankelijk werd verklaard²⁸.

Het is ook niet mogelijk de rechtspraak van het arrest Galle — en van andere arresten die deze rechtspraak daarna overgenomen hebben — te critiseren met de aanmerking dat er geen sprake kan zijn van «gezag van gewijsde» in geval van buitenvervolginstelling²⁹.

Hoewel die opmerking onbetwistbaar juist is en het adagium «*Electa una via, non datur recursus in alteram*» niet aangenomen wordt in het Belgisch recht³⁰, dient er toch op gewezen te worden dat de toestand van de burgerlijke partij wier eis gevolgd werd door een beslissing van buitenvervolginstelling uitgesproken door een onderzoeksgerecht, in de praktijk — ik zeg niet in rechte — niet verschilt van de toestand van de burgerlijke partij wier eis, na vrijpraak door de strafrechter, niet ontvankelijk wordt verklaard.

Het zal haar praktisch onmogelijk zijn voor de gewone — d.i. de burgerlijke — rechter te beweren dat haar schade het gevolg is van een misdrijf.

Deze bijkomende beschouwingen tonen aan, dunkt me, dat er, in rechte, geen enkele reden bestaat om op de oude rechtspraak terug te komen.

Blijft nog te onderzoeken of — ten deze — het middel van eisers al dan niet mag worden aangenomen.

Ik meen, op grond van de voormelde redenen, dat het middel ontvankelijk is maar ook ongegrond, en wel omdat indien men kon aannemen dat het bestreden arrest impliciet het gezag van gewijsde van het arrest van 8 mei 1979 zou hebben geschonden en dit arrest bedoeld gezag zou hebben, — *quod non* — dit hier niet ter zake doet daar dat middel ten deze geen enkel belang vertoont, en dit eerst omdat het gericht is tegen een ten overvloede gegeven beschouwing die niet tot cassatie kan leiden, en verder omdat het bestreden arrest, dat zeer breedvoerig in feite — en dus onaantastbaar — gemotiveerd is, alleen feitelijke elementen in acht neemt: met name, enerzijds, de klacht die eisers op 8 maart 1979 hebben ingediend en de gegevens van het strafdossier, en anderzijds, doch enkel volledigheidshalve, andere feitelijke elementen vermeld in de bevestigende vordering van het openbaar ministerie die de kamer van inbeschuldigingstelling tot de hare maakt, en wel om eruit af te leiden dat er tegen verweerder generlei bezwaar bestaat zowel op materieel als op zedelijk gebied; deze redenen volstaan om de bestreden beslissing wettelijk te rechtvaardigen, wat de gebruiksdiefstal betreft (feit A).

²⁸ Cass., 13 februari 1950, *Pas.*, 1950, I, 410, *Arr. Cass.*, 1950, 381; 4 september 1956, *Pas.*, 1956, I, 1304, *Arr. Cass.*, 1956, 971.

²⁹ Cass., 30 november 1922, *Pas.*, 1923, I, 89, 23 maart 1962, *ibid.*, 1962, I, 819; verg. Cass., 1 juni 1966, met conclusie, *ibid.*, 1966, I, 1243; zie ook: *Rép.prat. de droit belge*, V° Chose jugée, nr. 14 e.v.

³⁰ Zie de uitgebreide noot van de h. procureur-generaal Cornil onder Cass., 27 mei 1943, *Pas.*, 1943, I, 207.

Wat het overige betreft, telastleggingen B (diefstal van een telefoonregister) en C (valse getuigenis), wordt door eisers geen middel aangevoerd.

Besluit: verwerping.

ARREST

Gelet op het bestreden arrest, op 23 januari 1980 gewezen door het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling;

Gelet op de beschikking van 9 oktober 1980 van de heer Eerste Voorzitter van het Hof, beslissende dat de zaak in voltallige zitting behandeld zal worden;

Overwegende dat de voorziening van de burgerlijke partij tegen een arrest van buitenvervolginstelling ontvankelijk is, niet alleen in zoverre dit arrest haar veroordeelt tot schadevergoeding jegens de verdachte, haar verwijst in de kosten van de strafvordering of in de kosten van de burgerlijke rechtsvordering, of een andere beschikking bevat betreffende die burgerlijke rechtsvordering, maar ook in zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing van buitenvervolginstelling zelf, welke op het verzet van de burgerlijke partij is gewezen; dat artikel 135 van het Wetboek van Strafvordering immers aan de burgerlijke partij het recht verleent om, ook alleen, verzet te doen tegen de beschikking van buitenvervolginstelling;

Overwegende dat dit recht, hetwelk de strafvordering op gang houdt voor zover de privébelangen van de burgerlijke partij daarbij baat vinden, weliswaar uitzonderlijk is en daarom ook niet kan worden uitgebreid tot gevallen die door de wet niet zijn bepaald; dat dit recht echter niet wordt uitgebreid doch enkel zeker gesteld door de toekenning, aan de burgerlijke partij, van de bevoegdheid om zich tot het Hof te wenden ten einde de wettigheid van de op haar verzet gewezen beschikking van buitenvervolginstelling te laten toetsen;

Dat het aldus ingestelde cassatieberoep geen inmenging is van de burgerlijke partij in de uitoefening van de strafvordering, maar een rechtsmiddel tegen een beslissing waarvan de burgerlijke partij, precies wegens haar recht van verzet, de wettigheid kan betwisten;

Dat overigens dit verzet, wanneer op de voorziening wordt ingegaan, opnieuw wordt aangebracht bij de rechter naar wie de zaak wordt verwezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1350, 3°, en 1352 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het bestreden arrest verweerder buiten vervolging stelt op grond dat de hem sub A, zijnde gebruiksdiefstal van stukken, ten laste gelegde feiten reeds begrepen zijn in de rechtstreekse dagvaarding die de eisers hebben doen betekenen en waarvan het voorwerp aanhangig is voor het Hof van Beroep te Gent, zesde kamer,

terwijl diezelfde zesde kamer van het Hof van Beroep te Gent het tegenovergestelde heeft beslist bij arrest van 8 mei 1979, waarbij het besliste de behandeling van de voormelde rechtstreekse dagvaarding op te schorten en wel op de volgende gronden: «Gezien de brief van 25 april 1979 van de procureur des Konings te Brugge, gericht aan de procureur-Generaal bij het Hof van Beroep te Gent, waaruit blijkt dat, zoals de beklaagden (tevens burgerlijke partijen bij rechtstreekse dagvaarding, thans de eisers) S. en D. het

voorhouden, er lastens de gedaagde F. door het parket te Brugge, op klacht van S. en D., met burgerlijke-partijstelling, een strafrechtelijk onderzoek ingesteld werd met betrekking tot de delictuele oorsprong van de bescheiden waarop de feiten waarvoor zij thans terecht staan, zijn gegrond. Het is onontbeerlijk vooraleer tot het verder onderzoek en de behandeling van de zaak te kunnen overgaan, dat zou worden gewacht (tot)dat met betrekking tot de zaak lastens F. en op het parket te Brugge ingeschreven onder notitienummer (C/3702/78 een eindbeslissing zou tussenkomen», zodat het bestreden arrest het gezag van gewijsde van het arrest van 8 mei 1979 miskent:

Overwegende dat het arrest de buitenvervolginstelling grondt niet alleen op de in het middel aangehaalde considerans, maar ook op de redenen van het openbaar ministerie; dat het openbaar ministerie in zijn vordering had betoogd «dat er tegen de verdachte generlei bezwaar bestaat, doordat ... zowel het materieel als het zedelijk element van het misdrijf ontbreken»;

Dat, nu de buitenvervolginstelling door deze laatste consideransen wettelijk wordt verantwoord, het middel gericht is tegen een ten overvloede gegeven beschouwing, derhalve niet tot cassatie kan leiden en zonder belang is;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

Wat betreft de feiten sub B en C:

Overwegende dat de eisers geen middel aanvoeren;

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

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 11 MAART 1980

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Baeteman en Suetens (rapporteur)

Auditeur: Mevr. F. Geens

Intrekking van administratieve rechtshandelingen — Termijn — Onderscheid in de rechtsverhoudingen tussen ambtenaar en overheid en ambtenaar en andere personeelsleden.

Door zijn ambt treedt een ambtenaar in verschillende rechtsverhoudingen, waaronder zijn verhouding tot de overheid en zijn verhouding tot andere personeelsleden. De rechtmatigheid van de administratieve rechtshandelingen die hem betreffen moeten vanuit dit dubbele perspectief worden onderzocht.

Ten deze wordt op basis van deze leer uitgemaakt in welke mate de intrekking van een onregelmatige administratieve rechtshandeling mogelijk is.

L. t/ Belgische Staat

Arrest nr. 20.179

Gezien het verzoekschrift dat Paula L., adjunct-adviseur bij de Dienst van algemeen bestuur, op 26 maart 1976 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit nr. 2126 van 11 februari 1976 waarbij haar rang-

inneming in de graad van adjunct-adviseur op 1 oktober 1972 wordt gesteld;

1. Overwegende dat de feiten als volgt kunnen worden samengevat:

Op 24 augustus 1945 is verzoekster als tijdelijk opsteller (rang 20) bij het Ministerie van Openbare Werken in dienst getreden (dienstanciënniteit vanaf 1 september 1945). Op 16 juli 1964 werd zij overgeplaatst naar de Diensten van de eerste minister. Met ingang van 1 mei 1966 werd verzoekster aldaar bevorderd tot de graad van bestuurssecretaris. Bij ministerieel besluit van 7 juni 1971 werd verzoekster met ingang van 1 maart 1971 belast met de hogere functies van adjunct-adviseur bij de Dienst van algemeen bestuur. Bij koninklijk besluit van 19 oktober 1973 werd verzoekster met ingang van 1 augustus 1973 bevorderd tot de graad van adjunct-adviseur bij de Dienst van algemeen bestuur; deze bevordering werd bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 20 december 1973, zonder vermelding evenwel van de datum van ranginneming. Bij artikel 2 van een (niet gepubliceerd) koninklijk besluit van 30 november 1973 wordt verzoeksters ranginneming in de graad van adjunct-adviseur bij de Dienst van algemeen bestuur vastgesteld op 1 maart 1971, ter uitvoering van artikel 10 van het koninklijk besluit van 22 juli 1964 waarbij de toekenning van de toelage voor de uitoefening van hogere functies wordt geregeld. Bij dienstorder nr. 154 van 7 januari 1976, gewijzigd bij dienstorder nr. 155 van 12 januari 1976, werd het vacant zijn van 6 betrekkingen van adviseur bij de Diensten van de eerste minister, sector openbaar ambt, aangekondigd en werden de voor benoeming in aanmerking komende personeelsleden tot solliciteren uitgenodigd. Op 21 januari 1976 kreeg Alfons Van T., adjunct-adviseur bij de Dienst van algemeen bestuur, kandidaat en concurrent van verzoekster voor de aangekondigde bevorderingen tot de graad van adviseur, kennis van het niet gepubliceerde koninklijk besluit van 30 november 1973 waarbij de ranginneming van verzoekster op 1 maart 1971 werd vastgesteld. Op 24 januari 1976 diende Alfons Van T., bij het bestuur een bezwaarschrift in, waarin hij de ranginneming van verzoekster in de graad van adjunct-adviseur betwist, aanvoerend dat verzoekster ten onrechte had genoten van artikel 10 van het koninklijk besluit van 22 juli 1964 waarbij de toekenning van de toelage voor de uitoefening van hogere functies wordt geregeld, daar de betrekking die zij interimair had bezet geenszins vacant was op dat ogenblik.

Naar aanleiding van het onderzoek van de door Alfons Van T. geformuleerde bezwaren, kwam het bestuur tot de bevinding dat er tot op 1 oktober 1972, datum waarop A.J.E.A. B. in ruste werd gesteld, geen betrekking van adjunct-adviseur vacant was, zodat verzoekster ten onrechte zou genoten hebben van de toepassing van artikel 10 van het koninklijk besluit van 22 juli 1964 en haar ranginneming derhalve diende te worden gesteld op 1 oktober 1972. Alstoen werd het bestreden koninklijk besluit nr. 2126 van 11 februari 1976 genomen, waarvan het dispositief luidt als volgt:

«Artikel 1. — Artikel 2 van het koninklijk besluit van 30 november 1973 tot vaststelling van de ranginneming van de heer De M. J. en mej. L. P. in hun graad, wordt vervangen door de volgende bepaling:

«Artikel 2. — Mej. L. P., adjunct-adviseur bij de Dienst van algemeen bestuur, bekomt in bedoelde graad een ranginneming op 1 oktober 1972 voor de bevordering tot een

hogere wedde en een hogere graad »;

2. Overwegende dat de eerste verwerende partij terecht doet gelden dat zij «op generlei wijze betrokken werd bij het aangevochten koninklijk besluit van 11 februari 1976»: dat de eerste verwerende partij buiten de zaak moet worden gesteld;

3. Overwegende dat verzoekster principaal aanvoert dat het bestreden besluit aangetast is door machtsoverschrijding, aangezien dit besluit in wezen een intrekking buiten termijn zou zijn van een individuele beschikking — met name het koninklijk besluit van 30 november 1973 in zover dit verzoeksters ranginneming in de graad van adjunct-adviseur bepaalt op 1 maart 1971 — die ten gunste van verzoekster rechten heeft doen ontstaan;

Overwegende dat verzoekster subsidiair aanvoert dat zij overeenkomstig artikel 10, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 juli 1964, in elk geval recht zou hebben op ranginneming vanaf 1 maart 1971, aangezien vaststaat «dat er vanaf 1 januari 1971 en zelfs vroeger betrekkingen van adjunct-adviseur tijdelijk of definitief niet van een titularis voorzien waren», zodat de hogere functie van verzoekster derhalve voor heel de periode gemotiveerd was;

4. Overwegende dat een ambtenaar door zijn ambt in verschillende rechtsverhoudingen treedt, waaronder zijn verhouding tot de overheid en zijn verhouding tot andere personeelsleden; dat de rechtmatigheid van de bestreden rechtshandeling vanuit dit dubbele perspectief moet worden onderzocht;

5. Overwegende dat moet worden vastgesteld dat in de verhouding tussen de overheid en verzoekster, de constitutionele bestuurshandeling die vervat ligt in de bepaling van artikel 2 van het koninklijk besluit van 30 november 1973, onaantastbaar is geworden, doordat deze rechtshandeling noch door verzoekster binnen de daartoe gestelde termijn van zestig dagen vanaf de betekening werd aangevochten door het indienen van een annulatieberoep bij de Raad van State, noch door de overheid binnen dezelfde termijn werd ingetrokken, en het besluit niet door bedrog werd verkregen en evenmin als onbestaande kan worden beschouwd;

Overwegende dat in de verhouding tussen de overheid en verzoekster het onaantastbaar karakter van artikel 2 van het koninklijk besluit van 30 november 1973 tot gevolg heeft dat het bestreden besluit, waardoor de bij die bepaling vastgestelde ranginneming ongedaan wordt gemaakt, geen uitwerking kan hebben ten aanzien van verzoekster;

6. Overwegende evenwel dat moet worden onderzocht in hoever de bepaling van artikel 2 van het koninklijk besluit van 30 november 1973, waardoor aan verzoekster in wezen een voordeliger concurrentiële administratieve positie voor latere bevorderingen is toegekend, in de verhouding tussen verzoekster en andere personeelsleden tegenwerpelijk is ten aanzien van personeelsleden die met haar in concurrentie komen; dat voor de oplossing van die vraag moet worden nagegaan of de bepaling van bedoeld artikel 2 in de verhouding tussen verzoekster en andere personeelsleden tegenwerpelijk is ten aanzien van personeelsleden die met haar in concurrentie komen; dat voor de oplossing van die vraag moet worden nagegaan of de bepaling van bedoeld artikel 2 in de verhouding tussen verzoekster en andere personeelsleden al dan niet onaantastbaar is geworden, en zo niet, of die bepaling al dan niet terecht de datum van ranginneming van verzoekster op 1 maart 1971 heeft vastgesteld;

6.1. Overwegende dat in de verhouding tussen een ambtenaar en andere personeelsleden, een onwettig besluit betreffende de individuele rechtssituatie van die ambtenaar, dat niet werd bekendgemaakt, t.a.v. die personeelsleden slechts onaantastbaar wordt door het verstrijken van de termijn waarover die personeelsleden beschikken om een annulatieberoep bij de Raad van State in te stellen;

Overwegende dat de binding van de stabiliteit van individuele rechtssituaties aan de termijn om een annulatieberoep bij de Raad van State in te stellen, ten aanzien van talrijke rechtsconcretiserende bestuurshandelingen — die welke niet worden bekendgemaakt — een storende onzekerheid betreffende die stabiliteit tot gevolg heeft in de mate dat het ingaan van die termijn in verband met die soort beslissingen in vele gevallen onzeker is en die termijn bovendien niet ten aanzien van alle belanghebbenden op hetzelfde ogenblik begint te lopen, wat erop neerkomt dat de onaantastbaarheid van die beschikkingen functie is van de situaties van de belanghebbende die zich op de beschikking of haar onwettigheid beroept of aan wie de beschikking of haar onwettigheid wordt tegengeworpen, in de mate, meer bepaald, dat die onaantastbaarheid afhangt van het tijdstip waarop de belanghebbende rechtens geacht wordt een voldoende kennis van de beschikking gekregen te hebben;

Overwegende dat in deze zaak Alfons Van T. slechts op 21 januari 1976 kennis heeft gekregen van het niet bekendgemaakte koninklijk besluit van 30 november 1973; dat toen voor Alfons Van T. de termijn aanving om tegen dit besluit een annulatieberoep bij de Raad van State in te stellen; dat het koninklijk besluit van 30 november 1973 in de verhouding tussen verzoekster en Alfons Van T. nog steeds vatbaar was voor vernietiging op verzoek van Van T. en dan ook niet als definitief te zijnen opzichte kon worden beschouwd; dat de overheid vermocht de niet-tegenwerpelijkheid van het bedoelde besluit — in zover dit onwettig was, wat sub 6.2 wordt onderzocht — te concretiseren in een uitdrukkelijke bestuurshandeling, althans binnen de termijn waarover Van T. beschikte om een annulatieberoep in te stellen, wat de overheid dan ook heeft gedaan;

6.2 Overwegende dat het recht op ranginneming slechts ingaat wanneer de voor de toekenning ervoor gestelde voorwaarden vervuld zijn; dat het voor de toepassing van artikel 10, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 juli 1964 niet volstaat de statutaire bevorderingsvoorwaarden te hebben vervuld en regelmatig met de uitoefening van hogere functies belast geweest te zijn, maar tevens vereist is dat de betrekking, die bij wijze van uitoefening van hogere functies zonder onderbreking werd bezet, vacant is op de datum bepaald door de toekenning van de fictieve ranginneming;

Overwegende dat uit de gegevens van het ter griffie neergelegde administratief dossier blijkt — en verzoekster geen concrete gegevens aanbrengt waaruit het tegendeel zou blijken — dat de betrekking waarin verzoekster op 1 augustus 1973 werd bevorderd, slechts vacant is geworden met ingang van 1 oktober 1972;

Overwegende dat het bestreden besluit dan ook terecht de ranginneming van verzoekster op die datum vaststelt;

7. Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat het bestreden koninklijk besluit nr. 2126 van 11 februari 1976 moet worden gehandhaafd in zover het, in de verhouding tussen verzoekster en de andere personeelsleden, vaststelt dat de datum van ranginneming van verzoekster in de graad

van adjunct-adviseur, die door het koninklijk besluit van 30 november 1973 ten onrechte op 1 maart 1971 werd vastgelegd, tegenover de andere personeelsleden niet tegenwerpelijk is,

Besluit:

Het bestreden koninklijk besluit nr. 2126 van 11 februari 1976 wordt vernietigd, doch uitsluitend in zover het bepaalt dat artikel 2 van het koninklijk besluit van 30 november 1973 in de verhouding tussen verzoekster en de overheid geen uitwerking meer heeft.

NOOT—Een nieuwe modaliteit van de intrekking van onregelmatige administratieve rechtshandelingen

I. *Definitie en grondslag van de intrekking.* De intrekking is de impliciete of uitdrukkelijke administratieve rechtshandeling waarbij een administratieve overheid de beslissing die zij heeft genomen van de aanvang af tenietdoet (J. Delatte, «Le retrait des actes administratifs individuels», *Ann.Fac.Dr. Liège*, 1965, 94).

Door deze terugwerking ab initio verschilt de intrekking van de opheffing die voor de toekomst een rechtshandeling voortaan rechtskracht ontzegt (G. Lewalle, «L'abrogation des actes administratifs unilatéraux», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1970, 93).

Door haar terugwerkende kracht vormt de rechtsfiguur van de intrekking een verstoring element voor de zekerheid en vastheid van het rechtsverkeer, dat onder meer vereist dat gevestigde particuliere situaties stabiel zouden blijven. In zijn opmerkelijk en uitvoerig arrest Cooleman nr. 19.619 van 14 mei 1979 heeft de Raad van State beslist dat de eis van de stabiliteit van die situaties en rechtsverhoudingen ook geldt in de publiekrechtelijke sfeer in verband met de verhoudingen tussen de overheid en particulieren en tussen de verschillende soorten overheden onderling: overheidsbeslissingen kunnen niet onbepaald in de tijd en niet door een onbepaald aantal personen worden betwist. De vrij korte termijnen om voor de Raad van State een annulatieberoep in te stellen, zijn het resultaat van een belangenafweging, waarbij het belang van de handhaving van het legaliteitsbeginsel geacht wordt niet op te wegen tegen het belang van de vrijwaring van door de overheid gevestigde individuele rechtssituaties en rechtsverhoudingen. Dezelfde overwegingen brengen de Raad van State ertoe te stellen dat de overheid, binnen dezelfde grenzen als voor de belanghebbende gelden, vervallen is van de bevoegdheid om een door haar genomen beslissing op rechtmatigheidsgronden in te trekken of om op de onrechtmatigheid ervan te steunen als reden om met die beslissing, bij latere bestuurshandelingen, geen rekening te houden. De toepassingsmodaliteiten van deze theorie worden bemoeilijkt doordat het uitgangspunt van de termijn voor intrekking kan verschillen voor de overheid, de betrokkene en de derden, zoals hierna mag blijken.

II. *Welke overheid kan tot intrekking overgaan?* In de definitie is gesteld dat de intrekking uitgaat van de administratieve overheid die de beslissing heeft genomen.

De Raad van State heeft uitspraak moeten doen over verzoekschriften die werden ingediend tegen een koninklijk besluit waarbij overgegaan werd tot de intrekking van benoemingen die verricht waren, tijdens de periode van de

lopende zaken van een ontslagnemende regering, door een minister die voor het overige formeel bevoegd was om de benoemingen te doen. In zijn arrest Malaive e.a. nr. 19.967 van 11 december 1979 heeft de Raad van State beslist dat de bevoegdheid om een administratieve rechtshandeling in te trekken, binnen de grenzen overigens waarin zulk een intrekking geoorloofd is, uitsluitend berust bij de overheid die ofwel de handeling heeft gesteld, ofwel bevoegd was ze te stellen. Uit geen grondwets- of wetsbepaling volgt dat de Koning een hiërarchisch gezag heeft over zijn ministers. Ter zake was de Koning dus in geen enkel opzicht bevoegd om de benoemingen, gedaan door de minister van Nationale Opvoeding bij de Fondsen voor de schoolgebouwen, in te trekken.

III. *Modaliteiten.* De modaliteiten van de intrekking van administratieve rechtshandelingen werden voor het eerst uitgewerkt door de Franse Raad van State in het arrest Dame Cachet van 3 november 1922.

A. *Eerste beginsel.* Vooreerst moet de vraag beantwoord worden of de administratieve rechtshandeling al dan niet rechten heeft doen ontstaan.

Een administratieve rechtshandeling die geen rechten doet ontstaan ten voordele van derden, kan op elk ogenblik worden ingetrokken wanneer de administratieve overheid meent dat het algemeen belang zulks rechtvaardigt. Zo kan bijvoorbeeld de tuchtoverheid, rekening houdend met de rechten en belangen van de andere personeelsleden, de opgelegde tuchtstraf intrekken (R.v.S., Sevenoo, nr. 4.110 van 28 februari 1955).

B. *Tweede beginsel.* Wanneer een administratieve rechtshandeling rechten toekent, moet nagegaan worden of die rechtshandeling al dan niet regelmatig is.

1. Een regelmatige administratieve rechtshandeling die rechten toekent, kan nooit worden ingetrokken (zie o.m. R.v.S., Maquestriau, nr. 16.499 van 25 juni 1974).

2. Een onregelmatige rechtshandeling die rechten toekent kan, mits met naleving van bepaalde voorwaarden, worden ingetrokken.

In beginsel kan een dergelijke administratieve rechtshandeling door de overheid slechts worden ingetrokken binnen de termijn van 60 dagen, bepaald voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State. Ingeval een dergelijk beroep is ingesteld, kan de intrekking plaatsvinden tot aan de sluiting van de debatten. Wanneer deze termijn verstreken is, kan nadien aldus een constante rechtspraak (zie laatst R.v.S., Vanderveken, nr. 20.364 van 27 mei 1980), de intrekking enkel nog geschieden in drie gevallen:

a. de handeling is door een zodanige grove onregelmatigheid aangetast dat zij voor onbestaande moet worden gehouden: de grove onregelmatigheid moet van zodanige aard zijn dat zij door iedere persoon met enige ontwikkeling zonder meer kan worden vastgesteld. Zulks is bijvoorbeeld niet het geval wanneer die onrechtmatigheid pas gebleken is naar aanleiding van een arrest van de Raad van State, terwijl zowel de tegenpartij als de minister, toezichhoudende overheid, er gedurende jaren van overtuigd waren dat de ingetrokken beslissing rechtmatig was (R.v.S., De Swert, nr. 20.222 van 26 maart 1980);

b. de handeling is door bedrog uitgelokt;

c. de intrekking wordt door een uitdrukkelijke wetsbepaling toegelaten.

C. *Vragen rond het uitgangspunt van de termijn van 60*

dagen. Het uitgangspunt van de termijn van 60 dagen ligt anders voor de overheid die de administratieve rechtshandeling tot stand heeft gebracht, dan voor de betrokkene en de derden belanghebbenden.

1. In het arrest Chamart nr. 14.445 van 14 januari 1971 heeft de Raad van State beslist dat de beroepstermijn van 60 dagen, waarbinnen de intrekking van een onregelmatige individuele rechtshandeling die noch gepubliceerd, noch betekend moet worden nog rechtsgeldig kan geschieden, begint te lopen, vanaf de datum waarop de akte tot stand kwam. Voordien had de Raad van State in dezelfde zin beslist in het arrest Dilien nr. 8.284 van 20 december 1960 en enkele andere arresten. Deze oplossing heeft het voordeel dat de overheid, die een onregelmatige rechtshandeling niet ter kennis brengt van de belanghebbenden, deze akte niet meer ongestraft tot in het oneindige kan intrekken.

2. De Franse Raad van State daarentegen heeft gesteld dat deze termijn van 60 dagen pas begint te lopen vanaf de daadwerkelijke kennisneming door derden indien het rechtshandelingen betreft die noch gepubliceerd, noch betekend moeten worden aan derden (C.E., Ville de Bagneux, van 6 mei 1966, A.J.D.A., 1966, 498, en C.E., Société du lotissement de la plage de Pampelonne, van 29 maart 1968, R.D.P., 1969, 351).

3. Ter zake was het auditoraat van mening dat het de Franse rechtspraak moest bijvallen die, wanneer de belangen van derden op het spel staan, heeft geoordeeld dat een niet definitief geworden akte nog rechtsgeldig kan worden ingetrokken zolang de termijn van beroepsingang, gerekend vanaf de effectieve kennisneming door de derden-belanghebbenden, niet verstreken is. Het meende dat de intrekking van de onregelmatige akte op geen enkel ogenblik de rechtszekerheid in het gedrang heeft kunnen brengen, aangezien er noch voor de derden-belanghebbenden, noch voor de administratie zelf sprake geweest kan zijn van een definitief geworden rechtstoestand.

4. De Raad van State heeft in bovenstaand arrest echter een tussenoplossing gekozen door het maken van een onderscheid. Dit onderscheid zelf werd door hem reeds vroeger gemaakt in een blijkbaar onopgemerkt gebleven arrest van Hole, nr. 18.385 van 13 juli 1977 naar aanleiding van een vraag betreffende de retroactiviteit als middel tot rechtsherstel.

Reeds toen heeft de Raad van State beslist dat de ambtenaren door hun ambt in verschillende rechtsverhoudingen treden waaronder hun verhouding tot de overheid en hun verhouding tot de andere personeelsleden. De maatregel tot retroactief rechtsherstel moet volledige uitwerking hebben met betrekking tot de rechtsverhouding van de ambtenaar tot het bestuur. Dit retroactieve rechtsherstel kan evenwel niet op dezelfde volledige wijze inwerken op de rechtsverhoudingen van een ambtenaar tot zijn collega's. De rechtszekerheid verzet er zich tegen dat, zelfs om rechtsherstel te verwezenlijken, voorbij en daarom definitief geworden situaties en rechtsverhoudingen op losse schroeven zouden worden gezet met betrekking tot personen aan wie geen verantwoordelijkheid kan worden toegerekend in verband met de handeling of het verzuim dat het rechtsherstel nodig maakt of rechtvaardigt.

Nu ter zake de constitutieve bestuurshandeling die vervat ligt in het K.B. van 30 november 1973 door verzoekster indertijd niet aangevochten werd binnen de termijn van 60 dagen na de betekening en binnen dezelfde termijn niet werd ingetrokken door de overheid, wordt zij door de Raad

van State in de rechtsverhouding tussen de verzoekster en de overheid onaantastbaar geacht, zodat zij niet meer kon worden ingetrokken. Anderzijds, voor zover het de rechtsverhouding tussen de verzoekster en de andere personeelsleden regelde, kon de rechtshandeling nog wel worden ingetrokken.

Het komt ons voor dat in casu zulks o.m. betekent dat de geldelijke anciënniteit van de verzoekster niet zal kunnen worden afgenomen, maar dat zij ten opzichte van haar concurrentiële positie met andere personeelsleden haar ambtsanciënniteit niet zal kunnen laten terugwerken tot 1 maart 1971, maar slechts tot 1 oktober 1972.

W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER — 25 MEI 1979

Voorzitter: de h. De Groote

Raadsheren: de hh. De Smet en Dinnewebb

Advocaat-generaal: de h. Bonte

Advocaten: mrs. Maerten, Strumane en Beele

Voorrechten — Landbouwvoorrecht — Samenloop met pand van de handelszaak en voorrecht van de onbetaalde verkoper.

Het landbouwvoorrecht bezwaart op dezelfde wijze als het voorrecht van de verpachter de lichamelijke roerende goederen die de gepachte hoeve stofferen, zowel de goederen dienstig voor de landbouw- als voor de handelsexploitatie van de pachter. Het landbouwvoorrecht primeert bij samenloop met het pand van de handelszaak en het voorrecht van de onbetaalde verkoper.

N.V. K. t/ mr. Micholt qq. en N.V. R.

1. Gegevens

1.a) In juli 1969 en december 1971 leende de S.V. R. bepaalde bedragen uit aan gefailleerde D. Eugène, gewaarborgd door landbouwvoorrecht, dat, overeenkomstig artikel 5 van de wet van 15 april 1884 ingeschreven werd in het daartoe bestemd register van de Ontvanger van Registratie, respectievelijk op 1 aug. 1969 en 4 jan. 1972;

b) In oktober 1972 en mei 1973 leende de N.V. K. op haar beurt, bepaalde bedragen uit aan voormelde gefailleerde, tegen hypotheek op bepaalde onroerende goederen en inpandgeving van diens handelszaak, zijnde kippenbroederij met aan- en verkoop van pluimvee.

Deze inpandgeving werd, overeenkomstig artikel 4 van de wet van 25 okt. 1919, op het hypotheekkantoor te Brugge ingeschreven, respectievelijk op 27 dec. 1972 en 29 mei 1973.

Bovendien financierde de N.V. K. in 1972-73 voor dezelfde gefailleerde, drie aankopen, respectievelijk van een lichte vrachtwagen Mercedes, een vrachtwagen Bedford, en een personenauto Mercedes 220D, voor een totale hoofdsom van 612.913fr. Eensluitend verklaard afschrift van de factuur dezer drie verkopen werd ter griffie van de Rechtbank van Koophandel te Brugge neergelegd en ingeschreven, terwijl de N.V. K. in de rechten van de onder-

scheidene verkopers van voormelde voertuigen gesubrogeerd werd.

2. De S.V. R. heeft, krachtens voormelde leningen, in het faillissement van Eugène D. een schuldvordering ingediend van 312.063 fr. (99.408 fr. + 212.655 fr.) gewaarborgd door voormeld voorrecht alsook 7.654 fr. gerechtskosten.

De N.V. K. heeft in hetzelfde faillissement ingediend

a) een schuldvordering van 4.996.181 fr. krachtens voormelde leningen, gewaarborgd door hypotheek en voormeld pand van de handelszaak;

b) een schuldvordering van 319.548 fr. krachtens voormelde financieringen met subrogatie, gewaarborgd door het voorrecht van de onbetaalde verkoper van roerende goederen (art. 20, 5°, Hypotheekwet).

3) Wegens betwisting nopens bestaan, omvang en voorrang van voormelde voorrechten, besliste de eerste rechter, bij definitief vonnis van 6 mei 1976, tot het bestaan van voormeld landbouwvoorrecht ten gunste van de R. met dat van de N.V. K. als pandhoudster van de handelszaak van gefailleerde.

Meteen beval de eerste rechter aan partijen, nader te bepalen op welke goederen deze respectieve voorrechten betrekking hadden.

4. Het beroepen vonnis:

a) bepaalt welke goederen van gefailleerde respectievelijk tot diens landbouwbedrijf en tot diens handelszaak behoorden, en stelt daarbij vast, dat geen dezer goederen onder het landbouwvoorrecht en onder dat van de pandhoudende schuldeiser samenvallen;

b) beslist dat voormelde drie voertuigen tot de handelszaak van gefailleerde behoorden;

c) aanvaardt de schuldvordering van de S.V. R. tot beloop van 312.063 fr. en die van de N.V. K. tot beloop van 4.996.181 fr. en 319.548 fr. in het passief van voormeld faillissement;

d) zegt voor recht, dat:

— de schuldvordering van 312.063 fr. (R.) bevoorrecht is tot beloop van de realisatiewaarde van de sub 4/a voormelde goederen van de landbouwexploitatie, en voor het saldo ingeschreven zal worden in het gewoon passief;

— de schuldvordering van 4.996.181 fr. (K.) bevoorrecht is tot beloop van de realisatiewaarde van de sub 4/a voormelde goederen van de handelszaak, en voor het saldo tot het gewoon passief zal behoren;

— de schuldvordering van 319.548 fr. (K.) in het gewoon passief van bedoeld faillissement opgenomen wordt;

e) legt de gedingkosten bij helfte ten laste van de S.V. R. en de N.V. K.

5. In hoger beroep:

— vraagt de N.V. K. bevestiging van het vonnis a quo nopens haar schuldvordering van 4.996.181 fr., doch wijziging van het vonnis nopens haar vordering van 319.548 fr. die bevoorrecht is ten belope van de opbrengst van de goederen, «waarop het specifiek voorrecht slaat», zoals omschreven in haar aangifte van schuldvordering, en, voor het saldo, in het gewoon passief.

— vordert de S.V. K.:

a) nietigverklaring van het beroepen vonnis;

b) aanvaarding van 7.654 fr. (gerechtskosten) + 312.063 fr. (leningssaldo), samen 319.717 fr., in het bevoorrecht passief van het faillissement, bevoorrecht op de realisatiewaarde van een veel ruimere hoevebekleding dan bepaald door het vonnis a quo, en met voorrang op het voor-

recht van de pandhouder van de handelszaak en van de onbetaalde verkoper, alsook op de hypotheek van de N.V. K.;

c) veroordeling van de curator van het faillissement tot alle gedingkosten.

II) Beoordeling

1. Het landbouwvoorrecht van de R. bezwaart de lichamelijke roerende goederen, die aan het voorrecht van de verpachter verbonden zijn, overeenkomstig artikel 20, 1°, van de Hypotheekwet, zelfs indien deze goederen geacht worden onroerend te zijn door bestemming (artt. 4 en 12, 2e lid, wet van 15 april 1884 op het landbouwvoorrecht).

Dit voorrecht van de verpachter bezwaart, onder meer, de lichamelijke roerende goederen welke de gepachte hoeve stofferen, en die er aldus blijvend geplaatst zijn voor het genot ervan, zijnde haar bewoning en de uitoefening van het beroep van de pachter. Indien deze pachter dus, benevens landbouwexploitatie, meteen ook handel drijft in de pachthoeve, bezwaart het voorrecht van de verpachter ook alle lichamelijke roerende goederen in het pachtgoed, welke dienstig zijn voor de landbouw- en handelsuitbating van deze pachter (De Page, VII, 1, 1943, nr. 151, 2°, blz. 124, nr. 153, A, c, d, blz. 126; Kluyskens, *Voorrechten en hypotheek*, 1951, nr. 108, A, 1e, 2e en 3e lid, blz. 113, nr. 108, B, blz. 116, in fine; Alg. Pract. Rechtsverzameling, V° Voorrechten, R. Derycke, nr. 88, blz. 56; Cass., 2 feb. 1843, *Pas.*, 1843, I, 117; Cass., 22 nov. 1938, *Pas.*, 1938, I, 290; Hof Brussel, 25 feb. 1896, *Pas.*, 1896, II, 203; Hof Brussel, 23 juni 1965, *Pas.*, 1966, II, 190).

Bij voormeld vonnis van 6 mei 1976 is tussen partijen definitief uitgewezen, dat de gefailleerde, ontlener van voormelde kredieten aan de R., op zijn hoeve tegelijk landbouw en handel in broederij en pluimvee heeft gedreven, zodat het landbouwvoorrecht, tot waarborg deze kredieten, benevens het huisraad, ook de goederen bezwaart, welke dienstig waren voor deze beide bedrijven (art. 4 wet van 15 april 1884 en art. 20, 1°, Hypotheekwet).

In dat verband is de uitlegging van H. De Page, VI/1, nr. 296, B, b, blz. 227, strijdig met voormeld artikel 4 van de wet van 15 april 1884 op het landbouwvoorrecht, dat met dit voorrecht uitdrukkelijk de goederen bezwaart, welke aan het voorrecht van de verpachter zijn verbonden, en waartoe volgens D. Page zelf, de goederen behoren, dienstig voor de handelsuitbating van de pachter (De Page, *op. cit.*, nr. 151, 2°, blz. 124; nr. 153, A, d, blz. 126).

Anderzijds kan een lening aan een landbouwer door bedoeld landbouwvoorrecht gewaarborgd worden, ongeacht de bestemming dezer lening (Kluyskens, *op. cit.*, nr. 110, blz. 122, 2e lid; Alg. Pract. Recht., *op. loco cit.*, nr. 208, 1e lid, blz. 96; *R.P.D.B.*, V° Prêt, nrs. 393/394, blz. 167).

2. De landbouwexploitatie van de gefailleerde ontlener beperkte zich, volgens de leningsakten van 1969 en 1971 met de R., tot hoogstens circa 3 ha.

Anderzijds wordt door deze R. in haar eigen conclusie voor de eerste rechter toegegeven, dat landbouw grondbewerking is alsook voortbrenging van natuurprodukten, wat zeker geen personenauto noch vrachtwagens vereist, die echter voor groothandel in pluimvee wel nodig zijn.

Derhalve beschouwt het vonnis a quo terecht deze auto en vrachtwagens als dienstig tot de handelsexploitatie van de gefailleerde en behorend tot diens handelszaak.

3. Aangezien de gefailleerde ontlener meteen eigenaar

was én van de hoeve én van de roerende goederen dienstig tot de exploitatie van deze hoeve voor landbouw en meteen voor broederij- en pluimveehandel, zijn deze exploitatiegoederen onroerend geworden door bestemming, wat echter, zoals reeds aangetoond, hun aanwending tot voormeld landbouwvoorrecht niet uitsluit (art. 12, 2e lid, wet 15 april 1884; *Alg. Pr. Recht, op. loco cit.*, nr. 207, blz. 96).

4. Aldus is er — nopens voormelde exploitatiegoederen voor broederij en pluimveehandel in en op de hoeve van de gefailleerde ontlener, — samenloop tussen, enerzijds, het landbouwvoorrecht ten gunste van de R., en anderzijds, de hypotheek, het pand van de handelszaak en het voorrecht van de onbetaalde verkoper ten gunste van de N.V. K.

Dit landbouwvoorrecht van de S.V. R. primeert de hypotheek en de twee voormelde voorrechten van de N.V. K.:

a) het landbouwvoorrecht op de exploitatiegoederen onroerend door bestemming werd ten gunste van de S.V. R. ingeschreven op 1 aug. 1969 en 4 jan. 1972, dus vóór de hypothecaire inschrijving, ten gunste van de K., op 27 okt. 1972 en 29 mei 1973 (art. 12, 3e lid, wet 15 april 1884; *De Page, op. cit.*, nr. 300, B, 2^o, blz. 230; *A.P.R., op. loco cit.*, nr. 210, 3e regel, blz. 98);

b) hetzelfde landbouwvoorrecht, dat in rangorde onmiddellijk na dat van de verpachter komt, primeert aldus het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak, te meer daar dit landbouwvoorrecht in casu vóór de inpandgeving van de handelszaak ingeschreven werd (art. 8, 1e lid, wet 15 april 1884; *A.P.R., op. loco cit.*, nr. 210, 1e regel, blz. 97, nr. 252, blz. 113-114, nr. 255, 1e en 2e lid, blz. 115; *De Page, op. cit.*, nrs. 323, 324, blz. 247-249; *R.P.D.B.*, V^o Prêt, nr. 415; *Cass.*, 8 juni 1939, *Pas.*, 1939, I, 295; *Hof Brussel*, 23 mei 1965, *Pas.*, 1966, II, 190; *Heurterre*, «Voorrechten en Hypotheken», nr. 46, *T.P.R.*, 140-141);

c) ten slotte primeert het landbouwvoorrecht wegens leningen in casu ook het voorrecht van de onbetaalde verkopers van de drie voormelde voertuigen, omdat niet is bewezen, dat de aldus bevoorrechte geldschieter dezer leningen, — op het ogenblik dat de verkochte voertuigen op de hoeve van de ontlener werden gebracht, — door de verkopers ervan gewaarschuwd werd dat de verkoopprijs dezer voertuigen niet betaald was (art. 23, 2e lid, *Hypotheekwet*; *A.P.R., op. loco cit.*, nr. 250, blz. 112-113, nr. 255, 2e en 3e lid, blz. 115; *De Page, op. cit.*, nr. 321, blz. 244-247, nr. 323, blz. 248, 1e lid).

De door de N.V. K. in dat verband ingeroepen rechtsleer en rechtspraak betreffen samenloop tussen onbetaalde verkopers en pandhoudende schuldeisers, geregeld door het eerste lid van artikel 23 van de *Hypotheekwet*, en zijn aldus niet dienend bij samenloop tussen verpachter (en schuldeiser wegens krediet aan landbouwer) en onbetaalde verkoper, op andere wijze geregeld door het tweede lid van voormeld artikel 23.

Het is juist, dat het voorrecht van de verpachter het landbouwvoorrecht primeert, wat echter bij samenloop tussen laatstvermeld voorrecht en dat van de onbetaalde verkoper alsook dat van het handelspand, ter zake evenmin dienend is.

5. De kosten van bewarend beslag, door de S.V. R. in dato 22 mei 1974, zijn ongetwijfeld gemaakt in het belang van alle schuldeisers, en als zodanig bevoorrecht (artt. 17 en 19, 1^o, *Hypotheekwet*).

De kosten van dagingsexploot ten gronde, ten verzoeken

van de S.V. R. in dato 12 juni 1974, zijn in haar uitsluitend belang gemaakt, en derhalve niet bevoorrecht.

6. De N.V. K. dient, als verliezende partij, tot de kosten van beide instanties van het geding veroordeeld te worden (art. 1017, 1e lid, *Ger. W.*)

(...)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

3e KAMER — 1 JULI 1980

Voorzitter: de h. Romain

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Droogmans en Rekers

Advocaat: mr. Vandeurzen

Arbeidsovereenkomst — Arbeidsongeschiktheid — Bewijs — Verschil van mening tussen behandelende en controlerende geneesheer — Gevolg — In gemeen overleg aangewezen geneesheer-expert besluit tot werkgeschiktheid — Werknemer hervat het werk niet — Gevolg.

Wanneer de behandelende geneesheer van de werknemer en de controlerende arts van de werkgever van mening verschillen omtrent het bestaan van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, heeft deze laatste geen aanspraak op gewaarborgd loon maar de werkgever kan diens afwezigheid niet als ongerechtvaardigd beschouwen.

Het feit dat voor de betrokken bedrijfssector voor zulk geval geen scheidsrechterlijke procedure werd ingesteld, belet de belanghebbenden niet in gemeen overleg een geneesheer-expert aan te wijzen (art. 31, §2, W.A.O. 1978).

Als deze expert tot werkgeschiktheid besluit en de werknemer zonder meer verder afwezig blijft, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwen.

D. t/ N.V. M.

Overwegende dat de N.V. M. haar werknemer D. bij schrijven van 22 juni 1977 aanzegde dat zij hem vanaf 16 juni 1977 als ontslagnemend beschouwde omdat hij door de gemeenschappelijk aangewezen geneesheer-specialist arbeidsgeschikt was bevonden en zich niet meer op het werk had aangemeld; dat D. zijn werkgever voor de Arbeidsrechtbank te Hasselt daagde, ten einde een schadevergoeding van twee jaar loon als kandidaat bij het comité van veiligheid en gezondheid alsook een eindejaarspremie en vakantiegeld te bekomen; dat eiser in de dagvaarding en de conclusie m.b.t. de vordering tot schadevergoeding stelde:

— dat, wegens een verschil van mening tussen de behandelende geneesheer en de controlerende geneesheer, een scheidsrechterlijke dokter aangesteld werd en dat belanghebbende zich door deze dokter liet onderzoeken;

— dat de scheidsrechterlijke geneesheer zijn verslag van 14 juni 1977 wel aan de behandelende geneesheer toezond maar niet aan belanghebbende persoonlijk mededeelde dat hij hem arbeidsgeschikt bevond;

— dat zijn afwezigheid, gedekt door een attest van de behandelende geneesheer, dus niet als ongewettigd mocht worden beschouwd;

Overwegende dat de arbeidsrechtbank, bij het reeds genoemde tussenvonnissen, hiervan akte nam en, ingaande op het verzoek van verweerster, de geneesheer-scheidsrech-

ter als getuige liet oproepen; dat de getuige uitdrukkelijk verklaarde op de dag van het onderzoek aan eiser te hebben gezegd dat hij niets bij hem vond, dat hij zijn rapport aan de huisarts en aan de controlerende geneesheer zou toesturen en dat belanghebbende het werk moest hervatten;

Overwegende dat eiser daarop in een aanvullende conclusie deed gelden:

— dat de aanstelling van een geneesheer-scheidsrechter niet met zijn instemming gebeurde doch alleen na overleg met zijn behandelende geneesheer;

— dat de geneesheer-scheidsrechter geen imperatieve bevoegdheid heeft maar dat de werkgever zelf de juridische gevolgtrekkingen moet maken en de werknemer oproepen om het werk te hervatten;

Overwegende dat de arbeidsrechtbank vervolgens in haar eindvonnis vaststelde: dat eiser, tegen zijn eerste conclusie in, nu betwist dat hij akkoord ging met de aanwijzing van een geneesheer-scheidsrechter; dat het bestaan van dit akkoord evenwel blijkt uit het feit dat belanghebbende zich voor het onderzoek heeft aangeboden; dat eiser terecht opmerkt dat de opdracht van de geneesheer-scheidsrechter enkel van medische aard is en dat hij geen imperatieve bevoegdheid in de arbeidsovereenkomst tussen partijen heeft; dat belanghebbende hieruit echter niet mag afleiden dat de werkgever na het medisch onderzoek de verplichting had eiser te bevelen het werk te hernemen; dat integendeel, nu de geneesheer-scheidsrechter vastgesteld had dat eiser arbeidsgeschikt was, en hem dit medegedeeld had, belanghebbende zelf de verplichting had het werk te hervatten en ongewettigd afwezig was als hij dit niet deed; dat dit ook voor eiser duidelijk was aangezien hij alleen opwierp dat de geneesheer-scheidsrechter hem niet van zijn besluit op de hoogte gesteld had; dat de rechtbank ook om die reden verweerder toeliet te bewijzen dat de geneesheer-scheidsrechter eiser na zijn onderzoek had medegedeeld dat hij niet arbeidsongeschikt was en terug aan het werk moest; dat verweerder dit bewijs heeft bijgebracht door de uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verklaring van de getuige; dat de eis dan ook ongegrond is;

Overwegende dat D. tegen dit vonnis hoger beroep aantekende (...)

Overwegende dat het hof met geïntimeerde van oordeel is dat, ten gevolge van het definitief geworden tussenvonnis, het geding beperkt is tot de vraag of de geneesheer-scheidsrechter zijn advies aan appellant medegedeeld heeft en wat de verplichtingen van partijen na dit onderzoek waren; dat zoals het eindvonnis terecht statueert, het getuigenis van de geneesheer als geloofwaardig moet worden beschouwd; dat de werknemer, gelet op de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren (artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek), daarna geen afwachtende houding meer kon aannemen om vervolgens tot een procedurefout bij de tegenpartij te concluderen; dat het aangezegd ontslag gerechtvaardigd was;

Overwegende dat, nu partijen ter zitting uitvoerig op het geheel van de zaak ingaan, daarbij nog het volgende aan te merken is:

het door appellant ingeroepen wetsartikel (art. 29bis, W. 10.3.1900) belet geenszins dat partijen, in een sector waar de materie niet bij koninklijk besluit anders geregeld is, gemeenschappelijk een geneesheer aanwijzen met als opdracht uit te maken of een arbeidsongeschiktheid voorhanden is; wanneer de werknemer een door zijn huisdokter afgeleverd attest van arbeidsongeschiktheid bij de werkge-

ver indient en de controlerende geneesheer van de werkgever hem arbeidsgeschikt bevindt, zijn de twee medische vaststellingen evenwaardig en heffen zij elkaar op; deze toestand kan verholpen worden door een op initiatief van de meest gereede partij of in gemeenschappelijk overleg uitgevoerde expertise; bij ontstentenis daarvan, zo heeft dit hof reeds bij herhaling gestatueerd, kan de werknemer het gewaarborgd loon niet eisen aangezien zijn ongeschiktheid niet afdoende bewezen is, en kan de werkgever zich niet beroepen op een dringende reden om de arbeidsovereenkomst te beëindigen aangezien de ongewettigde afwezigheid evenmin aangetoond is;

het gaat hier in werkelijkheid om een expertise, d.i. een onderzoek naar een feitelijke toestand, en niet om een arbitrage in de zin van de bepalingen onder de artikelen 1676 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek; na dit advies staat het aan partijen om de juridische stappen te zetten die zij passend achten; zo betoogt geïntimeerde met reden dat zij, gelet op de inhoud van het verslag en de antecedenten, die op simulatie wijzen, meteen voor het innemen van de dringende redenen had kunnen opteren;

— alle andere door appellant aangevoerde middelen kunnen niet opwegen tegen de fundamentele vaststellingen dat de specialist, die de patsituatie tussen de huisarts en de controlerende geneesheer moest oplossen, met akkoord van beide partijen werd aangesteld, dat het onderzoek op normale wijze verricht werd, dat appellant niet duidelijk maakt op welke wijze de gevolgde procedure zijn rechtmatige belangen zou hebben geschaad, dat hij kennis had van het verslag en dat hij een tijd heeft laten voorbijgaan die volstond om de werkgever toe te laten zelf de relatie als afgelopen te beschouwen;

— er is des te minder aanleiding om een gerechtelijk deskundige aan te stellen daar de feiten reeds geruime tijd terug liggen en appellant geen inhoudelijke bezwaren tegen het verslag van de specialist naar voren gebracht heeft toen het daartoe het moment was; in zoverre nodig zegt het hof, nu het door appellant geroepen wordt om over de realiteit van de arbeidsongeschiktheid te bevinden doch betrokkene geen overtuigende medische gegevens naar voren brengt, dat het verslag van de minnelijke expertise op oordeelkundige wijze opgesteld is en dat het besluit ervan dient te worden aangenomen;

Overwegende dat uit dit alles voortvloeit dat de ontzeggende beslissing van de eerste rechter moet behouden blijven; dat het hoger beroep ongegrond is;

CORRECTIONELE RECHTBANK TE LEUVEN

6e KAMER — 30 MEI 1980

Voorzitter: de h. De Cooman

Openbaar ministerie: de h. Wieers

Probatie, opschorting en uitstel — Probatie — Voorwaarden.

De wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie heeft evenmin als de wetgever in 1888 bij de bespreking van de voorwaardelijke invrijheidstelling voorwaarden bepaald die zouden kunnen worden opgelegd

aan de beklaagden, maar heeft het zeer wijselijk aan de bevoegde rechtbanken overgelaten dergelijke voorwaarden te bepalen.

De bepaling van dergelijke voorwaarden kan geen machtsoverschrijding uitmaken, wanneer de beklaagde zelf een voorstel deed en zijn instemming betuigde met opgelegde voorwaarden.

O.M. t/ X.

Verdacht van: te Leuven in de nacht van 20 op 21 maart 1979:

I. Door gebaren of zinnebeelden *bedreigd* te hebben met een aanslag op zijn persoon of op zijn eigendommen waarop een criminele straf is gesteld, in casu Bernard S.;

II. Door woorden, daden, gebaren of bedreigingen Bernard S., Christian W., Alain R., rijkswachters die met een openbare hoedanigheid bekleed zijn, in de uitoefening of ter gelegenheid van de uitoefening van hun bediening *gesmaad* te hebben;

III. Zich met geweld of bedreiging *verzet* te hebben tegen een rijkswachter die handelde ter uitvoering van de wetten, van de bevelen of de beschikkingen van het openbaar gezag, in casu Bernard B.;

IV. *Met samenhang*:

1) Op een openbare plaats een voertuig te hebben bestuurd of een rijtuig te hebben geleid, namelijk een personenwagen X., terwijl hij verkeerde in staat van dronkenschap of in een soortgelijke staat ten gevolge van het gebruik van verdovende of hallucinatieverwekkende middelen, het misdrijf aan het persoonlijk toedoen van de dader te wijten zijnde;

2) Op een openbare plaats, een voertuig te hebben bestuurd of een rijdier te hebben geleid, namelijk een personenwagen X, na alcoholische dranken in zodanige hoeveelheid te hebben gebruikt dat het alcoholgehalte van zijn bloed op het ogenblik dat hij bestuurde of geleide ten minste 0,8 gram per liter bedroeg, het misdrijf aan het persoonlijk toedoen van de dader te wijten zijnde;

Overwegende dat de verschillende misdrijven bewezen zijn en alle een uiting waren van één zelfde wederrechtelijke gedraging;

Overwegende dat beklaagde bij verzoekschrift neergelegd ter zitting van 7 maart 1980 om de gunst van opschorting van de uitspraak van de veroordeling verzocht, o.m. wegens zijn vlekkeloos verleden en de omstandigheid dat een veroordeling zijn toekomstmogelijkheden na voltooiing van zijn universitaire studies in het gedrang zou brengen;

Overwegende dat beklaagde nog geen enkele veroordeling heeft ondergaan en het ten laste gelegde niet van die aard is dat het gestraft moet worden met meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf zodat de voorwaarden gesteld in art. 3 van de wet van 29 juni 1964 in dit opzicht vervuld zijn;

Overwegende dat het openbaar ministerie, dat terecht naar de ernst van de gepleegde feiten had verwezen, na de heropening van de debatten, ten einde verdachte de mogelijkheid te geven nog meer uitleg te verschaffen tot motivering van het door hem ingediend verzoek tot opschorting of probatie, na de behandeling van 28 maart 1980 en 25 april 1980 in dit opzicht zelfs geen standpunt wenste in te nemen;

Overwegende dat de uitleg van beklaagde omtrent de feiten en in het bijzonder de staat van «ophitsing» waarin hij op het ogenblik van de feiten zou hebben verkeerd, volgens

zijn verklaring bij zijn verhoor op 21 maart 1979 en ook ter zitting van 7 maart 1980, niet aanvaardbaar is, vooral dan gelet op de intellectuele gaven van beklaagde, en nog meer op de aard en de stand van de door hem aangevatte studie (1e lic. criminologie) die als een feitelijke verzwarende omstandigheid dient te worden beschouwd;

Dat een loutere opschorting van de uitspraak van de veroordeling, zonder enige verdere bijzondere voorwaarde, in zulke omstandigheden niet zonder grond als een niet gepaste bevoordeling, zelfs als een vorm van klas-sejustitie zou kunnen worden beschouwd, om welke reden de rechtbank op 28 maart 1980 aan beklaagde vroeg door welke bijzondere positieve daad hij eventueel zou kunnen aantonen dat zijn verkeerde instelling en houding van 20 maart 1979 een uitzonderingstoestand was of in elk geval thans volledig voorbij is;

Dat beklaagde op dit verzoek inging en op 25 april 1980 een concreet voorstel in die zin deed; dat hij op bijkomend verzoek van de rechtbank om tijdens een eventuele proeftijd in het bijzonder ook iets wezenlijks te doen in het kader van bestrijding of voorkoming van het jeugdalcoholisme, bv. bij een jeugdclub of jongerenvereniging, ook positief antwoordde;

Overwegende dat, nu het openbaar ministerie ter zitting van 25 april 1980 en na voormelde behandeling, geen bijzonder standpunt wenste in te nemen, de rechtbank moet besluiten dat de zienswijze zoals in vroegere zaken door het openbaar ministerie werd uitgedrukt behouden blijft, nl. dat een als dusdanig opgevatte probatiemaatregel met de daaraan verbonden bijzondere voorwaarden een machtsoverschrijding zou uitmaken, bij gemis aan een wettelijke bepaling zoals die welke het voorwerp uitmaakt van art. 37, 2^o, b, van de wet van 3 april 1965 betreffende de jeugdbescherming;

Overwegende dat, zoals vroeger reeds werd geoordeeld, de rechtbank met die zienswijze niet kan instemmen;

Dat de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitsel en de probatie, zomin als de wetgever in 1888 bij de bespreking van de voorwaardelijke invrijheidstelling, zelf geen voorwaarden bepaalde die zouden kunnen worden opgelegd aan de beklaagden, maar het aan de bevoegde rechter heeft overgelaten dergelijke voorwaarden vast te stellen, wat een zeer wijze beslissing was, volgens het oordeel van advocaat-generaal R. Charles en van P. Van Drooghenbroeck in hun «Suspension, sursis et probation» (opgenomen in het *R.P.D.B.*, Complément IV, onder dezelfde titelwoorden, nr. 241);

Dat voormelde auteurs vooreerst naar de Memorie van Toelichting verwezen (*Parl. Hand. Kamer*, zitt. 1956-57, nr. 598/1, blz. 6) waarin enkele mogelijke voorwaarden werden voorgesteld, en verder slechts werd beklemtoond dat dient te worden vermeden dat de gestelde voorwaarden de vrijheid van mening en van handelen van de beklaagde zonder aannemelijke reden zouden beknotten, in het bijzonder wat zijn godsdienstige en filosofische opvattingen aangaat;

Dat ze vervolgens enkele concrete criteria vooropstelden die de rechtbank bij een probatie moeten leiden, en waarvan de thans voorgestelde voorwaarde volkomen beantwoordt:

1. de voorwaarde dient vooreerst van nut te zijn voor de behandeling of heropvoeding van de delinquent (P. Cornil, *J.T.*, 1958, 144);
2. de maatregel moet, binnen de perken van het moge-

lijke, voor ieder geval bijzonder aangepaste voorwaarden bevatten (J.Y. Dautricourt, *Rev.Dr. Pénal*, 1958-69, 947, nr. 46 en volgende);

3. steeds zullen positieve voorwaarden te verkiezen zijn, die bovendien de controle vergemakkelijken (Dautricourt, *ib.*, nr. 48 en *J.T.*, 1966, 223);

4. de voorwaarden mogen niet buitenmatig zwaar zijn;

5. de voorwaarden mogen de belanghebbende niet in een pijnlijker toestand brengen dan die van een delinquent die aan een straf van vrijheidsberoving wordt onderworpen (P. Cornil, *loc. cit.*);

Overwegende dat het door beklagde in eerste orde voorgestelde vrijwilligerswerk bij de v.z.w. Oikonde te Leuven, in de reeds concreet omschreven omstandigheden, nadien tijdens zijn dienstplicht enige verrichting in het kader van een sociale dienst in het leger, en ten slotte ook een activiteit in het kader van bestrijding van jeugdalcotisme, gezien in het licht van voormelde richtlijnen als volledig aangepast en normaal kunnen worden beschouwd;

Overwegende anderzijds dat de omstandigheid dat zulk een maatregel buiten het onmiddellijk opvoedend nut voor beklagde ook mogelijk enig voordeel zou kunnen bijbrengen aan derden, die niet rechtstreeks betrokken zijn in de zaak, geen hinder kan zijn voor het opleggen ervan;

Dat zulk mogelijk voordeel niet opzettelijk als dusdanig wordt bedoeld maar slechts een toevallig gevolg is van een middel, aangewend om de uiteindelijke bedoeling van de strafwet te bekomen;

Dat trouwens steeds het risico blijft bestaan dat die derden het nadeel zouden oplopen van een mogelijk onbehoorlijk, onvoldoende verzorgd of zelfs een slecht optreden van de onder probatie gestelde persoon;

Overwegende ten slotte dat het niet zonder belang is dat een soortgelijke maatregel, ten aanzien van een persoon die uiteindelijk toch geen bestendige begeleiding nodig heeft, maar wel een middel om in de gestelde proeftijd te bewijzen dat hij de misvatting heeft kwijtgespeeld die uit de door hem gepleegde feiten bleek, terzelfder tijd ook de nodige tussenkomst van de thans reeds overbelaste probatiediensten tot een minimum beperkt, nl. het eenmaal bespreken van het concreet engagement, en nadien het nazien van de werkelijke tenuitvoerlegging ervan;

Overwegende dat er ter zake van geen machtsoverschrijding door de rechtbank sprake kan zijn, nu beklagde zelf een voorstel deed en voor het overige zijn instemming betuigde, en wegens zijn leeftijd en verstandelijke ontwikkeling moet worden geacht volkomen handelingsbekwaam te zijn, terwijl al het voorgestelde helemaal in de lijn ligt van wat van een criminoloog op huidig ogenblik mag verwacht worden;

Om die redenen, en gelet op de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 — artikelen 65, 269, 271, 276, 329 van het Strafwetboek — 34, 1°, en 35 K.B. 16 maart 1968-194 van het Wetboek van Strafvordering;

De Rechtbank,

Verklaart de telastlegging bewezen, en gelast de opschorting van de uitspraak van de veroordeling voor de duur van drie jaar, op voorwaarde dat beklagde in die periode

1) zich belangloos inzet vooreerst vóór zijn dienstplicht in de werking van de v.z.w. Oikonde te Leuven, zoals zeer

concreet omschreven in de verklaring dd. 22 april 1980 van directeur G. van deze vereniging, met alle eventueel later nodige aanpassingen, vervolgens tijdens zijn dienstplicht in het kader van een sociale dienst in het leger, en daarbuiten waar ook mogelijk, bij voorkeur in de kring van een jeugdclub of jongerenbeweging in een wezenlijke activiteit tot voorlichting in verband met het jeugdalcotisme;

2) zich zal schikken naar alle eventueel andere richtlijnen te geven door de probatieassistent onder controle van de probatiecommissie;

veroordeelt beklagde tot de kosten.

NOOT—De probatie tussen toekomst en verleden

1. De keuze van de titel voor de annotatie bij dit origineel vonnis getuigt zelf van weinig originaliteit. Zij berust op plagiaat. Ter rechtvaardiging van deze letterdieverij kan worden ingeroepen, dat er geen betere duiding kan gegeven worden van de (historische) betekenis van dit vonnis, dan met de titel die procureur-generaal R. Verheyden meegaf aan de rede die hij op 1 september 1975 uitsprak op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Antwerpen: «De probatie tussen toekomst en verleden» (R.W., 1975-76, 513). In deze noot wordt de draagwijdte van deze duiding nader toegelicht.

2. Dat een criminoloog in opleiding zich voor de strafrechter moet verantwoorden is geen alledaags gebeuren. De rechter heeft hierin blijkbaar inspiratie gevonden om de juridische partituur, die hem door de probatiewet ter beschikking wordt gesteld, te vertolken op een — zelfs voor kritisch ingestelde criminologen — genietbare wijze.

Uitgaande van beschouwingen over het criminologisch geliefde thema van de klassejustitie beslist de rechter — na samenspraak met de beklagde, volgens de geest van de probatiewet — om de gevraagde gunst van opschorting afhankelijk te maken van een verbintenis om door een positieve prestatie te bewijzen dat de verkeerde attitude, waarvan het delictueel gedrag van de beklagde getuigde, verdwenen is of als onbestaande moet worden beschouwd, meer bepaald door een inschakeling in een reclasseringsorganisatie en door deelname aan voorlichtingsactiviteiten in verband met jeugdalcotisme.

3. Niemand zal de zinvolheid van deze wijze van sanctioneren betwisten. Zij kan terecht beschouwd worden als een verfrissend nieuwe stijl van straftoemeting, met rijke toepassingsmogelijkheden. De vraag rijst echter of de rechter de juridische elasticiteit van de mogelijkheden die in de probatiewet besloten liggen niet heeft overschat, en of hij bij zijn aantrekkelijke interpretatie ervan dit juridisch instrument geen geweld heeft aangedaan?

4. Het antwoord op deze vragen ligt niet voor de hand. Om de nodige nuances aan te brengen, die voor dit antwoord vereist zijn, wordt hierna een onderscheid gemaakt tussen de motivering van de rechterlijke beslissing en de mogelijke motieven die aan die beslissing ten grondslag liggen. De motivering is de juridische formalisering of stroomlijning van de beslissing die in het vonnis zelf verwoord wordt. De motieven zijn de beweegredenen die de rechter tot zijn beslissing brachten. Motieven en motivering coïncideren niet noodzakelijk (zie hierover: Ch. Enschede, H. C.M. Moors-Smeets en A. H.J. Swart, *Strafvorming*, Arnhem, 1975, pp. 3 e.v.).

5. Het lijkt geen twijfel dat de door de rechter opgelegde probatievoorwaarden binnen de grenzen blijven van het

juridisch toelaatbare. De motivering van de rechter is ter zake overtuigend en juridisch onaanvechtbaar. Dat noch tijdens de parlementaire voorbereiding van de probatiewet, noch in de talloze commentaren ervan voorbeelden werden gegeven van probatievoorwaarden zoals ten deze werden opgelegd, mag niet beschouwd worden als een tegenindicatie voor de aanvaardbaarheid ervan. Men mag het de rechter niet euvel duiden dat hij, bij het uittekenen van socialiseringsvoorwaarden in individualiserend perspectief, meer verbeeldingskracht opbrengt dan de rechtsgeleerde commentatoren van de wet, en dat hij ten volle gebruik maakt van de hem door de wetgever toegeschoven beoordelingsbevoegdheid.

6. Toch rest de vraag of de rechter de geest van de probatiewetgeving gerespecteerd heeft. Probatie naar Belgisch recht werd tot dusver steeds beschouwd als een vorm van ambulante justitiële hulpverlening, met als essentieel moment de voogdij door de probatieassistent (P. Cornil, «Probation», *J.T.*, 1964, 683; P. Cornil, «La probation: sanction pénale ou mesure de faveur?», *J.T.*, 1958, 143; J.Y. Dautricourt, «De techniek en de aanwijzingen van de Belgische probatie», *R.W.*, 1965-66, 1378-1379; P.E. Trousse, «Aspects comparés de la politique criminelle en Allemagne Fédérale et en Belgique», *Rev. Dr. Pén.*, 1970-71, 651). Ook procureur-generaal R. Verheyden betoogde, in zijn eerder geciteerde rede: «Probiatiemaatregelen zullen aangewezen zijn dàar — en enkel dàar — waar de bedreiging op zichzelf niet kan volstaan om de socialisering of de integratie van de delinquent te bewerkstelligen, te handhaven of te waarborgen. Zij zijn aangewezen, als de delinquent een reële behoefte heeft aan begeleiding ...» (R. Verheyden, *a.w.*, 531). Volgens J.Y. Dautricourt bestaat er geen probatie zonder begeleiding, en is een door de rechter toegestane opschorting, waarbij voorwaarden worden opgelegd die de begeleiding uitsluiten of verhinderen, geen probatiemaatregel (J.Y. Dautricourt, «Le rôle de la probation dans le traitement des délinquants en Belgique», *Rev. Dr. Pén.*, 1969-70, 540-541).

In het licht van de aangehaalde rechtsleer, die trouwens steun vindt in de parlementaire voorbereidingen (zie: verslag van H. Housiaux namens de Commissie voor Justitie, *Parl. Besch.*, *Senaat*, 1962-63, nr. 355, verslag van 22 oktober 1963, nr. 39) is de vaststelling van de rechter dat de beklaagde geen bestendige begeleiding nodig heeft, en zijn overweging dat de tussenkomst van de probatiediensten in hooforde beperkt kan blijven tot een controle op de naleving van de probatievoorwaarden, op zijn minst verrassend. Uit de enkele omstandigheid, dat de rechter de begeleidingsmogelijkheden die in het probatiestelsel worden aangeboden niet aanspreekt, mag niet afgeleid worden dat hij zondigt tegen de geest van de probatiewet. Wanneer de rechter oordeelt dat het opleggen van bepaalde voorwaarden een noodzakelijk middel is om iemands normgevoelheid aan te zwengelen of te kunnen beoordelen, dan handelt hij conform de bedoelingen van de wetgever wanneer hij de opschorting of het uitstel afhankelijk stelt van de verbintenis tot naleving van die voorwaarden. Dat hij bij deze gelegenheid een wenk geeft aan de executiediensten, ten einde overbodige tussenkomsten te vermijden, kan alleen toegejuicht worden. Er worden maar al te uitzonderlijk bruggen gebouwd tussen de berechtings- en de uitvoeringsfase.

7. Een van de merkwaardigste passages in het vonnis is die waarin de rechter verduidelijkt, dat het mogelijk voor-

deel dat derden uit de opgelegde maatregel zouden kunnen halen louter bijkomstig is, en dat de sanctie uitsluitend een positieve gedragsbeïnvloeding van de beklaagde beoogt. Hierdoor immuniseert hij zich tegen de mogelijke kritiek, dat zijn maatregel een verhulde vorm van de sanctie van «maatschappelijke dienstverlening» zou zijn. Dit sanctiesysteem is in het Belgisch strafrecht onbekend, maar wordt uitdrukkelijk geregeld in de Engelse strafwetgeving (*Criminal Justice Act* van 1972) en in de wetgeving van verscheidene Oostbloklanden. Het gaat om een systeem waarbij de delinquent bij wijze van sanctie, doch vrijwillig, onbezoldigde prestaties levert ten bate van de gemeenschap. De Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek, die dit systeem in het Belgisch strafrecht zou willen inbouwen, heeft er terecht op gewezen dat de gedachte die aan die instelling ten grondslag ligt, verschilt van die waarop de probatie steunt: «Immers de dienstverlening stelt de delinquent ertoe in staat om de schade te herstellen die hij door zijn fout aan de maatschappij heeft berokkend; probatie daarentegen houdt in dat aan de delinquent hulp wordt geboden met het oog op zijn wederopneming in de maatschappij» (*Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, Brussel, juni 1979, 73-74).

8. Door de trefzekerheid van zijn argumentatie, maar vooral ook door zijn schitterende motivering is de rechter erin geslaagd zijn straftoemingsbeslissing volkomen in te passen in de termen en de geest van de probatiewetgeving. Wanneer men evenwel abstraheert van de rechterlijke motivering en de straftoemingsbeslissing op zichzelf beschouwt, kan men zich nauwelijks van de indruk ontdoen, dat de probatiewet in dit vonnis dienst doet als het paard van Troje, door middel waarvan de sanctie van maatschappelijke dienstverlening heimelijk haar intrede doet in het Belgisch strafrecht. Zonder overmoedige uitspraken te willen doen over de eigenlijke motieven van de rechter bij de keuze van de sanctiemodaliteiten, durven wij toch bevroeden dat de sanctiekeuze steunt op motieven die eerder aanleunen bij de gedachte die aan de maatschappelijke dienstverlening ten grondslag ligt, dan bij die welke ten grondslag ligt van de probatie. Mocht dit het geval zijn, dan impliceert dit geenszins een depreciatie van de rechterlijke beslissing. De probatiewetgeving is ons inziens een deugdelijke baarmoeder om — in afwachting van wetgevende tussenkomst — de sanctie van maatschappelijke dienstverlening reeds embryonaal tot ontplooiing te laten komen. Dit vonnis verdient navolging, op voorwaarde nochtans dat analogische beslissingen in de toekomst even zorgvuldig gemotiveerd en geadstrueerd worden, en vooral ook dat zij het resultaat zijn van een daadwerkelijke samspraak tussen de rechter en de justitiabele. Door een dergelijke innoverende straftoemingspraktijk vandaag blijft het strafrecht in beweging, en wordt ervaring geaccumuleerd die gevaloriseerd kan worden voor de toekomst.

Lieven Dupont

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

7e KAMER — 7 JANUARI 1980

Voorzitter: de h. Van Wymeersch

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Verheyden en Raeymaekers

Openbaar ministerie: de h. Claes

Werkloosheid — Sollicitatie — Houding — Weigering van passende dienstbetrekking.

Een werkloze die tijdens een sollicitatie weigert een vragenlijst in te vullen en wegens die houding niet wordt aangenomen, weigert een passende dienstbetrekking, in de zin van art. 134 van het K.B. van 20 december 1963, wanneer niet is bewezen dat de gevraagde inlichtingen buiten het kader van het werkaanbod liggen.

A. t/ R.V.A.

Overwegende dat de vordering strekt tot vernietiging van de beslissing van 22 maart 1979 van de directeur van het Gewestelijk Bureau te Antwerpen van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, waarbij eiser — met toepassing van de artikelen 134, 135 en 139 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en de werkloosheid, — niet tot de werkloosheidsuitkeringen wordt toegelaten gedurende een periode van acht weken, ingaande op 26 maart 1979;

Overwegende dat de beslissing van de directeur van het Gewestelijk Bureau gegrond is op het feit:

— dat eiser op 20 februari 1979 naar de firma I. te Wilrijk werd verwezen voor de betrekking van loodgieter, doch niet werd aangeworven wegens zijn verklaring;

— dat zijn houding dient te worden gelijkgesteld met het weigeren van een in de zin van de criteria, vastgesteld door de minister van Tewerkstelling en Arbeid — ministerieel besluit van 4 juni 1964 — passende dienstbetrekking;

— dat gelet op de lange duur van de werkloosheid een beperking van acht weken gerechtvaardigd is;

Overwegende dat eiser deze beslissing betwist en in zijn inleidend verzoekschrift aanvoert:

— dat hij niet werd aangenomen wegens zijn weigering om een vragenlijst in te vullen;

— dat hij als handarbeider niet vertrouwd en onzeker is met papieren;

— dat hij de personeelschef er uitdrukkelijk attent heeft opgemaakt dat hij de betrekking als zodanig niet weigerde en hem er zelfs om verzocht heeft een bekwaamheidsproef te mogen afleggen; doch dat hij zonder de minste motivering verklaarde dat «het niet nodig was»;

— dat het mislukken van deze sollicitatie dan ook niet te wijten was aan zijn houding, maar wel aan het gebrek aan medewerking vanwege werkgeverszijde;

— dat artikel 134 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 dan ook niet toepasselijk is;

Overwegende dat betrokkene verder in zijn conclusie stelt dat artikel 134 strikt dient te worden geïnterpreteerd; dat hij dienaangaande verwijst naar de rechtspraak ter zake; dat de weigering van een handarbeider om vragenlijsten in te vullen slechts verwijtbaar is indien deze relevant zijn voor de vereiste vakkundigheid; dat in casu het

mislukken van de sollicitatie te wijten is aan de medewerking van de werkgever;

Overwegende dat uit de elementen van het administratief dossier gebleken is dat eiser zich op 20 februari 1979 diende aan te bieden bij de firma I. te Wilrijk voor een betrekking van loodgieter;

dat uit de gegevens, verstrekt door de werkgever, blijkt (formulier A6 — stuk 3 en 4 van het administratief dossier) dat betrokkene weigerde formulieren in te vullen die hem ter hand gesteld werden door de werkgever;

dat betrokkene in de loop van het administratief onderzoek verklaarde wel bereid te zijn geweest een test af te leggen doch geweigerd te hebben enig papier of vragenlijst in te vullen; dat deze weigering kan verklaard worden door het feit dat hij vroeger, ter gelegenheid van een sollicitatie bij Cockerill, een formulier had ingevuld met als gevolg dat op het formulier 16 vermeld stond dat hij ongewenst was op de werf; dat hij inmiddels schikkingen trof om zich als zelfstandige te vestigen doch zolang ter beschikking bleef van de algemene arbeidsmarkt;

Overwegende dat uit deze gegevens aldus duidelijk gebleken is dat betrokkene weigerde gegevens te verstrekken aan de werkgever met het oog op zijn aanwerving;

Overwegende dat eiser nochtans zelf stelde in zijn conclusie: «dat de verplichting tot het aanvaarden van elke passende dienstbetrekking wel in overeenstemming moet worden gebracht met een zekere mededelingsplicht wil de arbeidsovereenkomst met kennis van zaken worden afgesloten, daar de werkgever recht heeft op informatie nopens alle objectieve elementen die de beslissing tot aanwerving kunnen beïnvloeden (cf. Arbrb. Tongeren, 21.2.1975, J.T.T., 1976, 321, met noot Dries Simoens);

Overwegende dat anderzijds geenszins gebleken is — en eiser in elk geval het bewijs niet levert — dat eiser bepaalde inlichtingen zou hebben dienen te verstrekken die buiten het kader van het werkaanbod vielen om welke reden hij eventueel gerechtigd zou zijn geweest bepaalde formulieren niet in te vullen;

Overwegende dat uiteraard de werkgever — bij gebrek aan de meest elementaire inlichtingen over eiser en wegens de van meetaf aan negatieve houding van eiser — niet tot aanwerving overging van betrokkene;

Overwegende dat eiser, door zijn houding, schuld heeft aan zijn niet-aanwerving aangezien hij er zich terdege van bewust diende te zijn dat hij, door het weigeren de minste inlichtingen te verstrekken op de formulieren van de werkgever, niet aangenomen zou worden;

Overwegende dat zijn houding dient te worden gelijkgesteld met het weigeren van een passende dienstbetrekking, in de zin van de criteria, vastgesteld door de minister van Tewerkstelling en Arbeid — ministerieel besluit van 4 juni 1964;

Overwegende dat een beperking van acht weken, gelet op zijn totaal negatieve houding, ten volle gerechtvaardigd is;

Om die redenen,

Rechtdoende bij verstek.

Verklaart de vordering van eisende partij ontvankelijk doch ongegrond.

NOOT—*Spreeken is zilver, schrijven is goud*

De zaak waarin hier uitspraak werd gedaan handelde over de volgende vraag: is een werkloze door eigen schuld of toedoen werkloos wanneer hij, na een werkaanbod, niet wordt aangenomen wegens verklaringen die hij heeft afgelegd tijdens het sollicitatiegesprek? Een bevestigend antwoord brengt mee dat, overeenkomstig artikel 134 van het K.B. van 20 december 1963, het recht op werkloosheidsuitkering wordt beperkt.

1. Alvorens een antwoord te zoeken op de gestelde vraag is het misschien nuttig het verloop van de R.V.A.-sollicitatieprocedure in de praktijk, kort te schetsen.

De werkloze wordt door de tewerkstellingsdienst verwittigd van ieder passend werkaanbod door middel van een briefkaart (formulier A6). Na het sollicitatieonderhoud dient de werkgever dit document terug aan de R.V.A. te sturen met de vermelding of de kandidaat al dan niet werd aangeworven; in het laatste geval moet de werkgever zijn beslissing ook motiveren. Daarop volgt een «informeel» telefoontje naar de werkgever om diens «echte» motieven te kennen. Hangt deze een negatief beeld op van de werkwillegheid van de werkloze dan wordt dit gesignaleerd aan de dienst controle en geschillen. Vervolgens wordt een controleur naar de werkgever gestuurd ten einde een «officieel» verslag op te maken van het sollicitatiegebeuren. Ten slotte wordt de werkloze zelf opgeroepen voor verhoor.

Voorlopige conclusie: een sollicitatie zonder succes krijgt in de administratieve praktijk automatisch de stempel «dubieus» mee waardoor de werkloze in de verdediging wordt gedrukt.

2. Een uitkeringsgerechtigde werkloze moet elke passende dienstbetrekking die hem wordt aangeboden aanvaarden (art. 133 van het K.B. van 20 december 1963). De criteria om te bepalen of een dienstbetrekking al dan niet passend is, worden nader bepaald in de artikelen 34 tot 62 van het M.B. van 4 juni 1964. Aan de hand van een nauwkeurige opgave worden de legitimeringsgronden voor het weigeren van een aangeboden betrekking opgesomd. Deze lijst van voorwaarden waaraan de aangeboden arbeid moet voldoen, is evenwel niet limitatief. Aldus besliste het Hof van Cassatie dat de rechter slechts aan de criteria van het besluit gebonden is voor zover het punten betreft die erin worden behandeld (Cass., 28 maart 1973, *J.T.T.*, 1973, 230). Wanneer een werkloze andere bezwaren tegenover een werkaanbod aanvoert, dan die welke in de reglementering voorkomen, moet de rechter daarop ingaan en beoordelen of de gestelde arbeidsvoorwaarden al dan niet passend zijn. In dat laatste geval mag de rechter «vrij» het passend karakter van een aangeboden dienstbetrekking evalueren volgens het gemene recht. Ook de sanctie op het niet-aanvaarden van passende arbeid is wettelijk vastgelegd (artikelen 134 e.v. van het K.B. van 20 december 1963); de rechter heeft enkel speelruimte tussen minimum- en maximumtarieven.

Het weigeren zelf of niet-aanvaarden van passende arbeid werden integendeel niet gedefinieerd of omschreven. Weigeren kan vanzelfsprekend expliciet of impliciet gebeuren. Het is de taak van de rechter de regel in te vullen: dit feit wel, dat niet, als zodanig te kwalificeren (voorbeeld van een impliciete weigering: een werkloze die loonsvoorwaarden stelt waarvan hij weet dat ze voor de aanbieder onaanvaardbaar zijn; Arbh. Brussel, 9e kamer, 4 december

1974, onuitgeg.).

3. Artikel 134 strekt ertoe de rechten van de werkloze op uitkering te beperken en dus moet deze bepaling strikt worden geïnterpreteerd. De R.V.A. moet bewijzen dat de werkloze door zijn gedrag tijdens de sollicitatie *schuld* heeft aan zijn niet-aanwerving (aldus artikel 133 *jo.* 134).

De karig gepubliceerde rechtspraak hieromtrent verduidelijkt deze algemene regel als volgt:

— bij een dergelijke feitenanalyse mogen de verklaringen van de werkloze enkel beoordeeld worden in het licht van de vraag of zij de uitdrukking zijn van een formele en ondubbelzinnige weigering van een betrekking en deze mag niet worden afgeleid uit een subjectieve interpretatie van de woorden van de werkloze en noch minder uit gissingen omtrent niet-uitgedrukte verlangens (Arbh. Bergen, 26 maart 1976, *J.T.T.*, 1976, 161);

— aan de verklaring van de werkgever mag geen doorslaggevend gewicht gegeven worden op grond van de omstandigheid als zou hij, aldus vaak de R.V.A., geen belang hebben bij het geven van een onjuiste versie van de werkwillegheid van de werkloze, aangezien zodoende de werkloze a priori in het ongelijk zou worden gesteld. Alleen een objectieve evaluatie van het sollicitatiegedrag op basis van feiten vermeld in het dossier is ter zake dienend (Arbh. Bergen, 9 april 1976, *J.T.T.*, 1976, 319);

— de motieven voor de weigering, zoals in het administratief dossier weergegeven, kunnen tijdens de gerechtelijke procedure verduidelijkt worden (Arbh. Brussel, 9e kamer, 12 december 1974, onuitg.).

In dat perspectief is een weigering van een handarbeider om een vragenlijst in te vullen, omdat hij niet vertrouwd is en zich onzeker voelt met papieren, op zichzelf niet vatbaar voor kritiek.

Of de burger goed kan omspringen met administratieve formaliteiten wordt inderdaad in belangrijke mate gedetermineerd door opleiding en tewerkstelling. Vooral bureaucratisch minder vaardige mensen hebben er behoefte aan hun zaken mondeling af te handelen. Negatieve ervaringen met paperassen in het verleden leiden er vaak toe dat men later argwanend staat tegenover elk soort van papieren contacten en deze zoveel mogelijk uit de weg gaat. (A. Vandenbussche, «Rechtsbedeling en rechtsverkrijging in de Sociale Zekerheid», blz. 39, in *Bestaanszekerheid en Sociale Zekerheid*, Rapport VI-2, Nationaal Onderzoeksprogramma in de Sociale Wetenschappen, Brussel, 1978). Het invullen van documenten, ongeacht de complexiteit van de inhoud ervan, in het kader van politiek dienstbetoon, is daar een typevoorbeeld van.

4. De concrete omstandigheden, met name, het aanbod om een bekwaamheidsproef te mogen afleggen en de slechte ervaringen in het verleden met het invullen van dergelijke vragenlijsten, doen vermoeden dat het mislukken van de sollicitatie in bovenstaand geval, eigenlijk niet te wijten is aan de houding van de werkloze.

De verplichting tot het aanvaarden van elke passende dienstbetrekking moet wel in overeenstemming worden gebracht met een zekere mededelingsplicht van de werknemer. De werkgever heeft immers recht op informatie nopens alle objectieve elementen die de beslissing tot aanwerving kunnen beïnvloeden, zoals eiser zelf in conclusie toegaf (D. Simoens, noot onder Arbrb. Tongeren, 21 februari 1975, *J.T.T.*, 1976, 321).

Deze verplichting kan echter niet zo ver reiken dat de werkloze wordt gedwongen om op alle eisen van de werk-

gever omtrent informatieverstrekking en de wijze waarop dit zou moeten gebeuren, in te gaan. Zo is de weigering van een handarbeider om vragenlijsten te beantwoorden slechts verwijtbaar indien de gevraagde gegevens relevant zijn voor de vereiste vakkundigheid. Daartegenover staat dat wanneer een werkloze weigert een test af te leggen die dient om zijn bekwaamheid te meten voor een specifieke betrekking, hij tegelijkertijd de passende betrekking zelf afwijst. Dergelijke tests worden geacht a.h.w. een *conditio sine qua non* te zijn om het passend karakter in subjectieve zin te beoordelen (Arbh. Bergen, 4 februari 1977, *T.S.R.*, 1977, 303; Arbh. Antwerpen, 9 november 1977, *J.T.T.*, 1978, 261).

Voor een betrekking als loodgieter is de noodzaak van administratieve vaardigheid vrij twijfelachtig. Hoewel het de rechtbank niet past te oordelen over de selectienormen van de werkgever, moet men om uit te maken of er al dan niet van werkweigering sprake is, de houding van de werkloze toetsen aan de al of niet redelijkheid van het optreden van de werkgever of diens vertegenwoordiger. Zo komt het alleszins eigenaardig over dat de personeelschef in het geheel niet is ingegaan op de bezwaren van de sollicitant. Normalerweise had hij ten minste de opzet van de vragenlijst kunnen toelichten i.p.v. iedere toenaderingspoging bruusk van de hand te wijzen, met de boodschap «dat het niet nodig was». Enkele losse bedenkingen die, indien de rechter ze had nagetrokken en verwerkt in de motivering, de beschikking een deugdelijker, feitelijke grondslag hadden gegeven.

Dat het sollicitatiegesprek de meest geëigende gelegenheid is voor de werkzoekende om te onderhandelen kan niet worden ontkend. Het uitgangspunt blijft echter dat de werkloze moet ingaan op ieder passend aanbod. Vragen naar functie, promotiekansen, inspraakmogelijkheden en structuur van het bedrijf, zijn evident, maar in de praktijk kan een gezonde nieuwsgierigheid de sollicitant duur te staan komen. Al te vlug wordt zulks aangemerkt als optreden dat ertoe strekt het totstandkomen van een overeenkomst te beletten of althans te bemoeilijken (vgl. Arbh. Brussel, 1^e kamer, 16 december 1976, onuitg.: in casu betrof het een buitenlandse werknemer die onmiddellijk had geïnformeerd naar de geldende vakantieregeling in het bedrijf).

5. Een ander punt is dat in deze sollicitatieformulieren zeer dikwijls gegevens worden gevraagd die diep doordringen in het privé-leven van de sollicitant. Vragen als: bent u op school ooit blijven zitten en wat was daar de oorzaak van; hebt u uw militaire dienst volbracht en zo niet waarom; wat is uw politieke en godsdienstige overtuiging; leest u dag- en/of weekbladen, en zo ja, welke; wat is de burgerlijke staat van uw ouders, broers en zusters; behoren zo tot de meest gebruikelijke (E.P.J. Myer, «Sollicitant, privacy en psychologische tests», *A.A.*, 1975, 75-76). Jammer genoeg geeft dit vonnis over de inhoud van de vragen niets prijs, zodat toetsing aan het recht op privacy niet mogelijk is.

Misschien kan een nauwkeuriger afbakening van de rechten en plichten van de kandidaat werknemers-werkgevers, in het bijzonder het recht op en tegen informatie, deze scheefgetrokken verhoudingen wat bijsturen.

6. Tot slot: aanvaarden van passende arbeid of het actief hiernaar zoeken geldt eigenlijk als norm van zorgvuldig handelen tegenover de gemeenschap, althans in de filosofie van de huidige werkloosheidsreglementering. (Terecht

wordt opgemerkt dat het afhankelijk stellen van het recht op werkloosheidsuitkering van een beoordeling, zij het door de rechter, van het gedrag van de werkloze, of, zijn houding «passend» is, in de sociale zekerheid eigenlijk niet thuishoort. Een sociaal verzekerde heeft recht op uitkering wanneer bepaalde, objectieve, voorwaarden vervuld zijn, ongeacht de morele waardering die de maatschappij over zijn levenswandel zou kunnen hebben. J. Van Langendonck, *Passende arbeid: een verkenning in de wetgeving van een aantal Europese landen*, Deventer, 1980, blz. 143.) Deze omgekeerde solidariteitsnorm betekent dat een werkloze alles behoort te doen wat in zijn vermogen ligt om uit de werkloosheid te geraken (H. Naber, *Handleiding Passende Arbeid*, Deventer, 1978, blz. 9-1/6). Maar het is een principiële eis van het sociaal recht om, ongeacht de toevallige stand van de conjunctuur, de beoordeling van het sollicitatiegedrag te situeren in zijn particuliere context en geen a-prioristellingen op te bouwen. (In de stijl van: de werkloze wil zich in de toekomst als zelfstandige vestigen en dus zal hij wel, nu al, niet meer in dienstverband willen werken. Gebruikt men toch dergelijke beschouwingen dan moet men ze ook verder uitwerken.)

Zoals hierboven werd aangetoond kan in dit geval niet met zekerheid worden vastgesteld dat de verklaringen van de werkloze doelbewust werden afgelegd om niet aangenomen te worden of de niet-aanwerving in de hand te werken. Hooguit kan men de bedenking maken dat zijn spontane reactie misschien nogal grof overkwam, pertinenter dan ze bedoeld was. Daarom ook heeft de werkloze, na het abrupt afbreken van de onderhandelingen door de werkgever, vooralsnog de situatie trachten recht te trekken door een tegenvoorstel te doen; zodat wanneer de werkloze ondanks alles niet in dienst werd genomen, men met de discretionaire patronale beslissing te doen heeft waaraan de houding van de werkloze vreemd is. In ieder geval blijkt uit het vonnis te weinig in hoeverre de feiten de rechter tot zijn beslissing noopten. De vaststelling, wie zo handelt is fout, kan niet uit een loutere opsomming van feiten worden afgeleid.

De feitelijke gegevens zoals getekend in het overwegend gedeelte zijn niet eenduidig: de motivering geeft geen rationeel sluitende verklaring voor de eindbeslissing, dezelfde argumentatie met een andere, tegenovergestelde conclusie, had net zo goed gekund, vandaar de twijfel. (Over de interactie tussen feit, norm en rechterlijk oordeel bestaat heel wat (recente) literatuur, maar de (oude) stellingen van Paul Scholten staan daarbij nog steeds model. «We kunnen in de rechtspraak de feiten alleen zien vanuit de regel. Doch omgekeerd zien wij de regel, waarnaar wij oordelen, alleen uit de feiten». Asser-Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle, 1974, blz. 121.) En in geval van twijfel (Arbh. Gent, 6e kamer, 26 mei 1977, onuitg.).

Het gedrag van de betrokkene bij het verkrijgen van arbeid kan niet zonder meer gelijkgesteld worden met een verkapt werkweigering; derhalve is art. 134 niet toepasselijk.

7. Samengevat: artikel 134 biedt de rechter voldoende mogelijkheden om van geval tot geval het doen en laten van de werkloze te toetsen aan de zorgvuldigheidsnorm.

Het is een eis van een integere rechtsorde dat de rechtspraak maatwerk aflevert, zonder de algemene regel te miskennen, wat inhoudt dat de rechter in zijn uitspraak moet aanduiden welke maatstaven hij hanteert. Doet hij dat niet, dan hapert er iets tussen probleem en oplossing, en blijft de

rechtzoekende lezer met onbeantwoorde vragen zitten. En ongenoegen is een slechte raadgever.

Zoals hier, waar het er verdacht veel begint op te lijken dat men het sanctioneringssysteem van de werkloosheidsreglementering gebruikt (misbruikt) om de werkloosheid te bestrijden, tenminste, het aantal vergoede werklozen te drukken, en dat is toch niet de bedoeling, of wel soms?

*Renée Van der Veken
nav. U.I.A.*

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TURNHOUT

KORT GEDING — 5 SEPTEMBER 1980

Voorzitter: de h. Van Cauwenbergh

Advocaten: mrs. J. Daelemans en Vanderhaegen loco Beckers

Handelspraktijken — Reizende verkoop — Niet-inschrijving in het handelsregister — Niet-naleven der fiscale verplichtingen.

Een aangekondigde reizende verkoop, zonder inschrijving in het handelsregister, zonder naleving der B.T.W.-verplichtingen is een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad waarbij schade wordt berokkend aan de belangen van de andere partners in het ruilverkeer die hun wettelijke verplichtingen nakomen.

V.Z.W.N. e.a./ D.e.a.

De vordering strekt ertoe verweerders de tekortkomingen, overtredingen en inbreuken te horen vaststellen op de artikelen 20, 53, 54 en 54bis van de wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken; de staking te horen bevelen van deze tekortkomingen en/of inbreuken, meer bepaald de uitstalling, aanbod en verkoop van dranken en spijsen en de exploitatie van een horecabedrijf en danstent op 6, 7, 8, 9 en 10 september aanstaande te A., achter het zwembad of elders in deze gemeente; de bekendmaking te horen bevelen van het te geven bevel in het plaatselijk weekblad (...) waarvoor de kosten van gedaagde inbaar zijn op eenvoudig vertoon van factuur of deurwaardersrekening; te horen zeggen dat het bevel in afschrift zal worden medegedeeld aan de minister van Economische Zaken; verweerders zich te zien en horen veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding zijnde 2.100fr.; het bevelschrift uitvoerbaar bij voorraad te horen verklaren niettegenstaande alle voorziening en zonder borgstelling op minuut vóór registratie

(...)

Ten aanzien van vierde verweerster is alleen bewezen dat zij de affiche gedrukt heeft, waarop de feestelijkheden, gepland in de danstent achter het zwembad te A., vanaf 6 tot en met 9 september 1980 (kermis) gedetailleerd zijn.

Het is niet bewezen dat de advertenties betreffende die feestelijkheden en die daarenboven gewag maken van medewerkers die evenwel ten onrechte vermeld zouden zijn, door vierde verweerster zijn gedrukt.

Nu niet betwist wordt dat vierde verweerster, zich duidelijk als drukker bekend makend, de aangevochten affiches overeenkomstig de haar gegeven opdracht heeft uitgevoerd, een opdracht die zich beperkte tot een louter opsommen van optredende groepen of personen, is te haren opzichte, geen enkele van de aangevoerde tekortkomingen, overtredingen en inbreuken bewezen.

Het wordt hetzij niet betwist, hetzij op zicht der overgelegde stukken op een dienende en afdoende wijze aangetoond, dat eerste, tweede en derde verweerder inderdaad betrokken zijn in de geplande en aangekondigde exploitatie van een grote danstent achter het zwembad te A., gedurende onafgebroken 5 dagen, nl. vanaf 6 tot en met 10 september 1980, d.i. gedurende de kermis te A.

De exploitatie is gepland als een horeca-exploitatie; trouwens de administratieve vergunning tot het verkopen van gegiste dranken op voormelde plaats, tijdens de voormelde periode, werd gevraagd en verkregen.

De besproken bedrijvigheid, gepland door een aantal, in feitelijke vereniging handelende personen (een vereniging die evenwel geen enkele administratieve erkenning, laat staan enigerlei rechtspersoonlijkheid geniet), impliceert vooreerst de exploitatie van een dranklokaal op privé-terrein, d.w.z. een georganiseerde verkoop waarvoor de betrokkenen noch over een vergunning noch over een leurkaart beschikken.

Daarenboven is de litigieuze activiteit, die zij willen uitoefenen precies en onafgebroken tijdens de kermisdagen, zonder voor die handelsbedrijvigheid in het handelsregister te zijn ingeschreven en zonder aan de verplichtingen ten laste van handelaars te voldoen (o.a. B.T.W.-verplichtingen), een uitgesproken daad van onrechtmatige mededinging vanwege de verweerders ten opzichte van de regelmatig de horeca-bedrijvigheid beoefenende, door aanleggers vertegenwoordigde handelaars.

De publiciteit betreffende die onrechtmatige daad van mededinging is in strijd met artikel 20 Handelspraktijkwet.

Daar niet bewezen is dat de gevraagde publikatie van dit vonnis kan bijdragen tot het staken der aangeklaagde — en te verbieden — daad of van haar nawerking, is de vordering dienaangaande niet gegrond.

(...)

NOOT—Het hierboven afgedrukte vonnis, waartegen geen hoger beroep is ingesteld, verbiedt de exploitatie van een dranklokaal op een privé-terrein gedurende onafgebroken vijf dagen. Het verbod steunt op de volgende vaststellingen: a. de exploitanten hebben geen vergunning noch leurkaart; b. zij zijn niet voor de uit te oefenen bedrijvigheid in het handelsregister ingeschreven; c. zij voldoen niet aan hun B.T.W.-verplichtingen.

Ter zake de volgende opmerkingen:

1. De staking werd bevolen nog vóór met de aangevochten bedrijvigheid een aanvang werd genomen. Hoewel een dergelijke beslissing in een zekere zin indruist tegen het bepaalde in artikel 55 dat zegt dat de rechter de inbreuk vaststelt en er de staking van beveelt, is het standpunt van de rechter toch bij te vallen. Men kan immers de vordering tot staking preventief aanwenden¹ omdat de reclame die

¹ M. GOTZEN, «Preventief aanwenden van de vordering tot staken voor en na het cassatiearrest van 4 juni 1976», R.W., 1976-77,

rond door de wet op de handelspraktijken verboden praktijken gevoerd wordt, onder de toepassing valt van art. 20, 4°, en als zodanig verboden is. Een constante rechtspraak neemt aan dat art. 20, 4°, althans het eerste deel ervan, aldus dient te worden opgevat dat men gelijktijdig de met de wet strijdige handeling en de daarrond gevoerde reclame kan aanvechten².

2. De voorzitter schijnt het niet bezitten van een leurkaart als een overtreding te beschouwen, wellicht ten onrechte want art. 8 van het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 onttrekt aan de reglementering van de ambulante handel, de leurhandel uitgeoefend... naar aanleiding van gelegenheidsinrichtingen die de oprijving van de lokale detailhandel nastreven.

Ook de toevanging op de slijterijen van gegiste dranken is niet van toepassing (art. 18, § 2, laatste lid, van de bij K.B. van 3 april 1953 gecoördineerde wetsbepalingen inzake slijterijen van gegiste dranken).

De voorgenomen activiteit, zijnde het occasioneel exploiteren van een dranklokaal, is dus als reizende verkoop aan te merken. Het is eerder bevreemdend dat deze conclusie niet op duidelijke wijze werd geformuleerd.

3. Het uitoefenen van een handelsactiviteit zonder in het handelsregister te zijn ingeschreven werd door de rechter als handeling strijdig met de eerlijke handelsgebruiken aangemerkt. Formeel wordt hierbij niet verwezen naar art. 54bis omdat de vordering op grond van dit artikel slechts toekomt aan de in art. 57bis aangeduide ministers. De omweg over art. 54bis was bovendien niet nodig. De niet-naleving van een wettelijk voorschrift waardoor partners in het ruilverkeer kunnen worden geschaad is een inbreuk op art. 54 waarvan art. 54bis slechts een illustratie is³.

4. Uit de voorgelegde stukken blijkt niet overduidelijk welke de hoedanigheid van de verweerders was. Het geeft de indruk dat zij geen handelaars zijn en dat elke inschrijving in het handelsregister hun ontbrak.

Was de voorzitter dan wel bevoegd om op grond van art. 55 W.H.P. een stakingsbevel uit te vaardigen? Zo het begrip handelaar dient te worden geïnterpreteerd in de zin daaraan gegeven door het Wetboek van Koophandel, dan moest het antwoord ontkennend luiden. Het is pas wanneer handelaar wordt opgevat in de zin van degene die een daad van koophandel verricht ongeacht of hieruit voor de belanghebbende al dan niet de juridische status van een handelaar resulteert (4), dat de voorzitter zich bevoegd mocht verklaren. Dit aspect is hier aan bod gekomen. Ook de verweerders hebben dit bevoegdheidsprobleem niet opgeworpen.

Prof. P. De Vroede

VREDEGERECHT BRUGGE

3e KANTON — 6 JUNI 1980

Rechter: de h. De Ketelaere

Advocaten: mrs. Lievens en Veramme loco Olivier

Pacht — Opzegging voor eigen gebruik — Veeteelt voor bevoorrading van hotelbedrijf.

Het voornemen vee te kweken ter bevoorrading van een hotelbedrijf kan niet aanvaard worden als een opzegging voor eigen gebruik.

D. en F. t/ D. en Van S.

Met het oog op het onderzoek naar de door eisers gevorderde geldigheid van een door hen aan verweerders, met toepassing van artikel 7, 1°, Pachtwet op 29 september 1978 gegeven opzegging tegen 30 september 1980 «voor eigen gebruik en om zelf over te gaan tot persoonlijke exploitatie» van een weide, groot 81 a 40ca, gelegen te Damme, hebben wij eisers gehoord bij hun persoonlijke verschijning in onze raadkamer op 2 april 1980.

Bij dit verhoor heeft eerste eiser verklaard:

— «Ik exploiteer thans, samen met mijn echtgenote, drie bedrijven, nl. de P.V.B.A. Firma D. (handel in bouwmaterialen), de N.V. D. (fabricage van silextegels) en de V.Z.W. B. (hotel met 84 bedden).

«In de P.V.B.A. en de N.V. ben ik afgevaardigde-beheerder. Het hotel exploiteren wij zelf.

«Wij zijn op het idee gekomen om runderen te kweken omdat dit zo interessant is en voordelig voor de bevoorrading van ons hotel. Men moet immers proberen zo veel mogelijk alles zelf te kweken, anders is het niet meer renderend...

«Aldus hebben wij sinds 1977 een zestal koeien op een weide te Zuienkerke, groot 3 à 4 ha, eigendom van de heer V. Deze dieren mogen er, samen met zijn vee, grazen... Dit brengt niet veel last mee omdat de heer V. zowel mijn koeien als zijn koeien verzorgt».

«Daardoor ben ik op het idee gekomen zelf weiden aan te kopen...

«Wij hebben de bedoeling op deze weide *hetzelfde* te doen als wij nu nog doen te Zuienkerke. Wij zullen er jonge dikbillen op steken, deze vetten en daarna laten slachten door de heer V., deels voor eigen gebruik en deels voor verkoop. Met eigen gebruik bedoel ik natuurlijk het verbruik in het hotel.

«Het zal mij niet moeilijk vallen de nodige zorgen aan deze dieren te besteden, daar ik twee onderhoudsmensen heb van de P.V.B.A. en de N.V., die bereid zijn het te doen. Mijn aankomende zoon, thans aan de landbouwschool, zal zeker ook daarbij behulpzaam kunnen zijn. Als u mij vraagt wie er voor de bemesting zal zorgen, moet ik u antwoorden dat ik niet denk dat er bemesting nodig is. Ik ben trouwens niet goed op de hoogte van landbouwwzaken.

«Ik heb nog geen ziekten gehad onder mijn dieren. Ik veronderstel dat, als dit wel het geval geweest zou zijn, de heer V. het nodige zou hebben gedaan.»

Zijn echtgenote voegde eraan toe dat zij haar man behulpzaam zal zijn in de veeteeltexploitatie wanneer het nodig is.

1793, komt tot dezelfde conclusie maar dan langs de omweg van art. 54 WHP of door art. 18, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek in te roepen.

² P. DE VROEDE, «Wet op de handelspraktijken 14 juli 1971», T.P.R., 1979, 518.

³ Vrz. Kh. Gent, 30 maart 1979, B.R.H., 1979, 495.

⁴ P. DE VROEDE, a.w., 494.

Er zij gepreciseerd dat de heer V., waarvan hierboven sprake, exploitant is van een slachthuis te Brugge.

Op grond van voormelde verklaringen en gegevens, concluderen verweerders tot afwijzing der vordering als ongegrond om de volgende redenen:

Dat het «de bedoeling is van de aanleggers van de exploitatie van een weide in te schakelen in hun handelsbedrijvigheid in het hotelpension», zodat de weide niet hoofdzakelijk bestemd zou zijn voor een landbouwbedrijf doch wel voor een handelsactiviteit (artikel 1 Pachtwet);

dat het nu reeds duidelijk is dat eisers geen daadwerkelijke en dagelijkse leiding van de weide-exploitatie op het oog hebben, en zij trouwens daartoe niet in staat zijn.

Daartegenover stellen eisers:

dat de door hen voorgenomen veeteelt uiteraard gericht is op verkoop, nl. aan de V.Z.W. B., «die tegenover eisers een derde is», zodat het wel een landbouwexploitatie betreft, met het oog op winst;

dat eisers wel daartoe bekwaam zijn, aangezien zij reeds «sinds jaren runderen kweken op de weide van de heer V. te Zuienkerke» en zij trouwens «vooruitziend zijn met het oog op de verdere toekomst van hun zoon, die de Landbouwschool volgt te Torhout en thans 15 jaar oud is».

Opdat een opzegging voor eigen landbouwexploitatie zou gegrond zijn, moet de voorgenomen exploitatie strekken tot hoofdzakelijke aanwending van het onroerend goed als landbouwbedrijf, zij het als nevenberoep, overeenkomstig artikel 1 Pachtwet.

Dit is niet het geval wanneer de voorgenomen veeteelt ingeschakeld wordt in en aldus een onderdeel uitmaakt van een eigen handelszaak, die geen landbouwbedrijf is, zoals bv. bij het gebruik van een weide door een veekoopman of een slachter voor zijn koopmans- of slachtersbedrijf (Eeckloo, *Pacht en Voorkoop*, nr. 19; d'Udekem d'Acoz en Snick, *Het Pachtrecht*, nr. 11; Verhaevert en Buelens, *De toepassingsproblematiek van de pachtwet*, nr. 37), zoals ook in het onderhavig geval waar, naar eigen verklaring van eisers, de veeteelt in hoofdzaak zou geschieden «voor de bevoorrading van ons hotel».

Weliswaar pogen eisers, in hun conclusie, het nu voor te stellen alsof de veeteelt zou geschieden met het oog op verkoping aan de V.Z.W. B. en dus een eigen landbouwexploitatie zou uitmaken.

Hoewel de hotelgebouwen behoren tot het complex van voormelde V.Z.W., erkennen eisers evenwel dat zij zelf ervan de exploitanten zijn: «het hotel exploiteren wij zelf»; «ons hotel»; «voor ons hotelbedrijf is dit des te meer interessant omdat ons cliënteel zo goed als uitsluitend bestaat uit sportbeoefenaars» en deze, naar verklaring van eiser, «tot 6.000 calorieën per dag nodig hebben» ... dus veel behoefte aan vlees!

Eisers hebben alleen de medewerking nodig van de heer V. om de runderen te laten slachten en niet voor verkoop.

Ten overvloede is het bovendien duidelijk dat eisers volledig benomen zijn door hun drie handelsbedrijven, zodat zij, overeenkomstig hun eigen verklaringen, zich niet bemoeien met de koeien die zij nu reeds hebben op de weide van de heer V., en erkennen niet op de hoogte te zijn van een landbouwbedrijf, zodat zij niet in staat zijn tot een werkelijke en persoonlijke exploitatie, zoals vereist in artikelen 9 en 12.5 van de Pachtwet.

De door eisers aangegeven opzeggingsreden is dus noch gegrond noch ernstig, zodat hun vordering dient te worden afgewezen.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Antwerpen (4e Kamer), 24 december 1980

Taalgebruik — In gerechtszaken — Overlegging van stuk in taal die niet de taal van procedure is — Rechten van de partijen — Taak van de rechter.

«Overwegende dat geïntimeerde de betaling van een factuur nr. 1717/75 van 16 april 1975 ten bedrage van 7.500fr. vordert voor een vervoer uitgevoerd van Kortemark naar Mülheim; dat appellante toegeeft dat een verkeerd adres vermeld werd in de opdracht, hetgeen zulk een vertraging meebracht dat de geadresseerde weigerde de vrachtwagen te lossen; dat de chauffeur, die zijn oplegger niet meer voor het weekeinde kon lossen, naar huis is teruggekeerd en dat deze verplaatsingen bijkomende kosten ten belope van 7.500fr. hebben meegebracht; dat appellante aan geïntimeerde verwijt vooraf geen contact te hebben genomen ten einde bijkomende richtlijnen te vragen, maar dat niet bewezen is dat een dergelijk contact enige wijziging zou gebracht hebben in de gang van zaken; dat er tussen partijen een akkoord werd gesloten om deze zaak te regelen door betaling van 7.500fr. door appellante en dat deze overeenkomst vermeld werd in de factuur zonder dat zulks aanleiding gaf tot enig protest vanwege appellante;

«Overwegende dat appellante een telexbericht mededeelt uitgaande van de geadresseerde van de koopwaar waarbij deze bij appellante protesteert tegen de aanrekening van bijkomende kosten, maar dat zulks niet wegneemt enerzijds dat dit protest niet tijdig werd meegedeeld aan de transporteur en anderzijds dat achteraf een akkoord werd bereikt tussen geïntimeerde en appellante;

«Overwegende dat de eerste rechter ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het door appellante overgelegde in het Duits gestelde telexbericht, daar de onkunde van de rechter om een van de andere landstalen te begrijpen geen geldige reden is om de stukken te verwerpen of er geen rekening mee te houden, doch slechts aanleiding tot vertaling van deze bescheiden kan geven.»

(Voorzitter: de h. Blockx — Raadsheren: de hh. Verschueren en Vandeplas — Advocaten: mrs. De Wolf en Van der Stichelen—In de zaak: P.V.B.A. T. t/ P.V.B.A. B.)

NOOT—Zie Cass., 17 december 1976, R.W. 1977-78, 696, en de noot.

Rb. Veurne (1e Kamer), 27 maart 1980

Onrechtmatige daad — Oorzakelijk verband — Wagen niet slotvast achterlaten op een parkeerterrein — Diefstal van wagen — Equivalentieleer — Zware nalatigheid van eigenaar van wagen.

Tweede appellant parkeerde zijn wagen op een parking en naar zijn beweren stelde hij de verdwijning van zijn autosleutels vast op het ogenblik dat hij uit de wagen stapte en de deuren wilde sluiten. Aan de verbalisanten ver-

klaarde hij dat hij de sleutels vermoedelijk verloren had in het voertuig of bij de wagen op de grond tijdens het uitstappen.

's Anderendaags werd hij door geïntimeerde in kennis gesteld van het feit dat de bestuurder van de geparkeerde wagen tegen zijn wagen was gereden, waardoor dit laatste voertuig beschadigd werd. De contactsleutels die verloren waren, werden teruggevonden in het contactslot van de wagen. Er wordt niet betwist dat de schade aan de wagen van geïntimeerde afkomstig is van de wagen van tweede appellant.

De eerste rechter (Vred. Veurne, 17 mei 1979) heeft de vordering tot schadeloosstelling van geïntimeerde niet gegrond verklaard tegenover eerste en derde appellant (W.A.M.-verzekeraar), maar gegrond tegenover tweede appellant en hem veroordeeld om de schade aan de wagen van geïntimeerde te vergoeden, namelijk 9.470fr. in hoofdsom, vermeerderd met de interesten.

Appellant vraagt de vernietiging van het vonnis en bijgevolg de afwijzing van de oorspronkelijke vordering, terwijl geïntimeerde de bevestiging van het vonnis van de eerste rechter vraagt en bij incidenteel beroep vordert dat de eis eveneens gegrond zal worden verklaard tegenover de W.A.M.-verzekeraar.

Deze laatste stelling wordt door de rechtbank aangenomen:

«Tweede appellant, F. B., mocht zijn voertuig niet alleen gelaten hebben zonder de normale vereiste voorzorgen in acht te nemen, ter voorkoming van enig ongeval of verkeerd gebruik. Hij heeft een zware fout begaan die hij zelf toegeeft:

— hij verliest ofwel in zijn voertuig ofwel juist erbuiten zijn sleutels onmiddellijk na het parkeren. Het is bevreemdend dat hij de sleutels niet terugvindt;

— hij laat zijn wagen ongesloten achter en schept aldus de mogelijkheid voor onverschillig wie om met de wagen weg te rijden;

— hij verklaart dat hij van plan was zijn voertuig in de garage te plaatsen. Waarom heeft hij dat niet gedaan niettegenstaande hij over twee andere wagens beschikte om het voertuig in kwestie naar de garage te slepen;

«Overwegende dat, rekening houdend met voornoemde concrete gegevens het bewezen is dat er een noodzakelijk verband bestaat tussen de fout en de schade zodat de eigenaar van de wagen tot schadevergoeding kan en moet worden aangesproken;

«Dat vaststaat dat de schade zonder die fout niet zou zijn ontstaan of nog dat de onbekende bestuurder de wagen niet zou hebben kunnen gebruiken indien hij ofwel gesloten was ofwel in de garage geparkeerd stond quod non in casu;

«Overwegende dat de equivalententieleer of leer van de *conditio sine qua non* de heersende causaliteitsleer is die berust op een dubbele stelling: Opdat iets zou gebeuren moeten er steeds een groot aantal factoren aanwezig zijn, voorwaarden vervuld zijn. Oorzaak is het volledig complex van de antecedenten die noodzakelijk aanwezig moeten zijn, wil het gevolg ontstaan. Die factoren kunnen onderling zeer verschillend zijn maar in één punt zijn zij gelijk, namelijk dat de afwezigheid van elk element, afzonderlijk genomen, het gehele gevolg doet verdwijnen. Ieder element is even noodzakelijk opdat het geheel het gevolg zou verwekken. Dat is de reden waarom iedere *conditio sine qua non* in gelijke zin oorzaak is van het gehele gevolg. Men moet dus niet de hoegrootheid afmeten van de werking van iedere

voorwaarde afzonderlijk. Dit is niet alleen onnodig maar zelfs onjuist om te bepalen of iets noodzakelijke voorwaarde is. Om te weten of iets noodzakelijke voorwaarde is moet men de betwiste factor wegdenken en zich dan afvragen of zonder die factor het gevolg nog zou geweest zijn wat het in feite was;

«Dat, in het kader van voornoemde equivalententieleer, er geen schade zou zijn geweest aan het voertuig van geïntimeerde, indien tweede appellant zijn voertuig had gesloten ofwel in zijn garage had gestald; de onbekend gebleven bestuurder heeft gebruik gemaakt van de zware nalatigheid van de eigenaar van het voertuig;

«Overwegende dat derde appellant, de N.V. G., zich bijgevolg niet kan beroepen op artikel 3, van de wet van 1 juli 1956 op de verplichte verzekering inzake motorrijtuigen en de vordering tegen haar gegrond is (Dalcq, «Examen de jurisprudence, 1968-1972», R.C.J.B., 1974, nr. 97; Fagnart, «Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile 1968-1975», nr. 16; Rb. Antwerpen, 12 januari 1978, R.W., 1977-78, 2809;

«Dat het incidenteel beroep van geïntimeerde gegrond is.»

(Voorzitter: de h. Desplenter—Rechters: de hh. Vandenbulcke en Handschoewerker—Advocaten: mrs. Leper en M. en P. Debra—In de zaak: B. en N.V. G. t/ W.)

Kh. Gent (1e Kamer), 25 januari 1980

Afbetalingsovereenkomst — Boetebeding — Persoonlijke lening op afbetaling — Gerechtelijk akkoord met boedelafstand van de schuldenaar, gehomologeerd door de rechtbank — Bewijs van goede trouw en ongelukkige toestand van de schuldenaar — Verwerping van het boetebeding.

Tussen partijen werd een overeenkomst van persoonlijke lening op afbetaling gesloten; luidens art. 4, tweede lid, van de algemene voorwaarden van dit contract «zullen de ontleners bij iedere tekortkoming een forfaitaire vergoeding van 10% verschuldigd zijn met een minimum van 250fr.».

Uit hoofde van een geaccepteerde en geprotesteerde orderbrief voor een bedrag van 769.980fr. vorderde eiseres de hoofdelijke veroordeling van verweerders (tweede verweester als borg) tot de betaling van het saldobedrag van 692.982fr., vermeerderd met de verwijlsinteresten (512fr.) en de protestkosten (512fr.) en tot betaling van het boetebeding voor een bedrag van 69.298fr.

In de loop van het geding verminderde eiseres haar vordering tot 153.682fr. en vroeg zij enerzijds dat zij voor dit bedrag zou worden opgenomen in het gewoon passief van het inmiddels aan eerste verweerder toegestane en door de rechtbank gehomologeerd gerechtelijk akkoord met boedelafstand, en anderzijds dat tweede verweester als borg tot de betaling van dit bedrag zou worden veroordeeld.

Verweerders betwisten het nog verschuldigd saldo in hoofdsom (84.454fr.) niet, maar doen gelden dat eiseres op het boetebeding geen aanspraak kon maken, omdat het aangevraagd gerechtelijk akkoord door de rechtbank is gehomologeerd.

«In afwijking van art. 1152 B.W. kent art. 19octies, § 2, van de wet van 5 maart 1965 tot regeling van de persoonlijke lening op afbetaling, aan de rechter een soevereine beoor-

delingsmacht toe om de overeengekomen strafbepalingen of schadevergoeding bij niet-uitvoering van de overeenkomst ambtshalve te verminderen of de leners er geheel van te ontslaan indien hij oordeelt dat zij overdreven of onverantwoord zijn.

«Nu, ondanks ongunstig advies van de heer rechter-commissaris, eerste verweerder door de rechtbank niet alleen toegelaten werd na onderzoek van zijn toestand, de procedure van het gerechtelijk akkoord te vervolgen en zijn schuldeisers bijeen te roepen, maar uiteindelijk, en inzonderheid, het akkoord dat hij van zijn schuldeisers verkregen had door de rechtbank gehomologeerd werd, is het bewezen dat de rechtbank aangenomen heeft dat eerste verweerder ongelukkig was en te goeder trouw, essentiële grondvereisten in de huidige staat van de wetgeving opdat hij van het gerechtelijk akkoord, dat een gunstmaatregel is, kan genieten (art. 6 Rgt. besl. 25 september 1946).

«Deze goede trouw en ongelukkige toestand impliceren vanzelfsprekend dat eerste verweerders benarde financiële toestand, die de uiting is van een uitgesproken staat van faillissement, in de hand werd gewerkt door omstandigheden waaraan zijn wil vreemd is gebleven, kortom niet te wijten aan zijn schuld, zijn onbekwaamheid of een zware tekortkoming.

«Derhalve, komt het de rechtbank voor het strafbeding als onverantwoord te moeten verwerpen.

«Daar tweede verweester gedagvaard als borg voor deze persoonlijke lening, in evengemelde hoedanigheid tot niet meer gehouden kan zijn dan eerste verweerder, hoofdschuldenaar, komt de afwijzing van dit strafbeding haar ten goede.»

(Voorzitter: de h. Matthijs—Rechters in handelszaken: de hh. Roegiers en Geerts—Advocaten: mrs. Nuytinck en Aerts—In de zaak: N.V. A. t/ A. en V.).

EUROPEES RECHT

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

Zaak 826/79 — Administratie van de Staatsfinanciën/ S.a.s. *Mediterranea Importazione, Rappresentanze, Esportazione, Commercio (MIRECO)* — (prejudiciële zaak) — *Terugbetaling van het onverschuldigd betaalde* — 10 juli 1980

De Corte Suprema di Cassazione te Italië heeft het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing over de volgende twee vragen verzocht:

a) Moet het — in de lijn van de leidinggevende beginselen van de communautaire rechtsorde betreffende het vrije verkeer van goederen, een goed werkende mededinging, het achterwege laten van fiscale discriminatie, en met name in de lijn van de voorschriften van de artikelen 9, 12, 13, 92, 93 en 95 van het Verdrag, gezien het systeem van de door diezelfde orde gegeven waarborgen, en met name gelet op de artikelen 171, 177 en 189 van het Verdrag en de door die beginselen en regelen beschermde individuele rechtsposities in aanmerking genomen, onvoorwaardelijk

geoorloofd of onvoorwaardelijk verboden dan wel binnen bepaalde grenzen en onder bepaalde voorwaarden geoorloofd worden geacht (maar in dit laatste geval zal moeten worden bepaald welke die grenzen en voorwaarden zijn en welke, communautaire of nationale, rechter bevoegd is vast te stellen of zij in concreto zijn vervuld) dat de nationale rechtsorden, mogelijkerwijze ook op onderling verschillende wijzen, aan de inning bij invoer op grond van eigen rechtsvoorschriften van belastingen welke volgens het gemeenschapsrecht, zoals dat eventueel door de nationale rechter en vervolgens door het Hof van Justitie wordt uitgelegd, verboden zijn, de conclusie verbinden dat de solvens gerechtigd is van de innende staat al het overschuldigd betaalde terug te vorderen, al dan niet met nevenvorderingen?

b) Bij aldien de voorgaande vraag in die zin moet worden beantwoord dat terugvordering niet geoorloofd is, zijn er dan vervangende maatregelen, en, zo ja, welke, die in een geding voor de nationale rechter de bescherming van het recht van de solvens die door de onverschuldigde betaling werd gelaedeerd, kunnen concretiseren en zich met de communautaire rechtsorde verdragen?

Deze vragen zijn gesteld in het kader van gedingen tussen een ondernemer en de Italiaanse administratie van de Staatsfinanciën betreffende terugbetaling van door deze ondernemer tussen 12.12.1964 en 31.12.1973 betaalde sanitaire keuringsrechten bij de invoer van runderen uit derde landen, waarvan niet wordt bestreden dat zij heffingen van gelijke werking als douanerechten vormen.

Uit de motivering van de verwijzingsbeschikking blijkt dat de vragen aan het Hof zijn gesteld om een antwoord te krijgen met gelding voor het geval dat de heffingen in geding gedurende lange tijd vrijwillig en zonder voorbehoud door de betrokken ondernemingen zijn betaald terwijl zij allen en de nationale administratie in de veronderstelling verkeerden dat tegen deze heffingen voor wat hun verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht betreft geen bezwaren bestonden. Eerst later en geleidelijk is de onverenigbaarheid komen vast te staan en wel na de door het Hof van Justitie aan het begrip heffing van gelijke werking als een douanerecht gegeven uitlegging, op grond waarvan het Hof deze hoedanigheid voor het eerst aan sanitaire keuringsrechten heeft toegekend in zijn arrest van 14 december 1972 (zaak 29/72-*Marimex*). Volgens een vaste uitspraak van het Hof brengt het verbod van toepassing van heffingen van gelijke werking als douanerechten vanaf de datum van het van kracht worden van de desbetreffende bepalingen voor de gehele gemeenschap rechtstreekse gevolgen teweeg in de rechtsbetrekkingen tussen de Lid-Staten en hun justitiabelen.

Het aldus uitgelegde voorschrift moet door de rechter zelf worden toegepast op de rechtsbetrekkingen die tot stand zijn gekomen vóór het arrest waarin over het verzoek tot uitlegging uitspraak werd gedaan, indien overigens aan de voorwaarden op grond waarvan een geschil over de toepassing van dit voorschrift voor de bevoegde rechter aanhangig kan worden gemaakt, is voldaan.

Slechts bij uitzondering zal het Hof van Justitie (vgl. arrest van 8.4.1976, zaak 43/75, *Defrenne*) 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 te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, aanleiding kunnen vinden, voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mo-

gelijkheid met een beroep op de aldus uitgelegde bepaling die rechtsbetrekkingen weer in geding te brengen.

Een dergelijke beperking is evenwel slechts aanvaardbaar in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven.

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 nationale, sterk uiteenlopende heffingen moet worden voldaan. Uit de arresten van 16.12.1976 (zaken 33 en 45/76, Rewe en Comet) volgt dat overeenkomstig het in artikel 5 EEG-Verdrag neergelegde samenwerkingsbeginsel het de nationale rechter is die de rechtsbescherming heeft te verzekeren welke voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen.

In antwoord op de gestelde vragen verklaarde het Hof voor recht:

Bij gebreke van gemeenschapsrechtelijke bepalingen betreffende betwisting of terugvordering van nationale heffingen die wegens hun overeenbaarheid met het gemeenschapsrecht onrechtmatig zijn gevorderd of ten onrechte geïnd, is het een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde nationale rechter aan te wijzen en om de voorwaarden te bepalen waaronder de justitiabelen vorderingen in rechte kunnen instellen om de bescherming te verzekeren van de rechten die zij aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, met dien verstande dat deze voorwaarden niet ongunstiger mogen zijn dan die voor gelijksoortige nationale vorderingen en zij in elk geval niet in die richting mogen zijn ingericht dat zij de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk maken.

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 geïnde heffingen door de belastingplichtige onderneming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.

Zaak 811/79 — Administratie van de Staatsfinanciën/ARIETTE S.p.a., Rome — (prejudiciële zaak) — *Terugbetaling van het onverschuldigd betaalde* — 10 juli 1980

Deze zaak vertoont grote gelijkenis met zaak 826/79 Administratie van de Staatsfinanciën/ S.a.s. MIRECO (zie hierboven).

Het Corte di Appello te Turijn heeft het Hof de volgende vraag gesteld: Is met de communautaire regelingen ter verwezenlijking van een stelsel van vrije mededinging binnen de EEG, verenigbaar de restitutie van bedragen, door een Lid-Staat ten laste van een particuliere importeur bij wege van bepaalde invoerrechten geïnd, welke rechten zijn betaald vóórdat zij, op grond van de rechtstreekse werking van de communautaire regelingen inzake het verbod van heffingen van gelijke werking als douanerechten, zijn aangemerkt als heffingen van gelijke werking als douanerechten, en bijgevolg onwettig zijn verklaard?

Deze vraag is gesteld in het kader van het geschil tussen de Italiaanse Administratie van de staatsfinanciën en de firma Ariete betreffende de door deze laatste ingestelde vordering in rechte tot terugbetaling van de statistiekrechten en sanitaire keuringsrechten die tussen 1 februari 1968 en 26 februari 1972 vanwege de invoer van melk uit Frankrijk waren betaald.

In zijn antwoord verklaarde het Hof voor recht: Het is een aangelegenheid van de rechtsorde van elke Lid-Staat om de voorwaarden te bepalen waaronder de belastingplichtigen tegen belastingen die wegens hun onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht ten onrechte zijn geïnd 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. 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 geïnde heffingen door de belastingplichtige onderneming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.

Het instellen van deze vorderingen tot terugbetaling is niet in strijd met de bepalingen van het gemeenschapsrecht betreffende het tot stand brengen van een stelsel dat waarborgt dat de mededinging in de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst.

Zaak 807/79 — Gravina/ Landesversicherungsanstalt Schwaben — (prejudiciële zaak) — *Migrerende werknemers — Wezenrente* — 9 juli 1980

Het Sozialgericht te Augsburg heeft bij beschikking van 25.10.1979, ingekomen ten Hove op 28.11.1979, het Hof twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 78, lid 2, van 's Raads verordening nr. 1408/71 (PB 1971, L 149, blz. 2) betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.

Deze vragen zijn gesteld in het kader van een geschil tussen de wettige kinderen van een Italiaans onderdaan die op 6.7.1973 is overleden in de Bondsrepubliek Duitsland waar hij 141 maanden bijdragen had betaald onder het Duitse invaliditeits- en ouderdomsverzekeringstelsel na voordien 42 maanden onder het Italiaanse stelsel bijdragen te hebben betaald, en het bevoegde Duitse orgaan dat, toen de moeder in mei 1974 met de kinderen naar Italië is verhuisd, uitkering van de wezenrente die hun krachtens de enkele Duitse wetgeving waren toegekend en in de Bondsrepubliek waren uitbetaald toen zij daar nog na het overlijden van hun vader woonden, staakte.

Het orgaan, verweerder in het hoofdgeding, heeft geweigerd de betaling van deze renten voort te zetten toen zij in Italië zijn gaan wonen, op grond dat volgens artikel 78 van verordening nr. 1408/71 het orgaan van de Staat op het grondgebied waarvan de wezen wonen bevoegd is om deze renten toe te kennen.

Voor het Sozialgericht was dit aanleiding om het Hof de volgende vragen te stellen:

1. Wanneer wezen naar een andere Lid-Staat verhuizen, heeft dan artikel 78, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 tot gevolg dat de in een Lid-Staat reeds definitief vastgestelde bijlagen in de zin

van artikel 78, lid 1, van de verordening door het bevoegde orgaan van deze Lid-Staat kunnen worden ingetrokken indien het orgaan van de andere Lid-Staat bevoegd zou zijn geweest wanneer deze bijslagen volgens artikel 78, lid 2, van de verordening thans voor het eerst zouden worden vastgesteld?

2. Is de intrekking eventueel ook dan gerechtvaardigd, wanneer slechts naar nationaal recht aanspraak bestaat op de bijslagen bedoeld in artikel 78, lid 1, van verordening nr. 1408/71?

Deze vragen stellen het probleem van verhuizing van de ene Lid-Staat naar de andere aan de orde. Om dat probleem op te lossen moet de bepaling welke uitlegging wordt gevraagd in verband worden gebracht met artikel 51 EEG-Verdrag dat de Raad verplicht de maatregelen vast te stellen welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers. Het doel van artikel 51 zou niet worden verwezenlijkt, indien de werknemers ten gevolge van de uitoefening van hun recht van vrij verkeer hun sociale zekerheidsvoordelen zouden verliezen die in elk geval door de enkele wetgeving van een Lid-Staat worden gewaarborgd.

Het Hof verklaarde voor recht: artikel 78, lid 2, sub 1, van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 moet in die zin worden uitgelegd dat het recht op uitkeringen ten laste van de Staat op het grondgebied waarvan de wees aan wie zij zijn toegekend, woont, het recht op hogere uitkeringen dan voordien is verkregen op grond van de enkele wetgeving van een andere Lid-Staat niet doet tenietgaan. Wanneer het bedrag van de in de Lid-Staat van woonplaats werkelijk ontvangen uitkeringen lager is dan dat van de bij de enkele wetgeving van de andere Lid-Staat voorziene uitkeringen, heeft de wees ten laste van het bevoegde orgaan van deze laatste staat recht op aanvullende uitkeringen gelijk aan het verschil tussen beide bedragen.

Zaak 798/79 — Hauptzollamt Köln-Rheinau/ Chem-Tec (prejudicieel) — *Gemeenschappelijk douanetarief — Ademhalingstoestellen* — 11 juli 1980

Het Bundesfinanzhof heeft het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de uitdrukking «ademhalingstoestellen van alle soorten (gasmaskers daaronder begrepen)» in de zin van post 90.18 van het gemeenschappelijk douanetarief.

Deze vraag is gerezen in het kader van een geschil over de indeling van een partij van 8500 filtermaskers uit de Verenigde Staten die op 29 juni 1972 door het bevoegde Zollamt Köln-Rheinauhafen voor rekening van de onderneming Chem-Tec zijn ingeklaard. In eerste instantie had het Zollamt het goed ingedeeld onder tariefpost 90.18:

«Toestellen voor mechanische therapie en voor massage; toestellen voor psychotechniek; toestellen voor ozontherapie, voor oxygeentherapie, voor kunstmatige ademhaling of voor aerosoltherapie en andere ademhalingstoestellen van alle soorten (gasmaskers daaronder begrepen).»

Bij wijzigingsadvies van 8 augustus 1973 deelde het Zollamt de maskers in onder tariefpost 59.03:

«Gebonden textielvlies, alsmede artikelen daarvan, ook indien geïmpregneerd of met een deklaag».

en vorderde van Chem-Tec DM 1.517,20 aan douanerechten, aangezien deze hoger zijn voor goederen onder post 59.03 dan voor die onder post 90.18.

Nadat haar bezwaarschrift tegen het advies tot wijziging van de indeling was verworpen, stelde Chem-Tec beroep in bij het Finanzgericht te Düsseldorf dat haar in het gelijk stelde, overwegende dat de tariefindeling werd bepaald door de functie van de maskers, zodat tariefpost 90.18 correct was. Het Hauptzollamt Köln-Rheinau heeft voor het Bundesfinanzhof beroep in cassatie («Revision») ingesteld tegen het vonnis van het Finanzgericht.

De prejudiciële vraag van het Bundesfinanzhof luidt aldus:

«Moet het begrip 'ademhalingstoestellen van alle soorten (gasmaskers daaronder begrepen)' als bedoeld in post 90.18 van het gemeenschappelijk douanetarief, aldus worden verstaan, dat daaronder ook vallen eenvoudige filtermaskers, die enkel mond en neus bedekken, bescherming moeten bieden tegen giftige chemicaliën, stof, rook en damp, en voor eenmalig gebruik zijn bestemd?»

In antwoord op de vraag van het Bundesfinanzhof verklaarde het Hof voor recht:

De uitdrukking «ademhalingstoestellen van alle soorten (gasmaskers daaronder begrepen)» als bedoeld in tariefpost 90.18 van het gemeenschappelijk douanetarief moet aldus worden uitgelegd dat daaronder ook vallen eenvoudige filtermaskers, die enkel mond en neus bedekken, bescherming bieden tegen giftige chemicaliën, rook en damp, en voor eenmalig gebruik zijn bestemd.

BERICHTEN

Recyclage-studienamiddag over Vennootschapsrecht te Diepenbeek

De redactieraad van Limburgs Rechtsleven, de Raden van Orde van de Balies van Hasselt en Tongeren, organiseren in samenwerking met het Postuniversitair Centrum een recyclage-studienamiddag op de campus van het limburgs universitair centrum op vrijdag 20 maart 1981 over vennootschapsrecht.

De onderwerpen en de aansprakelijkheid van beheerders en commissarissen in het vennootschapsrecht worden ingeleid door dhr. B. Van Bruysegem, assistent K.U.L.

English For Lawyers

Te Cambridge (Jesus College) vinden van 29 maart t/m 11 april, van 19 juli t/m 1 augustus en van 13 september t/m 26 september 1981 de "Cambridge Seminars English for lawyers" plaats.

Inlichtingen: The director of administration Cambridge Seminars, 2-4 Hawthorn Way, Cambridge CB4 1 BG, Great Britain (tel. Cambridge (0223) 355440).

Leyden - Amsterdam - Columbia Summer Program in American Law

Al bijna twintig jaar organiseert de Columbia University Law School met de medewerking van de universiteiten van Amsterdam en Leiden een zomerprogramma voor buitenlandse studenten en juristen, die nader kennis willen maken met het rechtssysteem van de U.S.A.

De cursussen worden gegeven door leden van de rechtsfaculteit van de Columbia University, waaronder de professoren A.J. Rosenthal, W.F. Young, T. Taylor, G.A. Bermann en K.E. Parker.

Inlichtingen bij W. Levie, Universiteit van Amsterdam, Juridisch Instituut, Oudezijds Achterburgwal 217-219, 1012 DL Amsterdam.