

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

HOF VAN CASSATIE EN IDEAAL OPPERSTE GERECHTSHOF*

I. Het Hof van Cassatie in België

A. Oorsprong en evolutie

Het Hof vindt zijn oorsprong in het «Tribunal de Cassation», in 1790 opgericht als reactie tegen de uitvoerende macht, de Koninklijke macht. Meteen werd de scheiding der machten ingevoerd, doch met een dubbel wantrouwen ten opzichte van het Opperste Gerechtshof, namelijk

- a) het verbod zelf in de beoordeling van de zaak te treden, wat een vermindering van macht moest betekenen;
- b) de verplichting, na twee cassaties, de zaak naar de wetgevende macht te verwijzen.

In 1865 kwam daarentegen een teken van vertrouwen: na een tweede cassatie op een zelfde rechtsvraag, is de feitenrechter gebonden door de beslissing van het Hof van Cassatie over de rechtskwestie, zonder verwijzing naar de wetgevende macht.

Doch de recente wetten van 3 juli 1971 en van 8 augustus 1980 gaan een andere richting in. Zij betreffen de conflicten tussen wet en decreet of tussen decreten, zijnde de beslissingen die uitgaan van de cultuurraden, gewestraden of gemeenschapsraden. Wanneer een dergelijk conflict zich in een bij het gerecht aanhangige zaak voordoet, wordt de hoven en rechtbanken opgelegd de zaak naar het Parlement te verwijzen, om de opgeworpen rechtsvraag door de Wetgevende Kamers te laten beantwoorden.

In het systeem van de wet van 3 juli 1971 wordt deze inmenging van de wetgevende macht voorafgegaan door een regelingsarrest van de Raad van State (afdeling bevoegdheidsconflicten, in 1971 opgericht) en door een advies van de Ministerraad. Wanneer het conflict voor het Hof van Cassatie oprees, kon dit Hof de zaak rechtstreeks aan het Parlement onderwerpen, zonder tussenkomst van de Raad van State.

In het stelsel van de wet van 8 augustus 1980 wordt de inmenging van de wetgevende macht in een voor het ge-

recht aanhangige zaak behouden doch met twee beperkte wijzigingen: volgens de wet van 3 juli 1971 kon het Hof van Cassatie geen beslissing vellen en was het verplicht de zaak voor een prejudiciële uitspraak naar het Parlement te verwijzen; in het stelsel van de wet van 8 augustus 1980 kan het Hof van Cassatie uitspraak doen doch zijn beslissing kan door de Wetgevende Kamers vernietigd worden; tevens komt in laatst vermeld systeem het advies van de Ministerraad niet meer voor, doch vermoedelijk zal de regering zijn advies tijdens de debatten voor het Parlement laten gelden.

B. Enkele bedenkingen

a) Deze inmenging van de wetgevende en van de uitvoerende macht in een bij het gerecht aanhangige zaak druist in tegen het grondbeginsel van de scheiding der machten, een van de fundamentele regelen van onze Grondwet. «Een uitermate verwerpelijk systeem, een aanfluiting van de meest elementaire beginselen van behoorlijke rechtsbedeling», zo werd die wetgeving door senator professor De Meyer gekwalificeerd (*Parl. Handel., Senaat*, 7 augustus 1980, blz. 2948) en door een ander lid van de Senaat, professor Storme, werd het systeem, waarbij men een beslissing van de rechterlijke macht door het Parlement laat vernietigen, formeel in strijd verklaard «met de ongeschreven basisregelen van heel ons staatsbestel en meer bepaald met de grondregel van de scheiding der machten. Individuele gevallen kunnen aldus gemanipuleerd worden door wetten of decreten te wijzigen op het ogenblik dat zij moeten beslecht worden.» Terloops werd op de krenking van de regels van het logistieke gewezen doordat een procedure-vraag met betrekking tot het Hof van Cassatie in de gecoördineerde wetten op de Raad van State geregeld wordt (*Parl. Handel., Senaat*, 1980, blz. 2956).

b) De vraag kan bovendien met professor A. Vanwelkenhuyzen (zie «Les conflits entre loi et décret et entre décrets», *J.T.*, 1980, 613-614) worden gesteld of de aan de wetgever door de Constituante gegeven opdracht, respectievelijk bij de artikelen 59bis en de overgangsbepaling na artikel 107ter van de Grondwet, tot regeling van de procedure in geval van conflict tussen wet en decreet of tussen decreten, wel de macht omvatte om afbreuk te

* J. Rutsaert is emeritus eerste voorzitter van het Hof van Cassatie. Hij werkte mee aan de in 1978 door prof. A. Tunc ingestelde enquête naar «La Cour suprême judiciaire», waarvan de uitkomsten in de «Revue internationale de droit comparé», 1978, werden gepubliceerd.

doen aan de artikelen 30, 92 en 107 van de Grondwet die niet aan herziening werden onderworpen en die de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken bepalen, namelijk de uitoefening door hen van de rechterlijke macht (art. 30), de beslechting van geschillen over burgerlijke rechten (art. 92), de toepassing van besluiten en verordeningen, alleen in zover zij met de wetten overeenstemmen (art. 107), welke laatste bepaling door een recente rechtsleer, niet a contrario, doch op een uitbreidende wijze uitgelegd wordt, met dien verstande dat zij de weerspiegeling zou zijn van een algemeen beginsel naar luid waarvan de rechter een rechtsregel slechts kan toepassen in zover hij niet met een rechtsregel van een hogere rang strijdig is (zie Vanwelkenhuyzen, *J.T.*, 1980, 613, en noot 48).

Een opdracht tot procedure-regeling kan, vermoedelijk, de macht niet omvatten om aan de rechtbanken hun grondwettelijke bevoegdheid te onttrekken, ze onder voogdij te stellen van het Parlement en het grondwettelijk principe van de scheiding der machten te miskennen.

c) Hun karakter van regeling voor een overgangstijdsperk neemt de ongrondwettigheid van de wetten van 3 juli 1971 en 8 augustus 1980 niet weg; alleen vloeit daaruit voort dat het gaat om een tijdelijke ongrondwettigheid.

Indien men op het eerste gezicht geneigd is te denken dat de noodlottige gevolgen van voormelde wetten ten opzichte van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht tot hiertoe zijn uitgebleven is het wellicht, o.m., hieraan te wijten dat tot hiertoe geen beslissing door het Parlement blijkt te zijn getroffen in de enige door het Hof van Cassatie sedert meer dan een jaar bij de Kamers aanhangig gemaakte zaak (zie Cass., 11 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 299, en *J.T.*, 1979, 642).

Het optreden van het Parlement, zo verklaart men, maakt geen jurisdictionele handeling uit, doch een eenvoudige regeling van de interpretatie van wetteksten, wat begrijpelijk zou zijn aangezien alleen de wetgevende macht, luidens artikel 28 van de Grondwet, een authentieke uitlegging van de wetten geven kan.

De benaming «regelingsarrest» die aan de beslissing van de Raad van State, en «regeling» die aan de tussenkomst van het Parlement gegeven wordt, ontnemt geenszins aan het optreden van Raad van State en Parlement het karakter van onrechtmatige toeëigening van een domein — geschillen over burgerlijke rechten — hetwelk bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoort. Dit optreden in een bij het gerecht aanhangige zaak om een van de erin opgeworpen rechtskwesties te beantwoorden is in strijd met de artikelen 30 en 92 van de Grondwet die door de verklaringen van herziening van de Grondwet van februari-maart 1968 niet bedoeld werden (zie deswege prof. A. Vanwelkenhuyzen, *J.T.*, 1980, 613-614; cf. ook proc.-gen. Ganshof van der Meersch, *Réflexions sur la Révision de la Constitution*, 1972, blz. 79). Een geval zoals dat van bovenvermeld arrest van 11 juni 1979 stelt bijzonder in het licht welke beslissende invloed een dergelijke onttrekking aan de hoven en rechtbanken van hun grondwettelijke macht kan uitoefenen op de oplossing van een aanhangig geschil. De geldigheid van een gedane opzegging werd er afhankelijk gemaakt van de door een onderneming in de betrekkingen met haar personeel gebruikte taal. Bepalen of wet ofwel decreet bevoegd was om de betrokken regeling op taalgebied te treffen kan de beslissing van het geding afdwingen.

d) Wanneer aldus een rechterlijke beslissing door de

uitvoerende en de wetgevende macht wordt opgedrongen, al bestempelt men hun tussenkomst met de naam van regeling, blijkt een dergelijke regeling bovendien onverenigbaar met de bepalingen van het Verdrag van Rome, van 4 november 1950, goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955, tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Wanneer het Parlement zich aldus met een gerechtszaak bemoeit, gaat het niet enkel, zoals dadelijk wordt aangevoeld, om een geding tussen partijen doch meteen om een conflict tussen wetgevende organen. In een dergelijk geding is het Parlement, dat de rechtbank de eindbeslissing zal opdringen, tegelijk rechter en belanghebbende partij. Hetzelfde geldt in geval van conflict tussen decreten, in zover degenen die ze hebben aangenomen, lid zijn van het Parlement. Kan dit Parlement, in een zaak waarin burgerlijke rechten betrokken zijn of in een strafzaak, dan nog als de onafhankelijke en onpartijdige instantie beschouwd worden, waarop de partijen luidens artikel 6 van voormelde Conventie recht hebben? (zie De Meyer, bij de bespreking van de wettekst van 8 augustus 1980, *Parl. Handel.*, *Senaat*, 28 juli 1980, blz. 2648, en Vanwelkenhuyzen, *J.T.*, 1980, 614 e.v.).

Dit kan met des te meer kracht onderstreept worden daar de beslissing van het Parlement niet behoeft te worden gemotiveerd ofwel door politieke beschouwingen ingegeven kan zijn. (Zie Ganshof van der Meersch, *Réflexions sur la Révision de la Constitution*, rede, 1972, blz. 67)

Over andere door de rechtsleer opgeworpen onverenigbaarheden met het Verdrag van Rome zullen wij niet uitweiden, in zover, volgens artikel 6 van deze Conventie, elkeen op een eerlijke en, in principe, openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn recht heeft. De procedure bij voormelde wetten van 1971 en 1980 is met een dergelijk begrip bezwaarlijk overeen te brengen, wanneer de partijen niet in de mogelijkheid verkeren zich voor het Parlement te verdedigen of er hun rechten te doen gelden en wanneer de aanzienlijke vertraging in aanmerking genomen wordt welke bedoelde procedure veroorzaakt.

e) Volledigheidshalve moet, met het oog op de rechtsbedeling in deze tijd, de nadruk gelegd worden op een rechtsprobleem waarop door procureur-generaal Dumon gewezen werd (*J.T.*, 1980, 507) in verband met de samenstelling van het «Arbitragehof» hetwelk bestemd is om, o.m., bij wijze van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over strijdigheid tussen wet en decreet of tussen decreten, of betreffende bevoegdheidsoverschrijding (art. 28, § 1, van het wetsontwerp nr. 435, *Parl. Besch.*, *Senaat*, zittijd 1979-80).

Reeds bij de oprichting van de «conflictenafdeling» van de Raad van State, had men, in de voorbereidende werken van de wet van 3 juli 1971, de beweerdde noodzakelijkheid onderstreept deze afdeling gedeeltelijk samen te stellen uit bijzitters die op de hoogte van de politiek zouden zijn (*Parl. Besch.*, *Senaat*, zittijd 1970-1971, nr. 469, blz. 15).

Welnu in een rechterlijk geding de vraag beantwoorden wie van beide, wet of decreet, zijn bevoegdheid overschreden heeft, moet aan politieke bedoelingen vreemd blijven; het bepalen van hun respectieve bevoegdheid is geen politieke doch een gerechtelijke taak. Ten onrechte vreest men het beleid van de rechter; de rechters voeren geen bewind: zij passen de wet toe en dan nog alleen per afzonderlijk geval, aangezien steeds op een rechtspraak kan te-

ruggekomen worden.

Een rechtscollege dat bestemd is tot het beantwoorden van een rechtsvraag in de loop van en met betrekking tot het beslechten van een geding moet uit rechters, niet uit staatslieden of politici, samengesteld zijn (zie desbetreffend Dumon, *J.T.*, 1980, blz. 508, alsook *Ontwerpen voor hervorming en jurisdictionele functie*, 1977, blz. 117-119). Begrijpelijkerwijze hebben dan ook de senatoren Storme en De Meyer de idee geopperd de bevoegdheden van het Arbitragehof niet aan een nieuw op te richten rechtscollege, doch aan bestaande rechtscolleges of aan het Hof van Cassatie toe te vertrouwen (*Parl. Hand.*, *Senaat*, 28 juli 1980, blz. 2649 en 2648).

C. Taak van het Hof van Cassatie

Na dit overzicht van enkele gevaren die de rechterlijke macht bedreigen, komen wij terug tot de taak van het Hof van Cassatie.

1) Het Hof oefent toezicht uit over de juiste toepassing van de wet. Het treedt niet in de beoordeling van de zaak: het is geen derde instantie. In andere landen is de toestand verschillend, namelijk in Groot-Brittannië, Nederland, Zwitserland, Duitsland.

2) Het Hof is, in principe, onbevoegd om zelf de feiten vast te stellen, het neemt ze over zoals zij door de feiten-rechter zijn geconstateerd. Uitzonderlijke gevallen doen zich nochtans voor, zoals het vaststellen door het Hof van de verjaring. Het geformuleerde principe belet geenszins de controle door het Hof van de redenering van de rechter: doch dit is een andere vraag.

3) De rechtspraak van het Hof is geëvolueerd wat de controle van de toepassing van het vreemde recht betreft. Destijds werd de vreemde wet als een feit beschouwd, waarvan de beoordeling aan de feitenrechter werd overgelaten, zodat het Hof zich onbevoegd achtte om te oordelen of een vreemde wet of buitenlands recht geschonden werd. Deze zienswijze was wellicht toe te schrijven aan de bestaande moeilijkheid om op de hoogte van het buitenlandse recht te worden gesteld.

Deze zienswijze was, theoretisch, bezwaarlijk te rechtvaardigen. Vreemde wetten zijn geen feiten doch rechtsnormen. Het zou geen zin hebben met het buitenlandse recht slechts rekening te houden voor zoveel de rechtbank erover door de partijen gedocumenteerd zou zijn. Daarom dan ook neemt het Hof van Cassatie, sedert een arrest van 15 december 1966 (*Arr. Cass.*, 1967, 479, met conclusie Mahaux, Hayoit de Termicourt, La Cour de Cassation et la loi étrangère, openingsrede 1962, blz. 28), de controle op zich van de juiste toepassing van de vreemde wet.

4) Deze wijziging van de rechtspraak werd kort nadien, namelijk in 1971, gevolgd door een andere zeer belangrijke evolutie van de rechtspraak van het Hof van Cassatie in verband met de toepassing van internationale verdragen.

Een arrest van 27 mei 1971 (*Pas.*, 1971, I, 886, met conclusie van proc.-gen. Ganshof van der Meersch) heeft het principe gehuldigd van de voorrang, in geval van conflict tussen een interne wet en een verdrag, van de regel of de norm van conventioneel internationaal recht, dus van het verdrag, boven de interne wet, wanneer het om een internationale norm gaat die in interne rechtsorde een directe uitwerking heeft, d.i. een norm die niet enkel de Staten verbindt doch tevens voor de burgers rechten en verplichtingen rechtstreeks doet ontstaan.

Zo werd in 1971 een wet strijdig verklaard met het E.E.G.-Verdrag.

5) Welke is de houding van de rechtspraak, meer bepaald van het Hof van Cassatie, ten aanzien van de controle van de grondwettigheid van de wetten? Op deze vraag heeft het Hof tot hertoe geen bevestigend antwoord gegeven: herhaaldelijk heeft het zich onbevoegd verklaard om de grondwettigheid van de wetten na te gaan. Het ging steeds om een principiële verklaring zonder redengeving, die tot 1849 (*Cass.*, 23 juli 1849, *Pas.*, 443) teruggaat. Mogelijk is deze rechtspraak te wijten aan de omstandigheid dat zes leden van het Hof van Cassatie en van zijn parket-generaal lid geweest waren van het Nationaal Congres (zie concl. Hayoit de Termicourt in *Pas.*, 1928, II, 206, en het advies van adv.-gen. Gesché in *Pas.*, 1928, I, 115, al. 1 en 2).

Doch in de laatste jaren hebben procureur-generaal Ganshof van der Meersch (zie conclusie voor *Cass.*, 3 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 967 e.v., cf. o.m. blz. 980-981; cf. ook Vanwelkenhuyzen, *J.T.*, 1974, 577 e.v. en 607) en procureur-generaal Dumon (zie rede van 3 september 1979 over de Rechtsstaat, blz. 13) zich niettemin uitgesproken in de zin van de bevoegdheid van het Hof, zonder daarin een aantasting te zien van de attributies van de wetgevende macht. Een dergelijke zienswijze werd o.m. beïnvloed door het tot stand komen, in de structuren van het land, van een aantal nieuwe normen en wetgevende organen, alsook, wellicht, doordat de wet als zodanig, niet meer zo onaantastbaar voorkomt, nu zij ongeldig kan worden verklaard als in strijd met een gesloten verdrag.

Afgezien van de vraag of het Nationaal Congres in 1831 aan de hoven en rechtbanken de macht heeft gegeven controle over de grondwettigheid van de wetten uit te oefenen en afgezien van de huidige oriëntering van de Constituante, blijkt, op zuiver doctrinaal gebied, het nagaan van de hiërarchie van de toe te passen rechtsnormen theoretisch tot de bevoegdheid van de rechter te moeten behoren. Evenals reglement en besluit slechts toepasselijk zijn in zover zij met de wet overeenstemmen, evenals het internationaal verdrag op de wet de voorrang heeft, zo staat theoretisch de Grondwet boven de wet in geval van conflict tussen beide (zie de strekking van de rechtsleer om artikel 107 van de Grondwet niet a contrario, doch extensief uit te leggen, cf. A. Vanwelkenhuyzen, *J.T.*, 1980, 613, en noot 48).

Zuiver theoretisch zou de vaststelling ervan tot het domein van de jurisdictie van de rechter moeten behoren. «In geschillen die burgerlijke rechten en, in principe, politieke rechten tot voorwerp hebben, welke luidens de artikelen 92 en 93 van de Grondwet tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoren, moeten deze laatste, verklaart professor Moureau, emeritus voorzitter van de Raad van State, (*Administration publique, Revue de droit public et des sciences administratives*, 1976, Bd. I, blz. 19-20), aan de grondwettelijke regel de voorrang toekennen en dientengevolge de grondwettelijke wet afwijzen.

Er is geen wettekst noch ontwerp van wettekst ten onzent voorhanden waarbij een algemene controle van de grondwettigheid van wet en decreet geregeld zou zijn, om de voorrang van de Grondwet te waarborgen. Wat de meergemelde wetten van 1971 en 1980 betreft, blijken de meningen verdeeld te zijn nopens de vraag of, bij de regeling van conflict tussen wet en decreet, de voorgeschreven procedure de toetsing omvat van wet of decreet aan de

Grondwet, althans aan art. 59bis van de Grondwet, waarin materies opgesomd worden die voor regeling bij decreet vatbaar zijn (zie in positieve zin, A. Vanwelkenhuyzen, *J.T.*, 1980, 611; anders: Dumon, *Quo vadimus*, rede van 1980, blz. 27).

In elk geval gaat het hier niet om een hiërarchie-regeling van rechtsnormen doch om een eventuele bepaling van bevoegdheidsoverschrijding (Vanwelkenhuyzen, *loc. cit.*).

6) *Het gezag van de arresten van het Hof van Cassatie*. Deze arresten hebben hoofdzakelijk een moreel gezag. Al worden zij, in het algemeen, praktisch door de hoven en rechtbanken gevolgd, toch zijn zij niet bindend voor de verwijzingsrechter die volledig vrij blijft, behalve in één geval: wanneer, bij een tweede cassatie, de nieuwe beslissing van de verwijzingsrechter op dezelfde gronden als bij de eerste cassatie vernietigd wordt (art. 1120 van het Grondwettelijk Wetboek, wet van 7 juli 1865).

Het Hof van Cassatie zelf is door zijn eigen rechtspraak niet gebonden; het kan er steeds op terugkomen. In feite doet zulks zich zelden voor. Procureur-generaal P. Leclercq (*Pas.*, 1928, I, 64 en 65) geeft als redenen op, die een wijziging van rechtspraak kunnen rechtvaardigen: het niet verwezenlijken van de «gerechtelijke vrede» door de bestaande rechtspraak; het vereis van de herziening of aanpassing van rechtsregels door de wijziging van de levensomstandigheden, hoewel het Hof geenszins bevoegd is om de wet te wijzigen. Een geval van koersomkering van de rechtspraak is het beschouwen geweest van de vreemde wet, niet als een feit, doch als een rechtsnorm.

Doordat het Hof van Cassatie er is om eenvormigheid en stabiliteit bij de interpretatie van de wet te verzekeren, doen zich wijzigingen van de rechtspraak van het Hof zeer zelden voor.

II. Het ideale Opperste Gerechtshof

A. De verschillende systemen

Men kan zich een driedubbel type van Opperste Gerechtshof inbeelden:

1) Het Belgische, Franse, Italiaanse type: het Hof houdt toezicht over de naleving van de wet doch zonder zelf in de beoordeling van de zaken te treden; het is geen derde instantie, het moet, bij cassatie, de zaak naar een andere rechter verwijzen.

2) Een tweede opvatting is die van het «Hogerhuis» in Groot-Brittannië, met volledige rechtsmacht: het is het Opperste Hof van Beroep van het Koninkrijk.

Om zich te voorzien is een machtiging nodig hetzij van het hof van beroep dat uitspraak deed, hetzij van het Hogerhuis zelf. Die machtiging wordt slechts verleend indien een belangrijk rechtsprobleem op het spel staat ofwel een zware procedure-onregelmatigheid werd begaan. Zo nam het Hogerhuis in 1976 kennis van 13 zaken op burgerlijk gebied en van 6 strafzaken (*Rev.dr.internat.comparé*, 1978, 89-90).

Gemiddeld worden 45 arresten per jaar verleend (Dumon, *Quo vadimus*, 1980, blz. 40, nr. 14). De Verenigde Staten, Canada en Japan werden door dit type van Opperste Gerechtshof beïnvloed.

3) Een derde regeling is die van het Duitse, Zwitserse en Nederlandse procesrecht: in deze landen kan het Opperste Gerechtshof in de beoordeling van de zaak treden,

indien deze in staat is om gewezen te worden, indien geen nieuw feitenonderzoek nodig is en het ten slotte om een zuivere rechtskwestie gaat.

Het Duitse systeem is in werkelijkheid een gemengd stelsel, met mogelijke verwijzing naar een ander gerecht en tevens een zekere gelijkenis met het Engelse systeem: om zich te voorzien wordt een machtiging vereist van het hof van beroep of van het Revisionsgericht. Bij het verlenen van de machtiging een onderscheid gemaakt, naar gelang van het belang van de zaak of de ontstentenis van kans op inwilliging van de «Revision» (zie desbetreffend Dumon, *op. cit.*, blz. 48 e.v. en bijlage 6).

De verwerpingsbeslissing is in algemene regel niet gemotiveerd. In 1976 werden in Duitsland op 2.333 beslissingen er 787 gemotiveerd (*Rev.dr.internat.comparé*, 1978, «La Cour Judiciaire Suprême», blz. 319).

B. Kritische beschouwingen

Naar aanleiding van een zeer briljante studie van vergelijkend recht in de *Revue internationale de droit comparé*, 1978, geeft professor Tunc de voorkeur aan het Engelse systeem: een Opperste Gerechtshof waarbij, na machtiging, alleen rechtsvragen van belang voor de oriëntering van het recht, of zware te herstellen ongerechtigheden aanhangig worden gemaakt, met beslissing door het Hof over de zaak zelf, behalve wanneer zich een nieuw onderzoek opdringt, in welk geval de zaak naar dezelfde rechter (de eerste rechter) zou verwezen worden (*op. cit.*, blz. 435 en 443).

Wat daarover gedacht?

1) De essentiële opdracht van een Opperste Gerechtshof bestaat in de controle van de juiste toepassing van de wet door de andere gerechten en het aldus verzekeren van de eenheid en de stabiliteit in de interpretatie ervan. Wanneer men, uit dit standpunt, ermee rekening houdt dat in ons land ongeveer de helft van de bij het Hof aanhangig gemaakte sociale zaken, een vierde van de burgerlijke en een zesde van de fiscale en strafzaken tot een gehele of gedeeltelijke vernietiging aanleiding geven (zie Rutsaert en Meeùs, «La Cour de Cassation de Belgique», *Rev. internat. de droit comparé*, 1978, 271), blijkt het niet mogelijk de taak van het Hof tot het zeer beperkt Engelse toezicht (ongeveer 45 arresten per jaar) te reduceren. Op die manier worden eenheid en stabiliteit bij de interpretatie van de wet niet gewaarborgd.

2) Ook moet in zekere mate met bestaande toestanden en tradities rekening gehouden worden. Het afleggen, door het Hof, van reglementaire verklaringen tot voorlichting van de andere gerechten, zoals in Polen of in Sovjet-Rusland, zou ten onzent strijdig voorkomen met de scheiding der machten en met de onafhankelijkheid van de rechters. Het Hof van Cassatie mag geen regelingsarresten vellen; het mag geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking (art. 6 van het Grondwettelijk Wetboek). Het spreekt slechts, per afzonderlijk geval, arresten uit, zonder bindend karakter.

3) Het belasten van het Hof met de modernisering van het recht, naar het voorstel van professor Tunc, biedt het groot gevaar het domein van de wetgever te betreden. Wel beschikken de rechters over een zeker creativiteitsvermogen, aangezien zij niet mogen weigeren recht te spreken, zelfs niet onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet (art. 5 Ge-

rechtelijk Wetboek). Doch deze creativiteit beweegt zich, voor zover als nodig om uitspraak te doen, binnen de perken van hun bevoegdheid.

4) Evenmin kan men professor Tunc volgen waar hij het Opperste Gerechtshof ertoe aanzet aan de rechtsregel een breder domein toe te kennen dan door de behandeling van de aanhangig gemaakte zaak vereist wordt, al kan het Hof later ertoe gebracht worden op de geuite mening terug te komen (Tunc, *Rev. internat. dr. comparé*, 1978, 468).

Dit is een abstracte visie, die met de werkelijkheid geen rekening houdt. Het Opperste Gerechtshof is geen rechts-academie (cf. proc.-gen. P. Leclercq, *Pas.*, 1928, I, 64). Afgezien van de rechtsregel van de beperking van de bevoegdheid van het Hof tot de bij de voorziening aanhangig gemaakte rechtsvraag, is het steeds gevaarlijk een principe of een regel voorop te stellen, wanneer men niet door een debat tussen partijen is voorgelicht. Op een gegeven theorie terugkomen is steeds schadelijk voor de stabiliteit van de rechtspraak en bijgevolg voor de rechtszekerheid van de rechtsonderhorigen.

5) Ten slotte, indien men, in een selectie-systeem, cassatieberoep afhankelijk maakt van het belang van de opgeworpen rechtsvraag of van de zwaarwichtigheid van de te herstellen ongerechtigdheid, ziet men niet goed in, naar welk criterium het onderscheid, de selectie, moet worden gedaan om zich niet aan willekeur of aan misbruiken bloot te stellen.

C. Aan te wenden middelen tot behoud van de bestaande opvatting van de rol van het Hof van Cassatie

De Belgische cassatieregeling blijkt derhalve, althans wat ons land betreft, de meest bevredigende oplossing te zijn. Enkel kan men zich afvragen of het Hof, materieel, aan zijn opdracht kan blijven voldoen. Daar is het werkelijk probleem gelegen, gezien de verhoging van het aantal gerechtszaken. Hieruit blijkt reeds de noodzakelijkheid voor het Hof niet in de beoordeling van de zaken zelf te treden: niet zozeer om een principiële, als wel om een praktische reden moet de regel van artikel 95 van de Grondwet behouden worden.

1) De wellicht voornaamste maatregel, om het Hof het vervullen van zijn taak verder mogelijk te maken, is de inrichting binnen het kader van het Hof, van een rekweskamer, uit een beperkt aantal leden samengesteld, tot afwijzing, mits met een summier motivering, van niet-ontvankelijke of klaarblijkelijk ongegronde voorzieningen, zoals b.v. die welke niet in rechte doch slechts in feite gemotiveerd zijn, de bestreden beslissing verkeerd interpreteren, tegen vonnissen zijn ingesteld die door de door de feitenrechter gedane vaststellingen gemotiveerd zijn, of voorzieningen welke tegen een vaste rechtspraak van het Hof indruisen.

Volgens H. Touffait, ere-procureur-generaal bij het Hof van Cassatie in Frankrijk, zou meer dan de helft van de voorzieningen aldus door een vereenvoudigde procedure kunnen worden geëlimineerd (*Rev. internat. dr. comparé*, 1978, 477-478). Een Franse wet n°79-9 van 3 januari 1979 wijzigt lid 1 van artikel L131-6 van het Wetboek van rechterlijke inrichting in de zin van de door de heer Touffait voorgestelde hervorming: een kamer met drie leden kan, met een zeer korte motivering, de niet-ontvankelijke of klaarblijkelijk ongegronde voorzieningen verwerpen (zie desbetreffend prof. Hébraud, *Recueil Dalloz-Si-*

rey, 3 okt. 1979, *Chronique XXXIV*; vergel. Lindon, *La Semaine Juridique*, 1980, nr.2967; ten onzent verklaart procureur-generaal Dumon zich voorstander van een dergelijke hervorming, cf. *Quo vadimus*, rede van 1 sept. 1980, blz. 131).

2) Het verplicht optreden van de advocaten bij het Hof van Cassatie in fiscale en strafzaken zou een andere efficiënte maatregel kunnen uitmaken. Een dergelijke tussenkomst, die thans enkel in burgerlijke, sociale en handelszaken is voorgeschreven, zou doelmatig bijdragen tot het voorkomen van ongegronde voorzieningen. Wanneer men voor een dergelijke hervorming zou terugschrikken, dan zou althans de mogelijkheid kunnen worden overwogen de ontvankelijkheid van de voorziening in strafzaken afhankelijk te maken van de formulering van de rechtsmiddelen, met bepaling van de beweerde grieven en van de geschonden rechtsregel; er zouden geen middelen van ambtswege meer opgeworpen worden (cf. in die zin proc.-gen. Dumon, *op. cit.*, blz. 75).

Om een wetswijziging in die zin mogelijk te maken, zou meteen de toekenning, aan de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, kunnen worden overwogen van een uitzonderlijk recht van beroep in cassatie tegen in kracht van gewijsde gegane strafveroordelingen, op grond van niet louter «formële» onwettelijkheden.

3) Een derde maatregel zou uit het Nederlandse, Italiaanse en Duitse stelsel kunnen worden overgenomen: het bindend maken van de cassatiearresten, wanneer een beslissing door het Hof vernietigd wordt (cf. in die zin A. de Vreese, «De Taak van het Hof van Cassatie», *Tijdschrift voor privaatrecht*, 1967, 578 e.v., cf. blz. 583; vgl. procureur-generaal Cornil, die de vraag stelt of het morele gezag van de arresten van het Hof van Cassatie niet te wijten is aan hun niet-bindend karakter, zie *Het Hof van Cassatie. Beschouwingen over zijn zending*, Rede van 1950, blz. 27).

In feite wijkt de verwijzingsrechter maar zelden af van het arrest van verwijzing en heeft deze maatregel dus praktisch weinig betekenis. In elk geval zou steeds naar aanleiding van andere zaken, indien zulks wenselijk blijkt, op een bestaande rechtspraak kunnen worden teruggekomen.

III. Conclusie

Na een eerste conclusie: namelijk de overeenstemming van het Belgische systeem met het ideale Opperste Gerechtshof, althans wat ons land betreft, omdat het de breedst mogelijke controle verzekert van de rechterlijke beslissingen en de hoogst mogelijke uniformiteit waarborgt in de interpretatie van de wet, moet, bij wijze van besluit op een meer algemeen niveau de plaats en het statuut onderstreept worden van de rechterlijke macht in de Staat.

Naast de wetgevende en de uitvoerende macht heeft het Nationaal Congres, 150 jaar geleden, een rechterlijke macht georganiseerd die volledig onafhankelijk is van de andere machten, krachtens het principe van de scheiding der machten. Die onafhankelijkheid is een essentiële eigenschap van de magistratuur; zij komt tot uiting binnen het kader zelf van de rechterlijke macht: want geen enkel bevel, geen enkele aanmaning kan door een rechtsprekend magistraat aan een ander gegeven worden. De benoeming voor het leven en de onafzetbaarheid van de rechters als-

ook het emeritaat, die trouwens gepaard gaan met een bijna totale onverenigbaarheid met andere functies, strekken tot het verzekeren van die onafhankelijkheid.

Geschillen over burgerlijke rechten en, in principe, over politieke rechten (artikel 92 van de Grondwet) behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken. De wetten van 3 juli 1971 en 8 augustus 1980, met de inmening van parlement en uitvoerende macht in bij het gerecht aanhangige zaken en met de mogelijke vernietiging door het Parlement van een rechterlijke beslissing, zijn volledig in strijd met de grondwettelijke regel van de scheiding der machten. Laten wij hopen dat onverwijld aan dit onhoudbaar systeem een einde zal worden gemaakt.

Het ware eveneens verkeerd de samenstelling van het op te richten Arbitragehof door politieke beschouwingen te laten beïnvloeden. Overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens, heeft een ieder, ook voor de oplossing van een pre-

judiciële vraag in een bij de rechtbanken hangend geschil, recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige instantie.

Rechtsbedeling beantwoordt aan een roeping. Zij vereist een serene visie, buiten elke opwinding of verblindheid. Een rechter hoeft voor geen politieke regeling te opteren; hij verklaart de draagwijdte van de door de wetgever getroffen regeling.

Ook aan politiek doen beantwoordt aan een roeping; een politiek man kiest de naar zijn oordeel beste oplossing voor een bepaalde toestand. De functies en de standpunten zijn totaal verschillend.

Menig land heeft zich destijds door onze Grondwet laten inspireren. Het ware onverantwoord, zelf, de grondregels ervan aan 't wankelen te brengen.

J. RUTSAERT

KRONIEK

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT MIDDEN 1978 t/m 1979 (1e deel)

1. Aansluitend op onze vorige kroniek van internationaal privaatrecht (1975-1978, *R.W.*, 1978-79, 2563-2590, 2625-2656, 2707-2726 en 2769-2812) worden in deze kroniek de belangrijkste problemen behandeld die op IPR-vlak tijdens de periode medio 1978-1979 in de rechtspraak aan bod zijn gekomen (de vóór 30 september 1980 gepubliceerde rechtspraak werd opgenomen).

Algemeen deel

I. De herverwijzing

2. Het probleem en de techniek van de herverwijzing of renvoi, evenals een bespreking van de voor- en nadelen van de aanvaarding ervan zijn in het vorig overzicht reeds aan bod gekomen (nr. 8).

In de hier besproken periode is het probleem van de herverwijzing slechts eenmaal expliciet behandeld (Hof Antwerpen, 21 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2705 met noot J. De Ceuster). Een van de in dit geval opgeworpen — doch door het hof niet aangenomen — stellingen was dat het Nederlands recht, dat toepasselijk is als *lex loci delicti commissi* op een onrechtmatige daad, terug zou verwijzen naar het Belgisch recht. Het hof heeft echter de herverwijzing verworpen omdat niet voldoende bewezen werd geacht dat het Nederlandse recht, met toepassing van de theorie der rechtssfeer, naar het Belgisch recht zou verwijzen (zie hierover J. De Ceuster, *a.w.*, 2719, nrs. 22-23). Indien echter voldoende bewijs zou worden geleverd van de vreemde verwijzingsregel, zou de rechtspraak het principe van de herverwijzing, althans inzake onrechtmatige daad, aanvaarden (in die zin ook: L. Schuermans, «Verzekering en internationaal privaatrecht», *R.W.*, 1979-80, 223; J. De Ceuster, *a.w.*, 2714, nrs. 15-16).

De herverwijzing komt ook — zij het slechts impliciet — aan bod in een tweetal gevallen inzake afstamming. Aldus onderzocht de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (6 maart 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 179 met noot D. Huet-Weiller; zie infra nr. 32) de Franse verwijzingsregel inzake wettige afstamming, met de bedoeling na te gaan of op basis van het Frans recht, toepasselijk als nationale wet van de man, een herverwijzing plaatsheeft, wat niet het geval was. Ook de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau (17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 630 met noot F. Rigaux) onderzocht, na aanwijzing van het Pools recht als wet toepasselijk op de natuurlijke afstamming, het Poolse IPR om na te gaan of er geen herverwijzing diende te worden toegepast. Dit bleek niet het geval te zijn. In deze uitspraken mag de bevestiging worden gezien van de regel die vrij algemeen wordt geleerd, nl. dat de herverwijzing wordt aanvaard inzake staat en bekwaamheid.

II. Het «conflit mobile»

3. Het conflict mobile ontstaat door de combinatie van twee elementen, nl. enerzijds het karakter van veranderlijkheid van (bepaalde) aanknopingsfactoren (voor een omschrijving van het begrip «aanknopingsfactor», zie vorig overzicht nrs. 6 en 7), en anderzijds de werking van het element «tijd». Het conflict mobile is bijgevolg uitgesloten bij aanknopingsfactoren die uit hun aard onveranderlijk zijn (de ligging van een onroerend goed, tenzij in het kader van het volkenrecht) en bij aanknopingsfactoren die de toepasselijke wet aanwijzen voor een aanknopingscategorie waarop de factor tijd geen vat heeft omdat ze betrekking heeft op eenmalig aflopende verrichtingen (de *locus delicti* inzake onrechtmatige daad, de plaats waar een contract gesloten wordt inzake de vorm van contracten).

Het conflict mobile kan dus alleen voorkomen bij uit hun aard variabele aanknopingsfactoren (nationaliteit, woonplaats, verblijfplaats, de ligging van roerende goederen), die gehanteerd worden voor rechtsverhoudingen waarop het element tijd inwerkt (het personeel statuut, het zakelijk statuut van roerende goederen). Het concreet gegeven van de aanknopingsfactor kan in de loop van de tijd veranderen: men kan van nationaliteit veranderen, men kan zijn woon- of verblijfplaats in een ander land vestigen, men kan een roerend goed naar een ander land overbrengen. Met het oog op de actuele toepassing van de verwijzingsregels die deze aanknopingsfactoren hanteren, komt het erop aan te bepalen op welk moment men zich moet plaatsen: vóór of na de wijziging van het concrete gegeven dat als aanknopingsfactor geldt?

4. Verschillende oplossingen zijn mogelijk. Eerst en vooral kan de werking van het element tijd uitgeschakeld worden door de formulering van de verwijzingsregel, nl. door de principieel veranderlijke aanknopingsfactor op een bepaald moment in de tijd te fixeren. Indien bijv. als verwijzingsregel geldt dat het huwelijksvermogensregime van echtgenoten met verschillende nationaliteit, gehuwd zonder huwelijkscontract, beheerst wordt door de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats, heeft een latere wijziging van deze echtelijke verblijfplaats geen invloed op de toepasselijke wet. Een ander voorbeeld hiervan is de verwijzingsregel inzake de roerende nalatenschappen, die bepaalt dat ze beheerst worden door de wet van de laatste woonplaats van de *de cuius*.

Men kan het conflict mobile eveneens oplossen door de verwijzingsregel een alternatief karakter te geven. Een voorbeeld hiervan vinden we in het Haags Verdrag van 5 oktober 1961 betreffende de wetsconflicten inzake de vorm van uiterste wilsbeschikkingen (B.S., 29 december 1971). Artikel 1 bepaalt dat een uiterste wilsbeschikking naar de vorm geldig is (o.m.) wanneer ze voldoet aan de vormvoorwaarden gesteld in het land waarvan de erflater de nationaliteit bezat, *hetzij* op het ogenblik waarop hij de beschikking heeft gemaakt, *hetzij* op het ogenblik van zijn overlijden; ze is naar de vorm eveneens geldig indien voldaan is aan de voorwaarden van het land waar de erflater zijn woonplaats had, *hetzij* op het ogenblik waarop hij de beschikking gemaakt heeft, *hetzij* op het ogenblik van zijn overlijden.

5. In de hier gegeven voorbeelden wordt het conflict mobile opgelost door de formulering van de verwijzingsregel. In andere verwijzingsregels vinden we geen oplossing dienaangaande. Dan geldt er geen unanieme methode voor de oplossing van het conflict mobile. Voor iedere verwijzingsregel afzonderlijk moet dit onderzocht en beslist worden.

T.a.v. de verwijzingsregel die bepaalt dat het wettelijk huwelijksvermogensregime van echtgenoten met dezelfde nationaliteit beheerst wordt door hun gemeenschappelijke nationale wet, oordeelt de rechtspraak (recent nog Rb. Brussel 11 april 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 313) dat alleen rekening mag worden gehouden met de nationaliteit op het ogenblik van het aangaan van het huwelijk. Een latere nationaliteitswijziging van de echtgenoten (of van één van hen) heeft geen wijziging van de toepasselijke wet tot gevolg. Deze klassieke opvatting is ingegeven door het vroeger gehuldigde internrechtelijke principe van de on-

veranderlijkheid van het huwelijksvermogensregime. Daarom kan, na de recente wijziging van ons intern recht, de vraag gesteld worden of die opvatting inzake het conflict mobile m.b.t. het huwelijksvermogensrecht niet moet worden gewijzigd (over het conflict mobile en het naast elkaar bestaan van verschillende verwijzingsregels voor het huwelijksvermogensrecht naargelang de echtgenoten al dan niet een huwelijkscontract opgemaakt hebben, zie *infra* nrs. 67-68).

T.a.v. de verwijzingsregel volgens welke de persoonlijke gevolgen van het huwelijk beheerst worden door de nationale wet der echtgenoten, wordt daarentegen verdedigd dat rekening moet worden gehouden met de nieuwe nationaliteit der echtgenoten (R. Vander Elst, *Droit international privé*, in *Répertoire Notarial*, XV, boek XIV, Brussel, 1977, nr. 105.1).

6. Hier moet ook onderzocht worden of er van een conflict mobile sprake kan zijn bij internationale contracten, waar de wilsautonomie als aanknopingsfactor gehuldigd wordt. Het Arbeidshof te Brussel heeft in een arrest van 28 juni 1978 (*J.T.*, 1979, 217) immers opgemerkt dat de rechter zich, bij het zoeken naar de wil van de partijen, moet plaatsen op het ogenblik van het sluiten van het contract «ou éventuellement au moment où survient un élément nouveau de nature à modifier cette commune volonté initiale».

Traditioneel wordt verdedigd dat het conflict mobile uitgesloten is m.b.t. de wilsautonomie; het is de gemene wil op het ogenblik van het sluiten van het contract die als aanknopingsfactor wordt gehanteerd (P. Graulich, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, 1978, 91, nr. 59, noot 5, standpunt overgenomen in ons vorig overzicht nr. 9; R. Vander Elst, *a.w.*, nr. 105, 4; zie ook F. Rigaux, *Droit international privé*, I, Larcier, Brussel, 1977, nr. 517).

Bij nader onderzoek van de problematiek lijkt ons het conflict mobile niet uitgesloten bij de wilsautonomie als aanknopingsfactor. Het gaat immers om een variabele aanknopingsfactor, die gehanteerd wordt voor een rechtsverhouding waarop het element tijd kan inwerken (*supra* nr. 3).

Dat men rekening houdt met de uitdrukkelijke of impliciete wil van de partijen op het ogenblik van het sluiten van het contract of, bij gebreke daarvan, met de elementen waaruit hun wil blijkt op het ogenblik van het aangaan van het contract, vloeit voort uit het feit dat ieder contract, vanaf zijn totstandkoming, onderworpen is aan een bepaalde wet. Er moet trouwens benadrukt worden dat het de gemene wil van de partijen is die als aanknopingsfactor gehanteerd wordt. Een wilsuitering van één der partijen achteraf, evenmin als de wijziging van omstandigheden (waaruit de wil blijkt) door één der partijen, heeft dan ook geen invloed op de bepaling van de toepasselijke wet. Een conflict mobile doet zich wel voor indien de gezamenlijke wil der partijen zich achteraf wijzigt, wat kan blijken hetzij uit een gezamenlijke aanduiding of keuze van een nieuw toepasselijk recht, hetzij uit de wijziging, in onderling akkoord, van een element waaruit hun wil blijkt.

Een oplossing voor dit conflict mobile wordt gegeven in het E.E.G.-Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (*E.G.P.B.*, 9 oktober 1980, nr. L266/1). Artikel 3, 2°, bepaalt dat de nieuwe wet toepasselijk is, doch dat deze

«wijziging in de rechtskeuze door partijen na de totstandkoming van de overeenkomst niet van invloed is op de formele geldigheid van de overeenkomst... en geen afbreuk doet aan rechten van derden» (zie hierover het Rapport van M. Giuliano en P. Lagarde, *E.G.B.P.*, 31 oktober 1980, nr. C282/17-18; zie over deze problematiek ook M. Tomaszewski, «La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit», *R.C.D.I.P.*, 1972, 567 e.v.).

III. Voorvragen

7. We hebben te maken met een voorvraag zo het antwoord op de hoofdvraag niet kan worden gegeven vooraleer het antwoord op een andere vraag, die behoort tot een andere aanknopingscategorie dan de hoofdvraag, is gegeven.

In België wordt algemeen aanvaard (vorig overzicht nr. 11 en de verwijzingen aldaar) dat de voorvraag autonoom moet worden aangeknoopt, d.w.z. dat de op deze vraag toepasselijke wet wordt aangewezen door de voor deze aanknopingscategorie geldende verwijzingsregel. Ze wordt dus niet beantwoord op basis van de wet die op de hoofdvraag toepasselijk is.

Die stelling werd in de hier behandelde periode bevestigd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau (17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 630 met noot F. Rigaux). Een Pools kind eiste een erfdeel op van een internationale nalatenschap waarvan de vererving beheerst wordt door het Belgisch erfrecht (als wet van de laatste woonplaats). Doch over de afstammingsband tussen het kind en de overledene bestond betwisting. De rechtbank loste de voorvraag hieromtrent op volgens de Poolse wet, aangewezen door onze verwijzingsregel inzake natuurlijke afstamming (zie infra nr. 34).

8. De autonome aanknopings van de voorvraag kan aanleiding geven tot een probleem, wanneer de juridische categorieën gehanteerd in de wet toepasselijk op de ene vraag, niet voorkomen in de wet toepasselijk op de andere vraag. Een voorbeeld daarvan vinden we in het hier besproken vonnis van de rechtbank van Neufchâteau.

Volgens de op de nalatenschap toepasselijke Belgische wet verschilt het erfdeel van een kind naar gelang van de afstammingscategorie (wettige of natuurlijke afstamming) waartoe het behoort. Doch deze afstammingscategorieën bestaan niet in de op de voorvraag inzake afstamming toepasselijke Poolse wet. De toepassing van de Belgische erfregeling vereist dus dat de afstammingscategorieën van beide wetgevingen vooraf met elkaar in overeenstemming gebracht worden. Het gaat m.a.w. om een probleem van harmonisatie van de materieelrechtelijke normen en categorieën, behorend tot verschillende nationale rechtstelsels (in de Franstalige rechtsleer noemt men dit het probleem van de «détermination du concept préjudiciel»; zie hierover F. Rigaux, *Droit international privé*, I, 1977, nr. 448 e.v.). In de hier behandelde zaak werd het kind waarvan de afstamming juridisch vaststaat volgens het Pools recht (zonder onderscheid tussen wettige en natuurlijke afstamming), voor de toepassing van het Belgisch erfrecht beschouwd als behorend tot de in ons recht voorziene beste afstammingscategorie, nl. tot de wettige afstamming (F. Rigaux, noot onder Rb. Neufchâteau, 17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 631). Het kreeg dan ook het erfdeel van een wettig kind (zie infra nr. 70).

IV. De toepassing van vreemd recht door de Belgische rechter

9. In de hier behandelde periode werd het internationale karakter van rechtsverhoudingen door de rechtbanken verschillende keren — bewust of onbewust? — uit het oog verloren, en werd zonder enige redengeving het Belgisch recht toegepast (zie o.m. inzake onderhoudsverplichtingen: Rb. Antwerpen, 1 juni 1978, A.R. nr. 30.931 en Hof Antwerpen, 25 juni 1979, A.R. nr. 1929/78, niet gepubliceerd; inzake huwelijksverplichtingen: Vred. St.-Jans-Molenbeek, 17 februari 1978, *J.T.*, 1979, 255 met noot F. Rigaux en Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Jur. Liège*, 1980, 182 met noot M. Liénard-Ligny; inzake eigendomsvoorbehoud en retentierecht bij faillissementen: Kh. Bergen, 18 september 1978, *B.R.H.*, 1979, 88).

Deze gemakkelijksoplossing strookt niet met de thans aanvaarde regel (vorig overzicht nr. 12 en de verwijzingen aldaar) dat de rechtbanken onze verwijzingsregels zelfs ambtshalve dienen toe te passen, ook wanneer de zaak niet de openbare orde aanbelangt. De verwijzingsregels behoren immers tot het door de rechter toe te passen (nationale) recht.

10. Via onze — meestal bilaterale — verwijzingsregels kunnen de Belgische rechters gehouden zijn vreemd recht toe te passen. Tot dit vreemd recht behoort het vreemde IPR, waarmee echter slechts rekening moet worden gehouden, voor zover de herverwijzing in de desbetreffende aanknopingscategorie aanvaard wordt. Wie moet nu het bewijs leveren van de inhoud van het toepasselijk verklaarde vreemd recht?

Zelfs wanneer het vreemd recht als recht beschouwd (en behandeld) wordt, kan het adagium «jura novit curia» hier niet ten volle gelden. Dit zou voor de rechters vaak tot een onmogelijke opdracht leiden. De partijen moeten meewerken aan het bewijs van de inhoud van het vreemde recht (vorig overzicht nr. 14). Dit betekent echter niet dat de rechter hier een louter passieve rol zou mogen spelen. Hij beschikt o.a. over de mogelijkheden geboden door het Verdrag van Londen van 7 juni 1968 betreffende de informatie inzake buitenlands recht (*B.S.*, 23 november 1973; o.a. toegepast in Cass., 11 januari 1979, *J.T.*, 1979, 464). Zeker wanneer het gaat om een vreemd recht, waarvan de bronnen in België gemakkelijk toegankelijk zijn (bv. het Nederlands recht) mag de rechter er zich o.i. niet toe beperken slechts het door een der partijen ingeroepen bronnenmateriaal te onderzoeken (zie nochtans Hof Antwerpen, 21 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2705 met kritische noot J. De Ceuster, 2719, nr. 22; dit onderzoek leidde het hof daarenboven tot een foute conclusie; zie nr. 23 van onze noot).

Deze uitspraak van het Antwerpse Hof van Beroep («Overwegende dat geïntimeerden niet ten genoegen van recht bewijzen dat het Nederlandse recht met toepassing van de theorie der rechtssfeer naar het Belgisch recht verwijst; ...») doet uitschijnen dat het hof het vreemd recht — in tegenstelling met de thans heersende opvatting (vorig overzicht nr. 16) — nog als een feit beschouwt, waarvan de bewijslast rust op de partij die er zich op beroept.

11. In ons vorig overzicht (nr. 15) behandelden we het probleem van de waarde van buitenlandse rechtspraak en rechtsleer bij de toepassing van vreemd recht. Merkwaardig genoeg rees in de hier besproken periode het probleem

van de waarde van vreemde rechtspraak en rechtsleer bij de toepassing van Belgisch recht. Aanleiding tot dit probleem was de toepasselijkverklaring van de Belgische opzeggingsregeling, als wetgeving van politie en veiligheid, op de beëindiging van een door vreemd recht beheerst arbeidscontract. Volgens het Arbeidshof te Brussel (28 juni 1978, *J.T.*, 1979, 217 en 20 december 1978, *J.T.T.*, 1980, 12) moeten niet alleen de minimumopzegtermijnen (en de daarmee overeenstemmende vergoedingen) beschouwd worden als wetgeving van politie en veiligheid, maar ook de eventuele vaststelling ervan door de rechter. Dit standpunt zwakte het hof af door eraan toe te voegen dat de rechter, wanneer hij de omvang van de vergoeding bepaalt, rekening moet houden met de jurisprudentiële — en zelfs wettelijke — criteria voorkomend in de door partijen gekozen, op het contract toepasselijke wet, en niet met de in België gebruikelijke criteria (zie ook *infra* nr. 78).

Deze opvatting is strijdig met de algemeen aanvaarde regel dat de toepassing van een vreemd recht zowel de toepassing van de vreemde wet als van de vreemde rechtspraak omvat, althans in zoverre deze rechtspraak rechtsregels bevat (bv. wetteksten interpreteert, lacunes ervan aanvult, of zelfs indruist tegen de letterlijke bewoordingen van de wet) (zie J. De Ceuster, noot onder Hof Antwerpen, 21 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2711, nr. 10 en de verwijzingen aldaar; vorig overzicht nr. 15). Dit geldt uiteraard ook voor de Belgische rechtspraak zo het Belgisch recht toepasselijk wordt verklaard.

V. De internationaal privaatrechtelijke openbare orde

12. Zoals reeds in het vorig overzicht (nrs. 17-22) werd aangegeven, dient de internationaal privaatrechtelijke openbare orde (I.P.O.O.) om enerzijds onaanvaardbare gevolgen van een concrete toepassing van vreemd recht te weren (exceptie van I.P.O.O.) en om anderzijds de erkenning en/of exequatur van vreemde akten of rechterlijke beslissingen te weigeren zo de uitwerking van deze beslissingen in ons land onaanvaardbaar zou zijn (vereiste van I.P.O.O.).

Een nauwkeurige omschrijving van het begrip «internationaal privaatrechtelijke openbare orde» kan onmogelijk gegeven worden. Het Hof van Cassatie heeft in een recente beslissing (25 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1763) opnieuw de klassieke omschrijving (vorig overzicht nr. 18) herhaald: «Een wet van interne openbare orde is slechts van internationale openbare orde in zoverre de wetgever een beginsel heeft willen vastleggen dat naar zijn oordeel van essentieel belang is voor de gevestigde morele, politieke of economische orde» (zie ook J. Erauw, «Duitse alimentatievorderingen en de openbare orde in België», *R.W.*, 1979-80, 1732, nr. 8). Hieruit kan afgeleid worden dat de internationaal privaatrechtelijke openbare orde enger is dan de interne openbare orde.

Van belang is tevens dat de internationale verdragen die het begrip «openbare orde» hanteren, in casu het Verdrag van Den Haag van 15 april 1958 nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen ter zake van onderhoudsverplichtingen jegens kinderen, refereren aan de I.P.O.O. en niet aan de interne openbare orde (Cass., 25 oktober 1979; zie hierover J. Erauw, *a.w.*, 1733, nr. 9).

13. In de besproken periode heeft de rechtspraak de gelegenheid gehad de exceptie van I.P.O.O. te behandelen.

Zo besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau (17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 630 met noot F. Rigaux, zie *infra* nr. 34) dat de toepassing van een vreemde (in casu de Poolse) wet die geen onderscheid maakt tussen natuurlijke en wettige afstammelingen, niet strijdig is met onze I.P.O.O.

Het Hof van Beroep te Luik (9 januari 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 397, met noot J. Dalcq, *J.T.*, 1979, 235, *Rev.not.b.*, 1979, 628, zie *infra* nr. 37) achtte de wetten op de adoptie zo sterk verknocht met de zorg om de bescherming van de jeugd, met de organisatie van de afstamming en bijgevolg met de conceptie zelf van de hele familiale instelling, dat zij de essentiële beginselen van de morele, politieke en economische orde van ons land raken. Een vreemde wet die de adoptieve afstamming niet kent, is volgens het hof dan ook strijdig met de I.P.O.O.

Deze opvatting van het Hof van Beroep te Luik miskent de in art. 344, § 1, B.W. vervatte distributieve verwijzingsregel inzake de toelaatbaarheid van de adoptie en de wetgeving door adoptie. Uit die verwijzingsregel blijkt precies, zoals beaamd wordt door een unanieme rechtsleer en rechtspraak (zie *infra* nr. 37 en de verwijzingen aldaar), dat de wetgever het principe van de adoptieve afstamming niet beschouwt als behorend tot onze I.P.O.O.

14. Het Hof van Cassatie (25 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1763) heeft onderzocht of een Duits vonnis, dat de eed van de moeder van een kind als bewijsmiddel aanvaardt om de afstamming en dus het recht op onderhoud ten opzichte van de vader vast te stellen, voldoet aan het vereiste van I.P.O.O. Een dergelijk bewijsmiddel is naar Belgisch recht ontoelaatbaar daar het niet voorkomt in art. 340b B.W. Dit wetsartikel is echter volgens het Hof slechts van interne openbare orde; de hierin opgenomen bewijsregeling is niet van essentieel belang voor de gevestigde morele, politieke of economische orde.

15. Een van de voorwaarden in art. 570 Ger. W. gesteld voor de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde beslissingen, is de eerbiediging van de rechten van de verdediging. Hoewel die voorwaarde in art. 570 afzonderlijk vermeld wordt, is het beginsel een aspect van de I.P.O.O. (zie R. Vander Elst, «Le code judiciaire et les conflits de juridictions», *J.T.*, 1970, 305; J. Erauw, «Het 'openbare orde'-begrip en de erkenningsleer m.b.t. buitenlandse echtscheidingen; binnenkort verstoting tussen Belgische echtgenoten?», *R.W.*, 1976-77, 1994). In die zin heeft de Vrederechter te Fléron (8 mei 1979, *Jur. Liège* 1980, 182 met bevestigende noot van M. Liénard-Ligny) dan ook beslist dat een vreemde verstotingsbeslissing, gewezen na een volledig eenzijdige procedure zowel de rechten van de verdediging schendt als indruist tegen het vereiste van I.P.O.O. Een dergelijke beslissing kan in België dan ook niet erkend worden. De verstoting als wijze van ontbinding van een huwelijk is als zodanig echter niet in strijd met onze I.P.O.O. (vorig overzicht nr. 82; zie ook *infra* nr. 31).

16. Zoals reeds is vermeld in het vorig overzicht (nr. 21) heeft de internationaal privaatrechtelijke openbare orde een «effet atténué» (een afgezwakt effect) t.o.v. in het buitenland, op basis van vreemd recht verworven rechten (J. Erauw, «Duitse alimentatievorderingen en de openbare orde in België», *R.W.*, 1979-80, 1733, nr. 10). Aldus kunnen sommige gevolgen van een in het buitenland aangegane

tweede huwelijk — dat in België niet kan worden aangegaan omdat zulks strijdig is met de internationaal privaatrechtelijke openbare orde — wel erkend worden wegens de minder nauwe band met de Belgische rechtssfeer. In een geval dat in de besproken periode aan bod kwam (Hof Brussel, 10 april 1979, *J.T.*, 1979, 612 met noot J. Mesinne) werd echter een tweede huwelijk niet erkend omdat de tweede echtgenote Française was, zodat zij niet voldeed aan de grondvoorwaarden van haar nationale wet en het huwelijk in haar land clandestien was gebleven, waardoor het tweede huwelijk strijdig werd geacht met onze I.P.O.O. (voor de kritiek hierop zie infra nr. 24).

Bijzonder deel

I. De fysieke personen: staat en bekwaamheid

A. Nationaliteit

17. 1. *Verwerving van de Belgische nationaliteit.* Een probleem dat in de besproken periode aan bod kwam is dat van de vraag naar de nationaliteit van een minderjarige, wanneer de ouder die het hoederecht heeft, de Belgische nationaliteit verkrijgt. Artikel 5 van de gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de verkrijging van de Belgische nationaliteit bepaalt dat niet-geëmancipeerde minderjarigen automatisch de Belgische nationaliteit verkrijgen, wanneer de ouder die het hoederecht heeft vrijwillig de Belgische nationaliteit verkrijgt. Rechtsleer en rechtspraak (Ch. L. Closset, *La nationalité belge*, *Rép.Not.*, XV, boek XX, nrs. 236, 239 en 290 en verwijzingen aldaar) hebben steeds aangenomen dat de verkrijging van de Belgische nationaliteit door een vreemde vrouw, door haar huwelijk met een Belg, automatisch plaatsheeft, zodat art. 5 voor haar kinderen niet van toepassing is. De Jeugdrechtbank te Brussel (28 juni 1979, *Rev.Tr.Dr.Fam.*, 1980, 88 met noot van J.L.R.) beslist hier anders over en verlaat dus de gevestigde opvatting. Volgens het vonnis verkrijgt de vrouw door haar huwelijk wel vrijwillig de Belgische nationaliteit omdat zij ook de mogelijkheid had haar vroegere nationaliteit te behouden; aangezien ze de verklaring tot behoud van haar vroegere nationaliteit niet heeft afgelegd, is art. 5 wel van toepassing en wordt haar kind automatisch Belg.

De jeugdrechtbank moest deze opvatting huldigen om de gevraagde wettiging door adoptie te kunnen homologeren. Zo het kind nog steeds Italiaan zou zijn, moest de homologatie geweigerd worden omdat het kind in dat geval niet voldeed aan de door de Italiaanse wet gestelde voorwaarden. Art. 3bis, § 1, van onze nationaliteitswetgeving, op basis waarvan een kind de Belgische nationaliteit verkrijgt indien het wordt gewettigd door adoptie door een paar waarvan de man Belg is, kon door de rechtbank dus niet aangewend worden om de homologatie toe te staan.

Deze stellingname inzake de nationaliteit van het kind is een van de in de rechtspraak aangewende, doch aanvechtbare technieken om de wettiging door adoptie — onmogelijk volgens het principieel toepasselijk recht — toch te homologeren (zie infra nr. 37).

18. 2. *Afstand van de Belgische nationaliteit.* De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel behandelde in twee vonnissen (13 september 1979 en 20 maart 1978, *J.T.*,

1979, 444 en 445 met noot J. De Burlet) de vraag of een vrouw, Belgische van geboorte, die na haar huwelijk de verklaring van behoud van de Belgische nationaliteit heeft afgelegd overeenkomstig art. 18, 3°, § 2, van de gecoördineerde wetten op de nationaliteit nadien nog de mogelijkheid heeft om van de Belgische nationaliteit af te zien. De vrouw was in 1955 gehuwd met een Zwitser en had de vereiste verklaring afgelegd om Belgische te blijven. Nadat zij uit de echt was gescheiden, wenste zij van de Belgische nationaliteit af te zien, op grond van art. 18, 1°, tweede lid. De procureur des Konings verzette zich hiertegen en vroeg de rechtbank de akte die de afstand vaststelde ongeldig te verklaren, omdat volgens hem een Belgische, die een verklaring van behoud van nationaliteit had afgelegd, daar niet meer op kan terugkomen.

Niettemin had de vrouw aangetoond dat zij de Zwitserse nationaliteit had verkregen en nog steeds bezat, zodat zij bij afstand niet apatride zou worden. De rechtbank oordeelde terecht dat de wetgever niet mag verondersteld worden de vrijheid om van de Belgische nationaliteit af te zien te beperken, tenzij dat uitdrukkelijk volgt uit de tekst van de wet, wat hier niet het geval is.

Hieruit volgt dat de verklaring tot behoud van de Belgische nationaliteit, gedaan door een Belgische vrouw na haar huwelijk met een vreemde man, geen definitief karakter heeft. In het vonnis van 13 september 1978 (*J.T.*, 1979, 444) stelt de rechtbank daarenboven vast dat het recht om van de Belgische nationaliteit af te zien nadat een verklaring tot behoud van nationaliteit werd afgelegd, niet strijdig is met de Belgische interne en internationale openbare orde.

19. 3. *Nationaliteitsconflicten.* Wanneer een persoon tegelijk een of meer nationaliteiten bezit, zal in het internationaal privaatrecht de voorrang gegeven worden aan de Belgische nationaliteit, zo deze mede in het geding is, of aan de meest effectieve nationaliteit zo de persoon in kwestie meerdere vreemde nationaliteiten bezit (R. Vander Elst, *a.w.*, 45, nr. 42, F. Rigaux, *Droit international privé*, I, Brussel 1977, nrs. 159 en 162, en II, 1979, nr. 534).

Ten onrechte besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau (17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 630 met noot F. Rigaux) dat voorrang moet worden gegeven aan de Poolse nationaliteit van een persoon die, zoals de rechtbank zelf vaststelt, ook de Belgische nationaliteit bezat, voor de toepassing van een Belgische verwijzingsregel waarin de nationaliteit als aanknopingsfactor werd gehanteerd (zie infra nr. 72).

20. 4. *Bewijs van nationaliteit.* Het bewijs van nationaliteit dient geleverd te worden door bewijskrachtige stukken, uitgaande van het land waarvan de nationaliteit wordt ingeroepen (F. Rigaux, *a.w.*, I, nrs. 239-241). Het Hof van Beroep te Brussel heeft in een arrest van 10 april 1979 (*J.T.*, 1979, 612 met noot J. Messinne) de Franse nationaliteit van een vrouw afgeleid uit haar identiteitskaart. Een identiteitskaart heeft wat dit punt betreft echter geen onaanvechtbare bewijskracht (F. Rigaux, *a.w.*, II, nr. 241; vgl. J. Ceelen, *Identiteitskaart*, A.P.R., 1966, 26, nrs. 36-37 en de verwijzingen aldaar).

B. Minderjarigheid: de ontvoogding

21. De Jeugdrechtbank te Turnhout (7 maart 1979, *R.W.*,

1979-80, 1777 met noot C. De Busschere) heeft, in navolging van een unanieme rechtsleer en rechtspraak (zie M. Verwilghen en H. Van Houtte, *De bescherming van de persoon van de minderjarige in de internationale betrekkingen*, Belgisch Genootschap voor Internationaal Recht, 27 oktober 1978, nrs. 15-16 en de verwijzingen aldaar; een herwerkte, ingekorte versie van deze tekst werd gepubliceerd in *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 5 e.v.) de ontvoogding van een Nederlandse minderjarige toegestaan op basis van de Nederlandse wet. De grondvoorwaarden voor de ontvoogding worden immers beheerst door de nationale wet van de betrokkene. Niettemin heeft de jeugdrechtbank het over «het verzoekschrift ... dat ertoe strekt de ontvoogding te horen uitspreken over deze minderjarige die de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt». In Nederland echter is de handlichting — die overeenstemt met onze ontvoogding — slechts mogelijk vanaf 18 jaar (art. 235, lid 1, Ned. B.W.), zodat de motivering op dit punt niet helemaal correct is (wegens de voorgedrukte formulieren?).

De gevolgen van de ontvoogding worden eveneens bepaald door de nationale wet van de minderjarige. Daarom verklaarde de jeugdrechtbank hem ontvoogd «met de bevoegdheden en rechten hem verleend door de Nederlandse wetgeving». In België worden deze bevoegdheden door de wet bepaald en toegekend (art. 481 e.v. B.W.), zonder dat ze in de ontvoogdingsbeslissing vermeld moeten worden. Zoals C. De Busschere in zijn noot onder dit vonnis opmerkt, bepaalt art. 235, lid 3, Ned. B.W. echter dat de rechter in het vonnis uitdrukkelijk moet bepalen welke bevoegdheden aan de minderjarige worden toegekend. Nu dit in casu niet gebeurd is zou de handlichting geen uitwerking hebben, zolang geen aanvullend vonnis gewezen wordt.

O.i. kan de tekst van het vonnis echter ook geïnterpreteerd worden als de toekenning van al de bevoegdheden, die volgens Nederlands recht maximaal kunnen worden toegekend aan een ontvoogde minderjarige. Aldus zou het vonnis wel uitwerking kunnen hebben.

II. Gezins- en familierecht

A. Huwelijk

22. 1. *Grondvoorwaarden*. De algemene regel luidt dat personen die in het huwelijk wensen te treden, wat de grondvoorwaarden betreft, overeenkomstig de artt. 170ter en 3, derde lid, B.W., dienen te voldoen aan de eisen van hun personeel statuut, volgens Belgisch I.P.R. beheerst door de nationale wet. In geval van verschillende nationaliteit leidt deze regel tot de distributieve toepassing van de nationale wetten: ieder der echtgenoten moet voldoen aan de door zijn wet gestelde grondvoorwaarden.

Aldus besliste de Jeugdrechtbank te Tongeren op 19 april 1978 (*D.M.J.*, I, 350) dat de Italiaanse wet de huwbare leeftijd bepaalt van een persoon van Italiaanse nationaliteit, zijnde 18 jaar, behoudens gerechtelijke dispensatie.

De jeugdrechtbank moest dan de vraag oplossen of zij bevoegd was om de in de Italiaanse wet bedoelde rechterlijke vrijstelling te verlenen. Ze splitst dit probleem in twee deelvragen: is een Belgische overheid bevoegd de dispensatie te verlenen? En zo ja, welke overheid is dat dan?

De rechtbank laat het antwoord op de eerste vraag in het midden. Zelfs indien deze positief beantwoord zou worden,

volgt in ieder geval uit art. 145 B.W. dat alleen de Koning bevoegd is inzake vrijstelling van de vereiste leeftijd voor het huwelijk. Ze verklaart zich dan ook onbevoegd ratione materiae (zie ook vorig overzicht nrs. 52-53).

23. 2. *De nietigheid van het huwelijk*. In de besproken periode werd ook het probleem behandeld van de eventuele nietigheid van een in het buitenland aangegaan huwelijk, wanneer een Belgische echtgenoot niet voldeed aan de door de Belgische wet gestelde grondvoorwaarden.

Als algemene regel geldt dat de nietigheid van een huwelijk beheerst wordt door de wet waarvan de bepalingen geschonden werden (Hof Bergen, 20 december 1978, *Pas.*, 1979, II, 24; R. Van der Elst, *a.w.*, 62, nr. 14, 4; vorig overzicht, nr. 53).

In het aan het Hof te Bergen voorgelegd geval vorderden de ouders van een minderjarig Belgisch meisje de nietigheid van het huwelijk door deze laatste aangegaan in het Schotse Gretna Green, daar dit huwelijk plaatshad zonder dat ze de door de Belgische wet vereiste toestemming hadden gegeven. De minderjarige wist dat zij geen toestemming zou krijgen, en had zich tot de procureur des Konings gewend om de in art. 160bis bedoelde vordering te doen instellen. De procureur weigerde echter. Om toch te kunnen huwen, met ontduiking van de Belgische wet, gingen ze naar Gretna waar overeenkomstig de door de Schotse verwijzingsregel toepasselijk verklaarde wet, de toestemming der ouders voor het huwelijk niet vereist wordt.

Het Hof te Bergen achtte zich bevoegd om het in het buitenland door Belgen aangegane huwelijk nietig te verklaren, en verklaarde dit ook nietig wegens schending van art. 182 B.W.

24. 3. *De polygamie*. Kan een Algerijnse man, wiens nationale wet de polygamie toestaat, in België op klacht van zijn eerste, Marokkaanse echtgenote veroordeeld worden wegens overspel, indien hij hier gemeenschap heeft met zijn tweede vrouw, die de Franse nationaliteit heeft en waarmee hij in Marokko is gehuwd?

Volgens het Hof van Beroep te Brussel (10 april 1979, *J.T.*, 1979, 612 met noot J. Mesinne) moet deze vraag bevestigend beantwoord worden. De man had zich op zijn tweede huwelijk beroepen om het overspelig karakter van de betrekkingen te weerleggen. Het hof gaat ervan uit dat de Franse wet evenmin als de Belgische de geldigheid erkent van een huwelijk, aangegaan met iemand die nog verbonden is door de banden van een vorig huwelijk. Nu het tweede huwelijk niet voldoet aan de grondvoorwaarden van de nationale wet van de vrouw en in haar land clandestien is gebleven, kan haar hoedanigheid van wettige echtgenote in België niet erkend worden. De aanvaarding van de geldigheid van dit tweede huwelijk zou strijdig zijn met onze internationaal-privaatrechtelijke openbare orde.

Deze overwegingen van het hof doen uitschijnen dat bepaalde in het nationaal recht van een der echtgenoten gestelde grondvoorwaarden van het huwelijk niet distributief worden toegepast, maar wel cumulatief. Dit is volgens het hof het geval met art. 147 B.W., dat bepaalt dat «men geen tweede huwelijk (mag) aangaan vóór de ontbinding van het eerste». Indien het in het hierboven weergegeven geval een Belgische vrouw zou zijn i.p.v. een Française, dan zou, gelet op de distributieve toepassing van de nationale wetten, aan deze Belgische bepaling voldaan zijn: de Belgische is immers niet verbonden door de banden van een

vorig huwelijk. Haar echtgenoot is al wel reeds gehuwd, doch een tweede huwelijk wordt toegelaten door zijn nationale wet. Ieder voldoet dus aan de in zijn nationale wet gestelde grondvoorwaarden. En toch beschouwt het hof zo'n huwelijk als ongeldig, omdat de vrouw niet voldoet aan de in haar wet gestelde voorwaarden. O.i. echter vloeit de ongeldigheid voort uit het feit dat haar partner niet voldoet aan de vereisten van haar nationale wet. De in art. 147 B.W. gestelde voorwaarde wordt geacht van internationaal-privaatrechtelijke openbare orde te zijn, *indien er een Belgische bij betrokken is*. Aldus wordt onze regel van de monogamie cumulatief toegepast. De vraag kan gesteld worden of dit principe ook geldt zo er geen Belg(ische) bij het huwelijk betrokken is, maar iemand wiens nationale wet (bijv. de Franse) ook de monogamie huldigt. Of zo'n huwelijk, indien de echtgenoten naar België komen, ook strijdig is met de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde is o.i. niet zo vanzelfsprekend: polygamie is *niet altijd* strijdig met onze internationaal-privaatrechtelijke openbare orde. Zoals we in ons vorig overzicht schreven (nr. 55) worden de gevolgen van een in het buitenland aangegaan huwelijk in België immers aanvaard, indien de wet van dat land de polygamie toestaat, en de nationale wet van beide echtgenoten eveneens de polygamie aanvaardt. De vraag is of de in een vreemd recht gehuldigde opvatting van de monogamie voorrang moet krijgen op de in het nationaal recht van de andere echtgenoot gevolgde theorie van de polygamie.

B. Echtscheiding

25. 1. *De echtscheiding op grond van bepaalde feiten.* De wet van 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding, wanneer ten minste één van de echtgenoten een vreemdeling is (B.S., 9 juli 1960) (onlangs werd een wetsvoorstel ingediend tot vervanging van deze wet van 27 juni 1960, zie *Parl. Besch. Senaat*, 1979-80, nr. 470/1, eveneens gepubliceerd in R.W., 1980-81, 72 e.v.) regelt alle gevallen van internationale echtscheiding op grond van bepaalde feiten. Aldus bepaalt art. 1 dat de toelaatbaarheid van echtscheiding op grond van bepaalde feiten tussen twee vreemdelingen beheerst wordt door de Belgische wet, tenzij de nationale wet van de eiser zich hiertegen verzet (zie over de interpretatie hiervan, vorig overzicht nr. 65).

Een bijzonder probleem rijst wanneer een echtscheidingsprocedure wordt ingeleid door een echtgenoot, wiens nationale wet het huwelijk als nietig beschouwt, terwijl het huwelijk volgens Belgisch recht geldig is. Dit geval werd behandeld door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik (4 december 1979, *Jur. Liège*, 1979-80, 5). Beide partijen, van Spaanse nationaliteit, hadden een burgerlijk huwelijk gesloten in België, dat nietig is volgens hun nationale Spaanse recht. Verzet de nationale wet van de eiser — die de echtscheiding niet kent — zich in dat geval tegen deze echtscheiding? Deze vraag wordt door de Luikse rechtbank, in navolging van vroegere rechtspraak, negatief beantwoord. Men gaat ervan uit dat de Spaanse wet zich niet kan verzetten tegen de ontbinding van een huwelijk, waarvan zij de geldigheid niet erkent, en dus is de echtscheiding toelaatbaar (F. Rigaux, *a.w.*, 1979, nr. 959; zie voor een bespreking van die zienswijze, vorig overzicht nr. 66).

26. Artikel 3 van deze wet, dat bepaalt dat de gronden van de echtscheiding steeds door de Belgische wet geregeld

worden, wordt toegepast door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik (12 december 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 150) op een echtscheiding op grond van bepaalde feiten tussen twee Marokkanen, die in België gehuwd zijn. Als grove belediging in de zin van art. 231 B.W., aanvaardt de rechtbank de weigering van de man om het burgerlijk huwelijk te laten volgen door een godsdienstig huwelijk, de vorm voorgeschreven door de nationale wet van partijen. In eerste instantie lijkt deze zienswijze voor kritiek vatbaar: het huwelijk is geldig naar Belgisch recht en toch houdt men rekening met de vreemde nationale wet, volgens welke het huwelijk nietig is, om een Belgische echtscheidingsgrond in aanmerking te nemen. Er moet nochtans op gewezen worden dat ook in het Belgische intern recht de weigering om het burgerlijk huwelijk te laten volgen door een kerkelijk huwelijk, beschouwd wordt als een grove belediging zo beide echtgenoten katholiek zijn (zie F. Rigaux, *Les personnes*, dl. I, Brussel, Larcier, 1971, 500, nr. 2003). Daarnaast is volgens de rechtbank eveneens een grove belediging, die een echtscheiding naar Belgisch recht wettigt, de verstoting van de vrouw, bewezen door een akte van belediging en door het hertrouwen van de man.

27. 2. *Scheiding van tafel en bed.* De scheiding van tafel en bed wordt niet geregeld door de wet van 27 juni 1960 maar wel door art. 3, derde lid, B.W., dus door de nationale wet van partijen. Dit principe werd in het volgend geval toegepast (Hof Brussel, 25 januari 1978, *Pas.*, 1978, II, 58): aangezien beide partijen de Spaanse nationaliteit hadden, dient art. 75 van het Spaans Burgerlijk Wetboek te worden toegepast, dat de gronden tot scheiding van tafel en bed als bepaald in het kerkelijk recht, overneemt. Aldus voorziet art. 1131, § 1, Spaans B.W. in de mogelijkheid een scheiding van tafel en bed toe te staan, indien het gemeenschappelijk leven te moeilijk wordt. Steunend op een aantal feitelijke gegevens, komt het hof tot het besluit dat het gemeenschappelijk leven te moeilijk werd en staat het de scheiding van tafel en bed toe. De eerste rechter had, volledig terecht, eveneens het Spaans recht toegepast, doch zijn interpretatie van het bewijsmateriaal en de feiten had ertoe geleid de scheiding van tafel en bed niet toe te laten.

28. Ingeval de echtgenoten een verschillende nationaliteit bezitten, leidt de toepassing van art. 3, derde lid, B.W. tot de regel dat én het principe van de toelaatbaarheid van de vordering én de gronden dienen te worden getoetst aan de twee nationale wetten (Cass., 14 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2023 met noot J. Erauw, die het hierboven gestelde bekritiseert; zie vorig overzicht nrs. 71-72; vgl. F. Rigaux, *a.w.*, nr. 956 die een analoge interpretatie van de wet van 27 juni 1960 verdedigt).

29. 3. *Erkenning van vreemde echtscheidingsvonnissen.* De Belgische I.P.R.-principes ter zake zijn bekend: vreemde echtscheidingsvonnissen worden hier automatisch erkend, zonder dat een exequatur vereist is, tenzij men een gedwongen uitvoering op goederen of tegen personen nastreeft. Deze automatische erkenning geldt slechts wanneer de voorwaarden, bepaald in art. 570 Ger. W. of in een verdrag tussen België en het land waar het vonnis werd gewezen, vervuld zijn (vorig overzicht nr. 80).

In de besproken periode diende het Hof van Beroep te Brussel (6 juni 1979, *J.T.*, 1980, 7), zich uit te spreken over de erkenning van een Zuidafrikaans echtscheidingsvonnis.

Aangezien men ook diende uit te voeren op goederen, werd het exequatur gevraagd. Daar er geen verdrag ter zake tussen België en Zuid-Afrika bestaat, wordt het vonnis getoetst aan de voorwaarden van art. 570 Ger. W. Het hof komt tot het besluit dat art. 570, 2°, Ger. W. dat als voorwaarde stelt dat de rechten van de verdediging moeten worden nageleefd, in casu niet werd nageleefd. Immers, het bleek dat de verwerende partij, wonende in Brussel, slechts zestien dagen tijd kreeg om het verweer voor te bereiden voor het Hof te Pretoria en, hoewel zij duidelijk liet blijken zich te willen laten verdedigen en een advocaat zocht, werd zij toch bij verstek veroordeeld. Een dergelijke handelwijze wordt terecht als een schending van de rechten van de verdediging beschouwd, zodat de erkenning en dus ook het exequatur worden geweigerd.

Treffend in bovengenoemd arrest is de verschillende behandeling van de eis van de man, wiens vordering tegen de ambtenaar van de Burgerlijke Stand, ertoe strekkend het vreemd vonnis te doen overschrijven, niet ontvankelijk werd verklaard en van de eis van de vrouw, wier vordering tegen de ambtenaar van de Burgerlijke Stand, ertoe strekkend hem te verbieden het vreemd vonnis te doen overschrijven, wel ontvankelijk werd verklaard omdat zij zo haar belangen kon vrijwaren.

30. Een geval waarin de erkenning van een vreemd echtscheidingsvonnis niet afhangt van art. 570 Ger. W. maar wel van een bilateraal verdrag, wordt behandeld door het Vrederecht te Aarlen (12 mei 1978, *Jur. Liège*, 1979-80, 55). Het betreft een echtscheidingsvonnis van het Landgericht te Siegen in de Bondsrepubliek Duitsland. Op basis van het Belgisch-Duits Verdrag van 30 juni 1958 dient te worden nagegaan of het vreemde vonnis niet in strijd was met de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde. Dat is, aldus het vonnis, niet het geval wanneer de grond tot echtscheiding de zware verslechtering van de verhouding tussen de echtgenoten is.

Een vreemd vonnis dat de echtscheiding tussen twee Belgen uitspreekt op basis van een andere wet dan de Belgische, en op basis van andere dan de Belgische gronden, is niet louter op grond daarvan strijdig met onze internationaal privaatrechtelijke openbare orde. Sinds de wet van 27 juni 1960 wordt in België immers ook afgeweken van het principe dat de nationale wet van de echtgenoten de toelaatbaarheid van en de gronden tot echtscheiding beheerst (F. Rigaux, *a.w.*, nr. 970).

31. In het vorig overzicht (nr. 82) werd erop gewezen dat de verstoting van een vrouw door haar echtgenoot niet in strijd is met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde, wanneer de nationale wet van partijen dat toelaat en de verstoting heeft plaatsgevonden in hun land. Om automatisch erkend te worden moeten vreemde verstotingen natuurlijk ook voldoen aan de vereisten van art. 570 Ger. W. En hierbij moet dan vooral gecontroleerd worden of de rechten van de verdediging werden geëerbiedigd.

Aldus beslist het Vrederecht te Sint-Jans-Molenbeek (17 februari 1978, *J.T.*, 1979, 255 met noot F. Rigaux), dat de eenzijdige verklaring van de Marokkaanse man voor twee Marokkaanse notarissen en gehomologeerd door de rechtbank, waarbij hij uit de echt scheidt van zijn Marokkaanse vrouw, niet kan worden erkend, daar de vrouw nooit werd verwittigd of geraadpleegd en dus de rechten

van de verdediging zijn geschonden. Hoewel de akte in kwestie niet als zodanig vermeldt dat het om een verstoting ging, wijzen alle gegevens in die richting.

Een zelfde redenering huldigt het Vrederecht van het eerste kanton te Brussel (3 mei 1978, *T. Vred.*, 1979, 3). De vrouw had de verstoting niet gevraagd, niet aanvaard en niet uitgelokt; zij werd niet opgeroepen, laat staan gehoord over het principe van de ontbinding van het huwelijk. De rechten van de verdediging waren dus duidelijk geschonden, zodat erkenning geweigerd wordt.

Bij vonnis van 8 mei 1979 besliste het Vrederecht te Fléron (*Jur. Liège*, 1979-80, 182 met noot M. Liénard-Ligny) eveneens dat een vreemd verstotingsvonnis niet kan worden erkend omdat in dat geval twee van de in art. 570 Ger. W. gestelde voorwaarden — niet in strijd met de internationaal privaatrechtelijke openbare orde en eerbiediging van de rechten van de verdediging — waren geschonden, doordat de vrouw tijdens de echtscheidingsprocedure niet gehoord werd.

Algemeen kan dan ook gezegd worden dat vreemde beslissingen, gewezen na een volledig eenzijdige verstotingsprocedure, in België niet erkend zullen worden.

C. Afstamming

32. 1. *Wettige afstamming*. De wettige afstamming, beschouwd als gevolg van het huwelijk, wordt beheerst door de wet die van toepassing is op het personeel huwelijksstatuut (R. Vander Elst, *a.w.*, p. 67bis, nr. 18.1 en de verwijzingen aldaar; vorig overzicht nr. 83, met verwijzingen aldaar), zijnde de gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten, en bij verschillende nationale wet, volgens de klassieke opvatting de nationale wet van de man en volgens een recente opvatting de wet van de (gemeenschappelijke) woonplaats van de echtgenoten.

De regel dat de gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten toepasselijk is, had door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (6 maart 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 179 met noot D. Huet-Weiller) moeten worden aangewend op de vordering door een Franse man ingesteld tegen het kind van zijn Franse echtgenote, ertoe strekkend de geboorteakte van het kind te verbeteren in de zin dat zijn naam als (wettige) vader zou worden geschrapt. Het kind werd geboren, jaren nadat een vonnis de scheiding van tafel en bed tussen de echtgenoten had toegestaan. De vraag naar de in deze zaak toepasselijke wet wordt merkwaardig genoeg door de rechtbank niet opgelost volgens de verwijzingsregel dat de gemeenschappelijke nationale wet toepasselijk is op de wettige afstamming. Welke verwijzingsregel hanteert ze dan wel? De rechtbank gaat ervan uit dat de eiser de Franse nationaliteit bezit, en zich dan ook terecht beroept op zijn nationale wet. In het Franse recht vindt ze dan de in art. 311-14 C. civ. vervatte verwijzingsregel, die bepaalt dat de afstamming beheerst wordt door de nationale wet van de moeder op het ogenblik van de geboorte. Deze regel leidt in casu (eveneens) tot de toepassing van de Franse wet.

Deze redenering wekt de indruk dat de rechtbank geen acht heeft geslagen op de Belgische verwijzingsregels, doch rechtstreeks de Franse conflictenregel toegepast heeft (zie D. Huet-Weiller, noot onder Rb. Brussel, 6 maart 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 183). Bij nader inzien heeft de rechtbank echter de Franse wet als nationale wet van de man toegepast, en wijst de controle van de Franse verwij-

zingsregel ter zake op een onderzoek of er op basis van het Franse recht een hervwijzing plaatsheeft (D. Huet-Weiller, *a.w.*, 183).

In ieder geval kan opgemerkt worden (hoewel het eindresultaat hetzelfde zou blijven) dat het hof niet de juiste Belgische verwijzingsregel (die de *gemeenschappelijke* nationaliteit als aanknopingsfactor hanteert) heeft toegepast. Hieraan moet trouwens toegevoegd worden dat de nationale wet van de man als aanknopingsfactor verlaten wordt door een recente tendens in de rechtspraak — ingeval de echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben (zie *supra*).

33. De Rechtbank te Leuven (8 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 258) heeft beslist dat de vordering tot ontkenning van vaderschap, die ingesteld werd door een Italiaan, door de Italiaanse wet geregeld wordt (het vonnis vermeldt de nationaliteit van de moeder niet, terwijl de woonplaats der echtgenoten in België gelegen is). De relevante Italiaanse wetteksten zijn art. 244 Italiaans B.W., dat bepaalt dat de vordering binnen een jaar na de geboorte moet worden ingesteld (wat gebeurd is), en art. 235-1 Italiaans B.W., dat de natuurlijke onmogelijkheid van gemeenschap aanvaardt als grond tot ontkenning van vaderschap. De rechtbank wijst er uitdrukkelijk (en o.i. overbodig) op dat de Italiaanse en de Belgische wetgeving ter zake overeenstemmen. In de (waarschijnlijke?) veronderstelling dat de moeder van het kind niet de Italiaanse nationaliteit had, kan uit dit vonnis afgeleid worden dat de recente tendens, die de wet van de (gemeenschappelijke) woonplaats van de echtgenoten toepast, niet werd gevolgd.

34. 2. *Natuurlijke afstamming*. De natuurlijke afstamming wordt, overeenkomstig artikel 3, 3e lid, B.W., beheerst door de nationale wet van de betrokkenen (R. Vander Elst, *a.w.*, 67ter, nr. 19.1). Voor de oplossing bij verschillende nationaliteit van ouder en kind wordt verwezen naar het vorig overzicht (nr. 85-88).

De gemeenschappelijke nationale wet van ouder en kind (op het ogenblik van geboorte) werd toegepast door de Rechtbank te Neufchâteau (17 januari 1979, *J.T.*, 1979, 630 met noot F. Rigaux). In dat geval stond het erfrecht van een kind van een Poolse vrouw, buiten huwelijk in Polen geboren, centraal (zie *infra* nr. 70). Volgens het Pools recht, toepasselijk volgens deze verwijzingsregel (de rechtbank onderzocht ook het Poolse I.P.R. om na te gaan of er geen hervwijzing was) staat de afstammingsband tussen de vrouw en het kind vast, zonder dat een erkenning vereist is.

De Poolse wet maakt geen onderscheid meer tussen de wettige en de natuurlijke afstamming. De rechtbank acht dit niet strijdig met onze internationaal-privaatrechtelijke openbare orde. De in ons recht nog steeds bestaande afstammingscategorieën bestaan dus niet meer in het toepasselijk verklaarde Poolse recht. Maar is het dan logisch om onze verwijzingsregel inzake natuurlijke afstamming toe te passen, of moet daarentegen de verwijzingsregel inzake wettige afstamming toegepast worden?

O.i. zit er geen onlogica in de toepassing van de Belgische verwijzingsregel inzake natuurlijke afstamming. Onze verwijzingsregels zijn volledig ingegeven door en geënt op de in ons intern recht bestaande juridische categorieën. De rechtsverhoudingen waarin een vreemd element betrokken is, moeten dan ook binnen die aanknopingscategorieën ondergebracht worden. Een afstammingsband buiten huwe-

lijk (de adoptieve afstamming laten we hier buiten beschouwing) moet, volgens de in ons recht geldende concepties, in de categorie natuurlijke afstamming ondergebracht worden, en bijgevolg moet de desbetreffende verwijzingsregel toegepast worden.

35. Zoals reeds in het algemeen deel gezegd werd hebben we hier te maken met het probleem van de «détermination du concept préjudiciel», dat past in het kader van de problematiek van de voorvraag. Vooraleer de Belgische erfregeling (die een verschillend erfdeel aan wettige en natuurlijke kinderen toekent) kan worden toegepast, moet de in het Poolse recht bestaande afstammingscategorie in overeenstemming gebracht worden met onze afstammingscategorieën. In casu werd het kind, waarvan de afstamming volgens de Poolse wet juridisch vaststaat (zonder onderscheid tussen wettige en natuurlijke afstamming), voor de toepassing van het Belgisch erfrecht gelijkgesteld met een wettig kind (zie hierover uitgebreid, *supra* nr. 8).

36. 3. *Adoptieve afstamming*. Art. 344, § 1, B.W. bepaalt dat ieder der betrokkenen, wat de grondvoorwaarden voor adoptie en wettiging door adoptie betreft, moet voldoen aan de eisen van zijn nationale wet. Het Hof van Beroep te Brussel (15 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2177) onderzocht dan ook terecht of een Duitse adoptant voldeed aan de in de Duitse adoptiewetgeving gestelde voorwaarden. Deze voorwaarden zijn vervuld omdat de adoptant inderdaad 35 jaar oud is (inmiddels verminderd tot 25), onbeperkt handelingsbekwaam is, en het kind van een medeëchtgenoot op grond van art. 1741 B.G.B. kan adopteren. Daarenboven werden de op basis van art. 1745 B.G.B. geuite bezwaren van de afstammelingen van de adoptant tegen homologatie van de adoptie, namelijk dat de adoptie eventuele patrimoniale nadelen voor hen zal inhouden, niet aangenomen.

37. Inzake wettiging door adoptie dient gewezen te worden op een belangrijk arrest van het Hof van Beroep te Luik (9 januari 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 397 met noot J. Dalcq, *J.T.*, 1979, 235, *Rev. Not. b.*, 1979, 628). In deze zaak bezat de adoptant de Algerijnse nationaliteit en de geadopteerde de Belgische nationaliteit, zodat, wat de grondvoorwaarden betreft, een distributieve toepassing van de nationale wetten diende te geschieden. Volgens de nationale — Algerijnse — wet van de adoptant is adoptie en wettiging door adoptie niet mogelijk. Om dit te verhelpen doet het hof een beroep op het begrip internationaal-privaatrechtelijke openbare orde. Zoals de wet op de jeugdbescherming zijn de wetten op de adoptie, aldus het hof, zo sterk verknocht met de zorg om de bescherming van de jeugd, met de organisatie van de afstamming en bijgevolg met de conceptie zelf van de hele familiale instelling, dat zij de essentiële beginselen van de morele, politieke en economische orde van ons land raken. De wettiging door adoptie wordt dan ook, op basis van de Belgische wet, toegestaan.

Die zienswijze van het Hof van Beroep te Luik druist in tegen een unanieme rechtsleer en rechtspraak (R. Vander Elst, «La filiation adoptive, le conflit de lois dans le temps et l'ordre public international», *Rev. Not. b.*, 1979, 619-621; R. Parijs en C. Van Buggenhout, «Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht», *R.W.*, 1979-80, 2636; J. Dalcq, noot onder dit arrest

in *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 402; J. Dalcq, «Adoption et légitimation par adoption», *Rev. Not. b.*, 1979, 196 en de daar geciteerde rechtspraak; F. Rigaux, *a.w.*, II, 1979, nr. 1000 en de daar geciteerde rechtspraak) die zich voor hun o.i. juiste opvatting baseren op de in art. 344, § 1, opgenomen distributieve verwijzingsregel inzake de toelaatbaarheid van de adoptie en de wettiging door adoptie (zie supra nr. 13), de wetsgeschiedenis en de casatierechtspraak waarin het begrip internationale openbare orde werd omschreven (Cass., 4 mei 1950, *Arr. Cass.*, 1950, 557, arrest dat eveneens betrekking had op de afstamming).

38. Het arrest van het Luikse Hof van Beroep bevat echter wel een correcte oplossing m.b.t. een ander probleem. De man had het kind geadopteerd vóór de onafhankelijkheid van Algerië, toen hij de Franse nationaliteit bezat. Het hof was terecht van oordeel dat de toen gehomologeerde adoptie geldig bleef, hoewel de latere nationale wet van de adoptant dit instituut niet kent. De verandering van nationaliteit wijzigt immers de onder het oude nationale recht regelmatig ontstane rechtsverhoudingen en definitief verworven rechten niet (R. Vander Elst, *a.w.*, *Rev. Not. b.*, 1979, 617).

D. Onderhoudsverplichtingen

39. 1. *Toepasselijke wet.* In ons vorig overzicht (nr. 103) wezen we op de bestaande onenigheid over de vraag of de onderhoudsverplichting tussen echtgenoten beheerst wordt door de wet die de persoonlijke gevolgen van het huwelijk bepaalt, of door de wet van het land waar de echtgenoten wonen (als wet van politie en veiligheid).

De rechtspraak van de hier behandelde periode schijnt deze laatste opvatting te huldigen, zij het op impliciete wijze. Zonder enige allusie op een mogelijk wetsconflict, wordt het Belgisch recht toegepast (Vred. St.-Jans-Molenbeek, 17 februari 1978, *J.T.*, 1979, 255 met bevestigende noot van F. Rigaux; Vred. Fléron 8 mei 1979, *Jur. Liège*, 1980, 182 met noot van M. Liénard-Ligny; zie ook Vred. Brussel, 3 mei 1978, *T. Vred.*, 1979, 3, waar uit de laatste overweging i.v.m. wetsontduiking blijkt dat de vrederechter het Belgisch recht toepasselijk acht op de onderhoudsvordering; vgl. A. Heyvaert, «Onderhoudsgeld in het Belgisch internationaal privaatrecht», in *Onderhoudsgeld*, C.E.D. Samsom, Brussel, 1978, 227, nrs. 31-32; J. Erauw, «De collisierechtelijke aanknoping van het patrimoniale basisstatuut ('primair statuut') van het huwelijk», in *R.W.*, 1978-79, 881 e.v.). Telkens ging het om onderhoudsvorderingen van Marokkaanse vrouwen tegen hun Marokkaanse man, die in Marokko na een eenzijdige procedure de verstoting had verkregen, en de vreemde verstotingsakte inriep om het niet (langer) bestaan van de onderhoudsplicht te staven. In de drie gevallen werd de vreemde rechterlijke akte niet erkend wegens strijdigheid met onze internationaal privaatrechtelijke openbare orde (zie supra nrs. 15 en 31). De toepassing van Marokkaans recht op de onderhoudsplicht tussen echtgenoten zou dus in casu moeilijk te verdedigen zijn, aangezien het huwelijk volgens dat recht ontbonden is.

40. Dat bij internationale onderhoudsvorderingen het internationaal karakter meer dan eens verwaarloosd wordt, m.a.w. dat zonder meer het Belgisch recht wordt toegepast, bleek eveneens uit twee beslissingen (Rb. Antwerpen,

1 juni 1978, A.R. nr. 30.931 en Hof Antwerpen, 25 juni 1979, A.R. nr. 1929/78, beide niet gepubliceerd) inzake de onderhoudsvordering van Italiaanse kinderen tegen hun vermoede Italiaanse vader. Misschien achtten de rechtbank en het hof het niet nodig om op het wetsconflict in te gaan, omdat de onderhoudsplichtige het bestaan van zijn onderhoudsplicht niet betwistte, doch enkel de gevorderde bedragen. Niettemin kan de juridische omvang van de onderhoudsvergoeding van land tot land verschillen. Wat er ook van zij, het eindresultaat inzake de toegepaste wet zou in casu hetzelfde zijn, zo het wetsconflict (op juiste wijze) was opgelost: op basis van art. 1 van het Haags Verdrag van 24 oktober 1956 nopens de wet welke op onderhoudsverplichtingen jegens kinderen toepasselijk is, is eveneens het Belgisch recht toepasselijk, als wet van de gewone verblijfplaats van de kinderen.

41. 2. *De erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde onderhoudsbeslissingen.* Het Haags Verdrag van 15 april 1958 betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake onderhoudsverplichtingen jegens kinderen, werd in de behandelde periode toegepast op de vraag tot verlening van het exequatur aan een Duits vonnis, waardoor de Belgische natuurlijke vader van een Duits kind veroordeeld werd tot betaling van alimentatie (ook de toepassing van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 in deze materie is mogelijk, zie J. Erauw, «Duitse alimentatievorderingen en de openbare orde in België», *R.W.*, 1979-80, 1731-32, nr. 6).

Het Hof te Luik (17 mei 1977) had het exequatur verleend, oordelend dat onze internationaal privaatrechtelijke openbare orde niet geschonden wordt door een vreemde beslissing die de onderhoudsvordering van het natuurlijk kind toewijst, na de afstamming vastgesteld te hebben via andere bewijsmiddelen dan die welke de Belgische wet toelaat (nl. op basis van de verklaring onder ede van de moeder, dat de verweerder met haar geslachts-gemeenschap heeft gehad tijdens de wettelijke conceptieperiode). Het middel van de tegen dit arrest ingestelde voorziening verdedigde de tegenovergestelde mening.

Het Hof van Cassatie (25 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1763) overwoog dienaangaande «dat de bepalingen van artikel 340b van het Burgerlijk Wetboek betreffende de bewijsmiddelen van de gemeenschap ongetwijfeld van interne openbare orde zijn». Vervolgens herhaalde het Hof zijn oude (en vage) definitie van het begrip internationale openbare orde: «een wet van interne openbare orde is slechts van internationale openbare orde in zoverre de wetgever door de bepalingen ervan een beginsel heeft willen vastleggen dat naar zijn oordeel van essentieel belang is voor de gevestigde morele, politieke of economische orde, en dat volgens hem noodzakelijk de toepassing in België onmogelijk moet maken van elke tegenstrijdige of afwijkende regel uit het personeel statuut van de vreemdeling.»

Die bepaling toepassend op het voorgelegde geschil oordeelde het Hof dat de in art. 340b vervatte bewijsregeling niet van essentieel belang is voor de gevestigde morele, politieke of economische orde (over de interpretatie van de term «openbare orde» in het Haags Verdrag, zie supra nr. 12). Wel zal, aldus J. Erauw (*a.w.*, *R.W.*, 1979-80, 1735-1737), in ieder geval moeten worden nagegaan of de rechten van de verdediging geëerbiedigd werden, meer bepaald dan met betrekking tot mogelijk tegenbewijs.

(Tweede deel in volgend nummer)

J. DE CEUSTER en S. REICH

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 19 JUNI 1980

Voorzitter-rapporteur: ridder de Schaetzen

Advocaat-generaal: de h. Colard

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Claeys Bouàaert

Onteigening — Vergoeding — Verlies van een voordelige huur.

De huurster van een deel van een onteigend gebouw vroeg een vergoeding wegens het verlies van het voordeel ten gevolge van het voor haar gunstige bedrag van de huur die ze betaalde. Niet wettelijk verantwoord is het arrest dat deze aanvraag verwerpt om de enkele reden dat het door de huurder ingeroepen voordeel voor de eigenaar een nadeel meebracht waarmee geen rekening werd gehouden om de aan laatstgenoemde verschuldigde vergoeding vast te stellen.

P.V.B.A. N. t/ Wegenfonds

Gelet op het bestreden arrest, op 30 januari 1979 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Overwegende dat de voorziening enkel tegen het arrest is gericht in zoverre het geen rekening houdt met het verlies van een voordelige huur voor de vaststelling van de aan eiseres verschuldigde onteigeningsvergoeding;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 11 van de Grondwet, 19 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemenen nutte en 6 van de wet betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening ten algemenen nutte vervat in de wet van 26 juli 1962 betreffende de onteigeningen ten algemenen nutte en de concessies voor de bouw van autosnelwegen,

doordat het hof van beroep, door uitspraak te doen op verweerders vordering tot herziening van de door de vrederechter van het tweede kanton te Verviers voorlopig vastgestelde vergoedingen wegens de onteigening ten algemenen nutte van een gebouw gelegen Davidstraat te Verviers dat een werkplaats bevat die gehuurd werd door eiseres, en waarbij de conclusie aanhangig was waarin eiseres deed gelden «dat ze een bedrag van 60.000fr. per jaar» betaalde als huurgeld voor die werkplaats «en dat men als redelijk mag beschouwen dat de huur van een werkplaats met alle geriefelijkheden, gelegen in het centrum van de stad, minimum 250.000fr. per jaar kan bedragen» en «dat wanneer een huurder een gebouw betreft tegen een huur die lager is dan de huurwaarde van het goed, hij recht heeft op een vergoeding die berekend moet worden volgens het verschil tussen de huur en de werkelijke huurwaarde en de huurtijd», beslist dat, om de aan eiseres verschuldigde onteigeningsvergoeding te berekenen, het verlies van de voordelige huur die ze genoot, in aanmerking moet worden genomen, op grond dat «dit voordeel, toegekend om iemand al dan niet een gift te doen, hetgeen van geen belang is, het goed in waarde doet dalen op de immobiliënmarkt en

aldus niet voordelig is voor de eigenaars die een waardevermindering ondergaan waarmee echter geen rekening werd gehouden om de aan laatstgenoemden verschuldigde vergoeding wegens eigendomsontneming vast te stellen»;

terwijl de vergoeding waarop de onteigende aanspraak kan doen krachtens artikel 11 van de Grondwet, billijk en voorafgaand moet zijn, met andere woorden de schadelijke gevolgen van de onteigening volledig moet vergoeden; de huurder van een onroerend goed die een huurgeld betaalt dat lager is dan de normale huurwaarde van het goed aldus een voordeel geniet waarmee rekening moet worden gehouden om de aan deze huurder verschuldigde onteigeningsvergoeding vast te stellen; nu de huurder een afzonderlijke schade lijdt wegens het verlies van zijn huur, hij recht heeft op een vergoeding die verschillend is van de vergoeding die aan de onteigende eigenaar werd toegekend; deze vergoeding moet worden vastgesteld gelet op de door eiser geleden schade; daaruit volgt dat door te weigeren eiseres te vergoeden voor het verlies van een «voordelige» huur op grond dat dit gegeven niet in aanmerking werd genomen voor de vaststelling van het bedrag van de aan de eigenaars toegekende vergoeding, het arrest al de in het middel vermelde bepalingen schendt;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres, huurster van een deel van het onteigend gebouw, een vergoeding vroeg wegens het verlies van het voordeel ten gevolge van het voor haar gunstig bedrag van de huur die ze betaalde;

Overwegende dat het arrest deze aanvraag verwerpt op grond dat dit voordeel het goed in waarde doet dalen op de immobiliënmarkt en aldus niet voordelig is voor de eigenaars die een waardevermindering ondergaan waarmee echter geen rekening werd gehouden om de aan laatstgenoemden verschuldigde vergoeding wegens eigendomsontneming vast te stellen;

Overwegende dat inzake onteigening ten algemenen nutte de vergoeding billijk moet zijn, namelijk dat ze de gehele aan de onteigende veroorzaakte schade dient te herstellen;

Overwegende dat, door te steunen op de enkele reden dat het door de huurder ingeroepen voordeel voor de eigenaar een nadeel meebracht waarmee geen rekening werd gehouden voor de aan laatstgenoemde verschuldigde vergoeding vast te stellen, het arrest zijn beslissing niet wettig verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 25 SEPTEMBER 1980

Voorzitter-rapporteur: ridder de Schaetzen

Advocaat-generaal: de h. Colard

Advocaten: mrs. Dassel en Bützler

Wegverkeer — Voorrang — Twee bestuurders voeren maneuver uit.

Een bestuurder die de weg volgde, en een bestuurder die uit zijn garage kwam gereden, stopten beiden om elkaar te laten voorgaan, brachten tegelijkertijd hun voertuig opnieuw in beweging en kwamen met elkaar in botsing.

Nu het vonnis vaststelt dat de tweede bestuurder, op het ogenblik van de botsing, na te hebben aangezet niet volledig uit de garage was gereden en zijn maneuver niet had voltooid, terwijl de eerste bestuurder weer zijn normale plaats in het verkeer had ingenomen, maakt het een juiste toepassing van de wet door te beslissen dat de tweede bestuurder alleen aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het ongeval.

G. t/ L.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 juni 1979 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 16.1, 17 van het koninklijk besluit van 14 maart 1968 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het vonnis, na met overname van de motieven van de beslissing van de eerste rechter te hebben dat eiser uit zijn garage in de Viséstraat te Watermaal-Bosvoorde kwam en van rechts kwam gereden ten aanzien van verweerder die in de Viséstraat reed, en dat beiden gestopt zijn om elkaar te laten voorgaan en hun voertuig tegelijkertijd opnieuw in beweging hebben gebracht, zijn beschikende gedeelte verantwoordt door te zeggen dat de regel «Rechts gaat voor» niet toepasselijk is «wanneer een van beide bestuurders benevens het opnieuw in beweging brengen nog een ander maneuver uitvoert (in casu achteruit rijden)» en dat «zulks ten deze het geval was van geïntimeerde (eiser) die uit een garage kwam gereden en dat maneuver niet voltooid had (wagen loodrecht op de rijbaan met de achterzijde op het voetpad)»,

terwijl de betrekkingen tussen twee bestuurders die beiden een maneuver uitvoeren geregeld worden bij de algemene regel van artikel 16.1 van het Wegverkeersreglement die zegt dat elke bestuurder de doorgang moet vrijlaten voor de van rechts komende bestuurder en niet door artikel 17 van hetzelfde reglement volgens hetwelke elke bestuurder die een maneuver uitvoert de andere bestuurders moet laten voorgaan, zulks onderstelt dat er tegelijkertijd een bestuurder is die een maneuver in de zin van die bepaling uitvoert en een andere bestuurder die geen dergelijk maneuver uitvoert; de omstandigheid dat eiser tegelijkertijd twee maneuvers uitvoerde (zijn voertuig opnieuw in beweging brengen en het maneuver uit een garage rijden voltooien) geenszins belet dat verweerder tegelijkertijd een maneuver uitvoert door zijn voertuig opnieuw in beweging te brengen; het vonnis door bijgevolg te beslissen dat de regel «Rechts gaat voor» niet toepasselijk was, zijn impliciet tot staving van zijn beschikende gedeelte genomen beslissingen niet wettelijk verantwoordt volgens hetwelk verweerder eiser niet moest laten voorgaan die van rechts kwam, terwijl eiser een fout had begaan door verweerder niet te laten voorgaan, zodat hij de door laatstgenoemde geleden schade moet vergoeden (schending van de artikelen 16.1 en 17 van het koninklijk besluit van 14 maart 1968 houdende algemeen reglement op de politie van het

wegverkeer en van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat de verplichting van het Wegverkeersreglement voor de bestuurder die een maneuver wil uitvoeren de andere bestuurders te laten voorgaan, blijft bestaan zolang die bestuurder zijn maneuver niet heeft voltooid;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het bestreden vonnis en van het beroepen vonnis waarnaar het verwijst volgt dat hoewel, enerzijds, beide bestuurders gestopt zijn om elkaar te laten voorgaan en tegelijkertijd hun voertuig opnieuw in beweging hebben gebracht, eiser, anderzijds, op het ogenblik van de botsing, na te hebben aangezet niet volledig uit de garage was gereden en zijn maneuver niet had voltooid terwijl verweerder zijn normale plaats in het verkeer terug had ingenomen;

Overwegende dat het bestreden vonnis bijgevolg, door te beslissen dat eiser alleen aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het ongeval, de wet juist heeft toegepast;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN BEROEP TE GENT

5e KAMER — 7 MAART 1979

Voorzitter: de h. De Clercq

Raadsheren: de hh. Colle en Roose

Advocaten: mrs. Vercruyssen en Vertriest

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Gemeente — Weg — Losliggende steen — Op afstand merkbaar — Risico-aanvaarding.

Van een gemeente kan niet worden geëist dat zij bestendig en onmiddellijk de pas ontstane kleine gebreken van haar wegnennet verhelpt.

Een autobestuurder aanvaardt bewust een risico en begaat een onvoorzichtigheid door een op afstand zichtbare hindernis — een losliggende steen op het wegdek — te negeren.

Van N. t/ Gemeente Vlissegem

De eis van de appellant beoogt de vergoeding van de schade die hij geleden heeft aan zijn wagen naar aanleiding van een verkeersongeval te Vlissegem op 29 juli 1975 om 14 uur.

De appellant volgde er de Vijfwegenstraat en botste met de achterbrug van zijn auto tegen een losliggende kasseisteel. Hij acht de gemeente Vlissegem aansprakelijk wegens gebrek aan gevaarssignalisering, alsook op grond van de decreten van 1789-1790 en art. 1384 B.W.

Uit de eigen verklaring van de appellant, afgelegd bij de aangifte enkele dagen na het ongeval, blijkt dat hij deze in slechte toestand verkerende straatweg volgde met een snelheid van 40-50 km/uur toen hij in het midden van de bolvormige rijbaan een losliggende kasseisteel zag liggen. Hij reed met zijn wielen aan weerszijden van deze steen maar voelde een hevige slag onder aan zijn wagen terwijl de steen bezijden de weg wegrolde.

Volgens de vaststellingen van de verbalisant ontbrak inderdaad aldaar in het wegdek een kasseisteen die teruggevonden werd in de graskant. De verbalisant is van mening dat de straatsteen losgekomen is door de warmte en het verkeer dat tijdens het zomerseizoen regelmatig deze weg in slechte toestand gebruikt. Hij acht de stelling van de appellant niet onwaarschijnlijk. De gemeente herstelde dadelijk het wegdek.

Uit die gegevens mag worden afgeleid dat het loskomen van de straatsteen nog maar onlangs gebeurd moest zijn en de gemeente, die toch niet bestendig en onmiddellijk de pas ontstane kleine gebreken van haar wegnnet kan verhelpen, ter zake niet eens de tijd en de mogelijkheid heeft gehad om aldaar een gevaarsteken te plaatsen of het wegdek te herstellen, hetgeen zij trouwens dadelijk deed zodra de toestand haar bekend was. Een tekortkoming van de gemeente komt niet bewezen voor.

Voorts staat vast dat de appellant wist dat hij een weg in slechte staat volgde met zichtbaar bolvormig wegdek, zodat het onderstel van autovoertuigen daardoor veel dichter bij het hoger gelegen midden van de rijbaan komt dan op een gewone rijbaan met horizontaal vlak wegdek. Wanneer dan nog een losgekomen kasseisteen zichtbaar gelegen was bovenop en nagenoeg in het midden en hoogst gelegen deel van dit bolvormig wegdek, was het duidelijk dat de autobestuurder die over deze hindernis reed, bewust het risico nam deze kasseisteen met het onderstel van zijn wagen te raken.

De appellant kan ter zake in elk geval niet beweren dat hij verrast is geweest door een plaatsgesteldheid die toch voor iedere autobestuurder kennelijk gevaarlijk was. Indien het hem niet mogelijk bleek rechts of links naast de kasseisteen door te rijden, behoorde hij zijn voertuig vóór deze zichtbare hindernis te stoppen. Voor een bestuurder die zijn snelheid aan de slechte toestand van deze weg had aangepast, kon dit zonder moeite gebeuren.

Door het negeren van een op afstand zichtbare hindernis, heeft de appellant bewust een risico aanvaard en als bestuurder een onvoorzichtigheid begaan die de enige oorzaak is van het ongeval. Nu aan de zijde van de gemeente geen enkele schuld of enig gebrek van het wegnnet, dat zij onder haar bewaring heeft, in causaal verband met dit ongeval bewezen voorkomt, moet alleen de appellant aansprakelijk geacht worden voor zijn schade.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 18 NOVEMBER 1980

Voorzitter: de h. Meers

Raadsheren: de hh. Janssens en Vandeplas (rapporteur)

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaten: mrs. Van den Bergh en Bonjé

Inkomstenbelastingen — Onroerende voorheffing — Kwijtschelding wegens onbewoonbaarheid.

Wanneer grote veranderings- of aanpassingswerken de volkomen onbewoonbaarheid van het huis tijdens heel de duur van de werken hebben veroorzaakt en deze veranderingswerken niet kunnen worden toegeschreven aan

willekeur of aan de grillen van de belastingplichtige die trouwens heeft aangedrongen op een spoedige herstelling van zijn huis, is de inproductiviteit van het onroerend goed te wijten aan noodzakelijke herstellingen die een normaal gebruik van het huis moesten waarborgen, zodat er aanleiding is tot kwijtschelding van de onroerende voorheffing voor het volledig aanslagjaar, als de werken méér dan een jaar hebben geduurd.

N.V. E. t/ Belgische Staat

Overwegende dat de appellante kwijtschelding van de onroerende voorheffing voor het aanslagjaar 1977 vraagt wegens inproductiviteit van haar eigendom gelegen te Kapellen, Franselei, 7, gedurende geheel het jaar 1977;

Overwegende dat niet betwist wordt dat dit onroerend goed ongebruikt en zonder enige opbrengst is gebleven gedurende het volledig aanslagjaar en dat er ook geen enkele poging tot verhuring werd gedaan;

Overwegende dat de appellante aanvoert dat het onroerend goed in uiterst slechte staat verkeerde, toen het door de vorige bewoners werd verlaten, en dat het niet meer bewoonbaar was zodat er dringend herstellingswerken moesten worden uitgevoerd, dat er aan dakwerken en loodgieterij voor 110.238fr. werd uitgegeven en aan elektriciteitswerken voor 307.800fr., dat hieruit kan worden afgeleid dat het om zeer omvangrijke herstellingen gaat die ongetwijfeld de volledige buitengebruikstelling van de woning tijdens heel het aanslagjaar 1977 hebben meegebracht;

Overwegende dat de volledige vernieuwing van het dak, de vervanging van de dakgoten, de vernieuwing van heel de elektrische inrichting en de herstellingen van het sanitair moeten worden beschouwd als grote veranderings- of aanpassingswerken; dat deze herstellingen ontegensprekelijk de volkomen onbewoonbaarheid van het huis tijdens heel de duur van de werken hebben veroorzaakt en dat deze veranderingswerken niet aan willekeur of aan de grillen van de appellante te wijten zijn; dat vanaf het begin van het aanslagjaar bij de aannemers aangedrongen werd op een spoedige herstelling van het huis, dat de talrijke herinneringsbrieven en zelfs een inmorastelling erop wijzen dat de appellante niets heeft nagelaten om de uitvoering der werken te bespoedigen; dat dan ook niet aangenomen kan worden dat de inproductiviteit van het onroerend goed louter «aan de vrije wil van de rekwirante» te wijten zou zijn, maar aan noodzakelijke herstellingen die een normaal gebruik van de woning moesten waarborgen;

Overwegende dat het attest van de politiecommissaris waarbij hij verklaart dat de onbruikbare toestand «enkel te wijten was aan veranderings- of verbouwingswerken» de vaststellingen aan de hand van de voorgebrachte facturen en van de beschrijving der werken niet kan ontzenuwen; dat het trouwens niet eens blijkt dat de politiecommissaris zich ter plaatse heeft begeven om de toestand van het betrokken huis te onderzoeken;

Overwegende dat ten deze de appellante op voldoende wijze aantoonde dat de inproductiviteit van de bedoelde woning louter aan uitzonderlijke en buiten haar toedoen ontstane omstandigheden te wijten was tijdens heel de duur van het aanslagjaar 1977 en dat er derhalve aanleiding is om de appellante kwijtschelding van de onroerende voorheffing te verlenen voor dat aanslagjaar;

Overwegende dat appellante een rechtsplegingsvergoeding vordert doch, deze in strijd zijnde met de bepalingen

van artikel 293 W.I.B., niet kan worden toegekend; dat tevens een bedrag van 1.000fr. wordt gevorderd voor de aanzegging van de voorziening in beroep, doch deze kosten eveneens dienen te worden berekend overeenkomstig voormeld artikel 293 (zoals in strafzaken) en derhalve slechts 150fr. mogen bedragen;

(...)

ARBEIDSHOF TE GENT

6e KAMER — 20 OKTOBER 1980

Voorzitter: de h. Wynants

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Steyaert en Willems

Advocaat-generaal: de h. Van der Steichel

Advocaat: mr. Cooreman loco De Schrijver

Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Weigering van een dienstbetrekking in het bijzonder tijdelijk kader — Betrekking niet aangeboden via de R.V.A.

Een werkloze die zelf een dienstbetrekking in het bijzonder tijdelijk kader heeft gezocht doch ze uiteindelijk niet aanvaardt, kan niet uitgesloten of in zijn recht op werkloosheidsuitkeringen beperkt worden, wanneer de R.V.A. niet bewijst dat hij zelf de betrekking in het bijzonder tijdelijk kader heeft aangeboden, dat de criteria inzake de passende dienstbetrekking vervuld zijn en dat enige arbeidsovereenkomst werd afgesloten die de goedkeuring van de directeur van het gewestelijk bureau heeft weggedragen.

Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening t/ V.K.

Bij beslissing van 2 juni 1978 heeft de directeur van het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening te Gent geïntimeerde niet toegelaten tot het recht op werkloosheidsuitkeringen voor een periode van vier weken ingaande op 5 juni 1978, omdat hij een passende dienstbetrekking bij het gemeentebestuur te Lovendegem als arbeider (bijzonder tijdelijk kader) had geweigerd.

De eerste rechter vernietigde deze bestreden administratieve beslissing, oordelend dat uit geen enkel stuk van het administratief dossier blijkt dat het om een aangeboden dienstbetrekking ging, zodat artikel 134 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 niet toepasselijk is en het principe van de contractuele vrijheid dient te worden gehandhaafd (cf. artikel 133 van het koninklijk besluit van 20 december 1963).

Uit de elementen van het administratief dossier is gebleken dat geïntimeerde zelf had gezocht naar een dienstbetrekking, doch dat hij, toen hij vernam dat hij maandelijks ± 4.000fr. minder loon zou hebben dan het bedrag van zijn werkloosheidsuitkeringen, van zijn voorname heeft afgezien.

(...)

3. Over de middelen van appellant in hoger beroep en hun bespreking

Appellant steunt zich in hoger beroep op de voorschriften van artikel 39 van het ministerieel besluit van 4 juni 1964, stellend dat het feit dat geïntimeerde minder zou

verdienen geen reden kan zijn om een dienstbetrekking te weigeren.

Het feit dat geïntimeerde zelf een dienstbetrekking heeft gezocht kan volgens appellant geen reden zijn om een passende dienstbetrekking te weigeren daar de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zeker het monopolie niet bezit voor het opzoeken van dienstbetrekkingen.

Bespreking (...)

Hoewel artikel 133 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 een algemene draagwijdte heeft, dient *in casu* artikel 83 van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978 toegepast te worden. Dit artikel betreft het bijzonder tijdelijk kader. Ingevolge dit artikel stellen de diensten voor arbeidsbemiddeling van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de in het bijzonder kader tewerk te stellen werknemers voor, rekening houdend met de criteria inzake de behoorlijke betrekking. De directeur van het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening keurt de arbeidsovereenkomsten voor bedienden en werklieden goed die in overeenstemming met de goedgekeurde aanvragen worden gesloten.

In casu wordt niet bewezen dat de diensten van de arbeidsbemiddeling geïntimeerde hebben voorgesteld om tewerkgesteld te worden in het bijzonder tijdelijk kader, dat de criteria inzake behoorlijke betrekking vervuld zijn en dat enige arbeidsovereenkomst werd gesloten die daarenboven de goedkeuring van de directeur van het gewestelijk bureau heeft weggedragen.

Bij afwezigheid van deze voorwaarden kan geen toepassing gemaakt worden van artikel 134 van het koninklijk besluit van 20 december 1963.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE LEUVEN

RAADKAMER — 19 DECEMBER 1980

Voorzitter: de h. Van Doren

Openbaar ministerie: de h. Moens

Advocaat: mr. Van Orshoven

Persmisdrif — Illegale radioberichtgeving.

Een persmisdrif moet de uitdrukking zijn van een ongeoorloofde of misdadige gedachte of mening uitgedrukt in een gedrukt geschrift. De grondwetgever kan de radiouitzendingen niet bedoeld hebben als behorend tot het begrip «pers» vervat in artikel 98 van de Grondwet.

H. e.a.

Conclusie van het openbaar ministerie

Betrokkenen worden verdacht van overtreding op de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving.

In hun conclusie geven verdachten deze feiten toe, maar ze beweren dat het misdrijf een *persmisdrif* zou zijn, waarvan de beoordeling ingevolge artikel 98 van de Grondwet aan de jury toekomt.

De argumentatie ter zake kan als volgt worden samengevat:

1) De tot het publiek gerichte radio-omroep, zoals die door de verdachten werd beoefend, beantwoordt aan het begrip «pers» in de zin van het Grondwettelijk recht. Zowel uit de bewoordingen van het besluit van het Voorlopig Bewind op de Persvrijheid van 16 oktober 1830, als uit de interpretatie van de rechtsleer ter zake, zou blijken dat het begrip «pers» moet worden uitgebreid tot de moderne middelen van toegang tot de openbare opinie: film — radio — televisie. Ook de rechtspraak heeft het oorspronkelijk begrip «drukkers» verlaten om een ruime interpretatie te gaan aankleven. De grondwetgever had de bedoeling van elk misdrijf, waarbij de pers of een verschijningsvorm daarvan in het gedrang komt, een persmisdrijf te maken. Het misdrijf «dat niets anders is dan het negeren van het verbod op een bepaalde verschijningsvorm van de pers, in casu van de privé 'gesproken pers', is als het ware per definitie een persmisdrijf in de zin van artikel 98 der Grondwet».

2) Het ten laste gelegde feit beantwoordt ook aan de door de rechtsleer gestelde vereisten voor de toepassing van artikel 98 van de Grondwet:

a) er is een uiting van een mening (zie aard en inhoud van de programma's);

b) deze meningsuiting is strafbaar: «ten getuige daarvan de onderhavige vervolging» en deze meningsuiting is het *essentiële zonië het enige element van het tenlastegelegde misdrijf* (Cass., 12 mei 1930, 394);

c) de meningsuiting wordt verspreid via een technisch procédé van vermenigvuldiging (pers — fonoplaten — radio);

d) er is openbaarheid, vermits dit de bedoeling is en elke bezitter van een radiotoestel de uitzendingen kan opvangen.

Het openbaar ministerie meent wat de punten 1) en 2) b betreft de navolgende beschouwingen te moeten doen gelden:

I. Is de «radio-omroep» vervat in het begrip «pers» zoals bedoeld in artikel 98 der Grondwet?

a) De klassieke opvatting van de rechtsleer houdt zich aan de strikte interpretatie van de term «drukkers». Zie o.m. G. Schuind, *Traité pratique de Droit Criminel*, 1980, deel I, p. 104; J. Constant, *Manuel de Droit Pénal*, (1948), deel I, p. 81, die zich in ongeveer gelijklopende termen uitdrukken: «Par le mot 'Presse', il faut entendre tout procédé mécanique, physique ou chimique permettant de reproduire un texte à un grand nombre d'exemplaires (système Ronéo, chromographe, etc.). Il en est ainsi dès que le texte est reproduit à l'aide d'une matrice quelconque. La Cour de Cassation a décidé qu'il faut entendre par le mot 'presse' des écrits composés à l'aide d'une empreinte sur des feuilles de papier ou d'autres substances utilisées pour mettre en circulation les opinions émises par écrit et comportant la confection de multiples copies à l'aide d'une même forme de disposition de caractères graphiques, qu'ils soient fixes ou mobiles (Cass., 25 octobre 1909, Pas., 1909, I, 416, et la note).»

b) Het is juist dat zich een evolutie heeft voorgedaan, die ertoe strekt aan het begrip «pers» een meer algemene en extensieve interpretatie te geven.

Toch mag verwezen worden naar de pertinente bemerkingen die A. Vandeplassa desangende maakte in de noten 5 en 6 bij het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 21 juni 1972 (R.W., 1973-74, 107 en 108), waar duidelijk de

vraag wordt opgeworpen of de jurist zich zonder meer kan neerleggen bij de «apodictische uitspraak» van het hof, die ter zake een schoolvoorbeeld van analogische toepassing van strafbepalingen maakte.

Dezelfde commentator vermeldt (noot 6) een aantal vragen die open blijven en waarin het gevaar van een te ver doorgedreven interpretatie bij analogie wordt aangetoond.

In zijn artikel «Het rechtsstelsel van radio en televisie en de grondwettelijke vrijheden» (R.W., 1961-62, 2338 e.v.) — door de verdediging geciteerd — heeft prof. Ganshof van der Meersch, hoewel hij zich voorstander noemt van een ruime interpretatie van de term «drukkers», toch een aantal restricties in zijn betoog ingebouwd:

— een *aanpassing* van artikel 18 der Grondwet is dringend noodzakelijk om de radio-omroep en televisie *niet meer* uit het gebied van de grondwettelijke garanties *uit te sluiten*;

— hoewel de «drukkers» vrij is (art. 18 Grondwet) zijn de maatregelen tot organisatie en beperking van radio-omroep en televisie volstrekt aanvaardbaar. Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (Rome 4.11.1950) zegt trouwens uitdrukkelijk in de bepaling betreffende de vrijheid van mening, dat de Staten de radio-omroep en de televisie kunnen onderwerpen aan vergunningen (art. 10, lid 1).

De radio-omroep valt onder het begrip «pers»? Mischien, maar minstens met de nodige reserves.

II. Maar: zelfs zo deze interpretatie naar analogie aanvaard wordt, is het uitzenden (van de radio-omroep) zonder de vereiste vergunning geen persmisdrijf

1) De rechtsleer zegt het in zoveel woorden: het persmisdrijf is een ideeënmisdrijf (G. Schuind, o.c., p. 104; J. Constant, o.c., p. 80). Er moet in het geschrift de uitdrukking van een gedachte, of een mening zijn die de rechter moet beoordelen.

Het persmisdrijf is een gedraging bij de wet strafbaar gesteld (openbare zedenschennis, eerroof, laster, beledigingen, e.d.) die zich uit door middel van de drukpers. Het «drukkerwerk» dat verspreid wordt moet het «misdrijf inhouden». Art. 11 van het decreet op de drukpers van 20 juli 1831 zegt het met zoveel woorden: «Dans tous les procès pour délits de presse, le jury, avant de s'occuper de la question de savoir si l'écrit incriminé renferme un délit...», J. Simon, *Belgisch Strafrecht*, nr. 94, blz. 93, geeft de volstrekt juiste bepaling: «Onder persmisdrijf verstaat men de openbaring van een misdadige gedachte door een middel dat de weergave toelaat van die gedachte in een groot aantal exemplaren.»

Het persmisdrijf is dus niet wat door taalverwarring zou kunnen genoemd worden «het strafbaar uiten van een mening» maar «het uiten van een strafbare mening» door middel van de pers.

Als men de gelijkstelling van radio-omroep met pers aanvaardt (zie supra I), dan zou er pas van een persmisdrijf sprake zijn zo men de inhoud van de uitzendingen als strafbaar zou aanmerken omdat ze een gemeenrechtelijk misdrijf (eerroof, smaad, beledigingen, openbare zedenschennis, enz.) inhouden, en er over de strafbaarheid van die gedachte door een rechter zou moeten worden geoordeeld.

Het uitzenden op zichzelf daarentegen is en blijft een

inbreuk op de wet van 30 juli 1979 waarvan de beoordeling en de berechting behoort tot de bevoegdheid van de correctionele rechtbank.

2) Zoals men naast het eigenlijke persmisdrijf de «drukkerijmisdrijven» kent, die *niet* de uiting van een gedachte zijn, doch louter stoffelijke daden of verzuimen die inbreuk uitmaken op de reglementering van het drukkerijbedrijf (Vanhoudt en Calewaert, *Belgisch Strafrecht*, 1968, deel II, p. 314), zo zou men hier (met een neologisme) van een «uitzendmisdrijf» kunnen gewagen, te weten een inbreuk op de reglementering van de radiouitzendingen.

Zoals het «onwettig» verkopen van gedrukte gedachten (boekhandel zonder handelsregister bij voorbeeld) geen persmisdrijf kan zijn, kan er bij het «onwettig» uitzenden van gesproken gedachten (zelfs bij analogie met gedrukte) evenmin van een persmisdrijf sprake zijn. Een laatste overweging: de wet van 11 april 1936 geeft de regering de macht de invoer van onzedelijke publikaties te verbieden. Wie dit verbod overtreedt begaat een misdrijf (art. 2), dat door geen zinnig mens als persmisdrijf zal worden aangemerkt; wie het verbod tot uitzending van radio-omroep naast zich legt, kan evenmin inroepen dat hij een persmisdrijf beging, waarover de jury moet oordelen.

Besluit

In tegenstelling met wat de verdediging in haar conclusie aanvoert, wordt aan verdachten niet ten laste gelegd een *strafbare mening* te uiten (door middel van de pers), doch wordt hen verweten met overtreding van de wet van 30 juli 1979 een mening (op zichzelf onbesproken) op een niet geoorloofde en dus *strafbare manier* te verspreiden. De uitzendingen van een radio-omroep, zonder de vereiste vergunning, zijn en blijven een inbreuk op de wet van 30 juli 1979; ze maken in se geen persmisdrijf uit.

Beschikking

Overwegende dat uit de gegevens van het onderzoek en uit de verklaringen van de eerste negen verdachten blijkt, dat er voldoende bezwaren bestaan, wat betreft de telastlegging, doch onvoldoende bezwaren wat betreft de tiende verdachte;

Overwegende dat de eerste zeven verdachten ten onrechte beweren dat het aldus omschreven misdrijf onder toepassing van art. 98 van de Grondwet zou vallen en een persmisdrijf zou uitmaken;

Overwegende dat de voorschriften zoals vervat in de wet van 30 juli 1979 van openbare orde zijn; dat zij ertoe strekken de vrijheid van mening evenals de persvrijheid te waarborgen; dat het tot de wezenlijke bestanddelen van een persmisdrijf behoort dat de uitgedrukte mening strafbaar moet zijn en alleen misdrijven die in het uitdrukken van een strafbare gedachte bestaan, in aanmerking komen, zoals belediging, bedreiging, aanzetten tot misdaad (*Inleiding tot het Strafrecht*, Rubbrecht, p. 45); dat het persmisdrijf de uitdrukking moet zijn van een ongeoorloofde en schuldige mening, zodat de raadkamer gehouden is de inhoud van deze mening of gedachte te onderzoeken en het schuldig karakter ervan te waarderen (A. Marchal en J.P. Jaspar, *Droit Criminel*, p. 113);

Overwegende dat aan beklaagden niet wordt verweten dat zij een ongeoorloofde of misdadige gedachte of mening hebben uitgedrukt of verspreid;

Overwegende dat het persmisdrijf als noodzakelijk element vereist dat een mening wordt uitgedrukt in een gedrukt geschrift (Cass., 2 maart 1964, *Rev.dr., pen.*, 1964-65, 283); dat de grondwetgever «radio-omroep» niet kan hebben bedoeld in het begrip «pers» zoals voorkomend in art. 98 van de Grondwet;

Overwegende dat de analogie-interpretatie niet toegelaten is en het aan de wetgever toekomt bevonden leemten aan te vullen (Vanhoudt en Calewaert, *Het Belgisch Strafrecht*, p. 251); dat trouwens prof. Ganshof van der Meersch in de door beklaagden geciteerde studie, opmerkt dat een aanpassing van art. 18 van de Grondwet dringend noodzakelijk blijkt om de radio-omroep en de televisie niet meer uit het gebied van de grondwettelijke garanties uit te sluiten;

Overwegende derhalve dat de ten laste gelegde feiten geen persmisdrijf uitmaken; (...)

Verwijst de eerste negen verdachten naar de correctionele rechtbank alhier wegens de telastlegging in vorenstaande vordering omschreven.

Zegt voor recht dat er geen aanleiding bestaat tot verdere vervolging ten laste van de tiende verdachte.

NOOT—Illegale radioberichtgeving

1. Voor de raadkamer te Leuven verschenen een tiental radioamateurs die vervolgd werden op grond van de artikelen 3, § 1, en 15 van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving (*B.S.*, 30 augustus 1979) wegens het houden van een zendtoestel voor radioverbinding of wegens het aanleggen of doen werken van een station voor radioverbinding zonder schriftelijke ministeriële vergunning.

Het ging om een tot het publiek gerichte radio-omroep — volgens het Verdrag van Buenos-Aires betreffende de verre berichtgeving van 22 december 1952 «radiodiffusie» genoemd — bestemd om rechtstreeks door al wie een F.M.-ontvangsttoestel bezit ontvangen te worden, waarvoor aan particulieren geen vergunningen worden afgeleverd.

2. De beklaagden beweerden dat het omroepen van berichten en mededelingen als uiting van de vrije mening op grond van artikel 98 van de Grondwet als persmisdrijf diende te worden beschouwd zodat de feiten onder de bevoegdheid van het hof van assisen vielen.

Ze hadden zich eventueel ook kunnen beroepen op de ongrondwettelijkheid van de wet van 30 juli 1979 die de radiouitzendingen reglementeert en het recht op vrije meningsuiting beknoot.

3. Tijdens de besprekingen van de wet van 30 juli 1979 werd geen gewag gemaakt van artikel 98 van de Grondwet en uit heel de economie van de nieuwe wet blijkt zeer duidelijk dat de wetgever geen ruimte heeft gelaten voor ongebreideld gebruik van de ether ten einde de vrije meningsuiting te vrijwaren. Senator Perin, die zich terdege bewust was van het kortwieken van de vrije meningsuiting, erkende in openbare zitting: «Il est fâcheux pour la liberté d'opinion qu'elle ne puisse s'exprimer d'initiative privée par les procédés de radiocommunication que vous savez.

Le problème est très difficile. Lever purement et simplement cette impossibilité et cette interdiction et proclamer la liberté entière et totale déboucherait sur une anarchie des ondes qui est impraticable» (*Parl. Hand.*, Senaat, 1978-79, zitting van 19 juli 1979, p. 1203).

4. De raadkamer heeft geweigerd de oorspronkelijke kwalificatie der feiten te wijzigen of aan te vullen en heeft

de beklaagden naar de correctionele rechtbank verwezen overeenkomstig de vordering van het openbaar ministerie. Elke andere beslissing zou neergekomen zijn op een decriminalisering der feiten, daar een verwijzing naar het hof van assisen in casu neerkwam op het straffeloos maken van illegale radioberichtgeving.

Hoewel een dergelijke beschouwing de feitenrechter niet mag beïnvloeden, hoedt het onderzoeksgerecht zich meestal voor beslissingen die de strafvervolgung in gevaar brengen.

5. De verwerping van de stellingen van de verdediging ten betoge dat het hof van assisen het bevoegde vonnisrecht zou zijn is geen beslissing inzake bevoegdheid en verleent bijgevolg de beklaagden geen recht van hoger beroep tegen de beschikking van verwijzing naar de correctionele rechtbank (Cass., 22 januari 1951, *Arr. Cass.*, 1951, 274; Cass., 17 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 457).

In gelijkaardige gevallen kan het openbaar ministerie wel hoger beroep instellen tegen de beschikking van de raadkamer (cf. Hof Brussel, 4 januari 1974, *J.T.*, 1974, 335; Hof Antwerpen, 31 januari 1975, *R.W.*, 1974-75, 1638).

6. De beslissing van de raadkamer bindt de feitenrechter niet en voor de correctionele rechtbank kunnen de beklaagden nog steeds concluderen tot de onbevoegdheid van de rechtbank op grond van artikel 98 van de Grondwet of het ontslag van rechtsvervolgung vragen op grond van artikel 191 van het Wetboek van Strafvordering.

Mocht het vonnisrecht tot het besluit komen dat de overtredingen van de wet van 30 juli 1979 als persmisdrijven moeten worden bestempeld, dan krijgen we een jurisdictiegeschil dat door het Hof van Cassatie moet worden beslecht.

Daar de zaak nog sub judice is, wensen we ons niet uit te spreken over het geschil zelf ... *Victrix causa diis placuit, sed victa Catoni.*

A. Vandeplas

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE LEUVEN

2 DECEMBER 1980

Voorzitter: de h. Coelst

Advocaten: mrs. Verdoodt en Peeraer loco Theunis

Handelszaak — Overdracht — Verplichting tot niet-mededinging.

De verplichting tot niet-mededinging moet beperkt zijn in haar voorwerp, ruimte en tijd; een clause zonder aanduiding van duur van de verbintenis is vatbaar voor interpretatie wat de termijn betreft. Voldoende is een termijn waarin de overnemer de gelegenheid heeft gehad om zich bij het publiek kenbaar te maken, zijn zaak volledig op te werken en de cliënteel aan zich te binden.

V. t/ G.

Gezien de geregistreerde inleidende dagvaarding van gerechtsdeurwaarder Mertens L. in dienstverblijf te Antwerpen, in datum van 31 maart 1980, waarbij aanleggers doen gelden:

— dat eerste aanlegger exploitant is van een bakkerij gevestigd te K., Putsebaan 60;

— dat hij de handelszaak van die bakkerij op 4 februari 1975 overnam van verweerder;

— dat volgens het contract van overname de overdragers zich verbonden geen gelijkaardige zaak te herbeginnen in een omtrek van 5 km en noch als werkend noch als stille vennoot eraan deel te nemen;

— dat verweerder thans in weerwil van deze clause een bakkerij opende te K., Putsebaan 198;

— dat hij diens gevolggehouden is de contractueel bedongen en andere geleden schade te vergoeden;

Overwegende dat, in tegenstelling met wat verweerder aanvoert, de eis ontvankelijk is; dat hij immers de overdracht ondertekende en thans op zijn naam een bakkerij opende zodat er geen aanleiding toe bestond om zijn echtgenote in het geding te betrekken ook al trad ze samen met hem op voor de ondertekening van de akte van overdracht;

Overwegende dat het verbod ter zake in de overeenkomst opgenomen wel beperkt is in ruimte doch niet in tijd;

Dat de verplichting tot niet-mededinging nochtans beperkt moet zijn in haar voorwerp, ruimte en tijd (Kh. Kortrijk, 25 februari 1956, *R.W.*, 1956-57, 1859);

Dat een onbepaald verbod in de tijd niet te rechtvaardigen is, enerzijds de doelmatigheid van de verplichting noodzakelijk na een zekere termijn alle werkelijke kracht verliest en anderzijds omdat het algemeen beginsel van de vrijheid van handel zich tegen een dergelijke afstand van recht verzet; dat aangenomen wordt dat een clause zonder aanduiding van duur van de verbintenis vatbaar is voor interpretatie wat de termijn betreft (*R.C.J.B.*, 1950, 290-291; De Page, IV, nr. 158);

Overwegende dat ter zake tussen de overlating en de opening door verweerder van zijn bakkerij een termijn verliep van ± 5 jaar;

Dat zulk een termijn voor een bakker zeker voldoende is om zich bij het publiek kenbaar te maken, zijn zaak volledig op te werken en de cliënteel aan zich te hechten vooral wanneer er zoals ter zake geen sprake is van een broodronde in welk geval de cliënteel gemakkelijker terugkeert naar de vorige bakker;

Dat verweerder door vijf jaar te wachten zijn contractuele verplichtingen is nagekomen zodat de eis ongegrond is;

(...)

NOOT—Mededinging na overdracht van handelszaak

1. Het geannoteerde vonnis laat de mededinging toe tussen de overnemer van een bakkerij en de overdrager, hoewel deze laatste, op het eerste gezicht, een contractuele clause van niet-mededinging blijkbaar had geschonden.

De overdrager had zich verbonden om in een omtrek van vijf kilometer geen gelijkaardige zaak te herbeginnen; het beding was dus niet in de tijd beperkt. De rechtbank stelt echter vast dat de verstreken tijd voldoende moet worden geacht om de overnemer in staat te stellen «om zich bij het publiek kenbaar te maken, zijn zaak volledig op te werken en de cliënteel aan zich te binden».

2. Twee aspecten i.v.m. de niet-concurrentieverplichting verdienen aandacht: ten eerste is zij noodzakelijk, en zelfs krachtens de wet aanwezig (vgl. de rechtspraak bij het decreet d'Allarde in: W. Van Gerven, *Wetboek Eco-*

nomisch en Financieel Recht); ten tweede is zij, noodzakelijk, beperkt.

3. Overdracht van een handelszaak *impliceert* een niet-mededingingsverplichting ten laste van de overdrager: de verplichting maakt deel uit van de waarde van de handelszaak (Cass., 7 juli 1956, *Arr. Cass.*, 1956, 949; Cass., 2 juni 1959, *Arr. Cass.*, 1959, 800; Cass., 24 sept. 1968, *Arr. Cass.*, 1969, 94). Om die reden kan ook een derde verkrijger de naleving van zulke verplichting inroepen (Hof Brussel, 31 mei 1947, *J.T.*, 1947, 465, met noot Coppens; Kh. Kortrijk, 25 febr. 1956, *R.W.*, 1956-57, 1859; Hof Luik, 17 juni 1968, *Jur. Liège*, 1968-69, 178); onder zekere omstandigheden moeten ook familieleden van de overleden overdrager de verplichting respecteren (Hof Gent, 21 jan. 1950, *R.C.J.B.*, 1950, 273).

4. De verplichting is contractueel van aard; dit verklaart dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel, rechtdoende in toepassing van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken zich ter zake onbevoegd zal verklaren (vgl. t.a.v. de vroegere vordering tot staking, Hof Brussel, 9 mei 1967, *Pas.*, 1967, II, 279): tekortkomingen aan contractuele verplichtingen worden immers geacht niet onder de toepassing van art. 54 W.H.P. te vallen (P. De Vroede, *Handboek van Belgisch economisch recht*, Antwerpen 1978, nr. 954).

Echter, zelfs indien de niet-mededingingsclausule expliciet uit een overeenkomst tot cessie van een handelszaak werd geschrapt, zijn de overdragers niet van hun verbintenis tot niet-mededinging ontheven: zij wordt geacht te behoren tot de aard van zulk een cessie, en is dus stilzwijgend aanwezig bij ontbreken van een expliciete clausule (Hof Luik, 2 okt. 1969, *Ing. Cons.*, 1969, 326; Hof Luik, 17 juni 1968, *g.c.*, Kh. Luik, 2 dec. 1967, *Ing. Cons.*, 1969, 329).

Een bijzonder geval is dat waarin de verplichting in vennootschapsstatuten opgenomen werd (Hof Antwerpen, 13 sept. 1979, *R.W.*, 1979-80, 2008-2009, met noot H. Swennen).

5. Om geldig te zijn moet de clausule ook beperkt zijn; de beperking kan gelden naar voorwerp, ruimte en tijd. De Rechtbank van Koophandel te Kortrijk besliste dat volgens de overwegende mening één beperking voldoende is (25 febr. 1956, *g.c.*); dit lijkt thans wellicht wat te absoluut gesteld. Het geannoteerde vonnis gaat er, terecht, van uit dat in beginsel de drie beperkingen aanwezig dienen te zijn.

Wat het *voorwerp* betreft, blijkt dat de verplichting zodanig specifiek dient te zijn en zodanig nauw samenhangt met de overdracht van een bepaalde handelszaak, dat zij alléén geldt t.a.v. de handel die gedreven wordt in een bepaald gebouw, althans wanneer — zoals vaak gebeurt — bij de overdracht van de handelszaak tegelijkertijd het gebouw waarin de handel wordt gedreven in huur wordt genomen (Kh. Luik, 9 okt. 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 125): de overnemer die zelf de handel verplaatst, kan niet langer de voordelen van het concurrentiebeding inroepen.

Slechts bij een niet aan cliënteel gebonden handel, waarvoor de plaats van uitvoering zonder belang is, wordt aangenomen dat de begrenzing van de niet-mededingingsverplichting in de ruimte, nietig zou zijn: zij zou immers tot gevolg hebben de clausule «inopérante» te maken (Kh. Brussel, 7 dec. 1976, *B.R.H.*, 1977, 517). Immers, zoals ook uit het afgedrukte vonnis blijkt: oogmerk van de clausule is het verschaffen van een reële mogelijkheid aan de overnemer om een van de wezenlijke bestanddelen, de cliënteel,

van de handelszaak voor zich te kunnen winnen; zo werd beweerd dat de niet-mededingingsplicht vervalt indien uitdrukkelijk werd gestipuleerd dat de cliënteel niet mee overgaat: Y. Schoentjens-Merchiers, «Overzicht van rechtspraak: Bijzonder en Afwijkend Handelsrecht (1966-1971)», *T.P.R.*, 1973, 652).

Omwille van hetzelfde oogmerk is een tijdsbeperking in de regel noodzakelijk: het beginsel van de vrijheid van handel verhindert dat men zich de uitoefening van een activiteit of een gedeelte ervan onttrekt voor het leven, of voor een duur die de termijn overstijgt die de overnemer normaal nodig heeft om zijn cliënteel te vormen of aan zich te binden; een dergelijke clausule werd nietig geacht, en die nietigheid werd zelfs *ambtshalve* opgeworpen (Hof Brussel, 18 februari 1972, *Pas.*, 1972, II, 90).

6. Bij ontstentenis van een contractuele clausule zal de rechter de omvang van de onthoudingsverplichting van de overdrager van de handelszaak preciseren (Hof Gent, 21 jan. 1950, *g.c.*, Kh. Kortrijk, 25 febr. 1956, *g.c.*; Kh. Gent, 26 jan. 1961, *R.W.*, 1960-61, 1249; Hof Brussel, 9 mei 1967, *Pas.*, 1967, II, 279). Afhankelijk van de aard en belangrijkheid van de handelszaak, kan die rechterlijke precisering zelfs de aard betreffen van de handelingen die de overnemer dient te verrichten om zelf niet bij te dragen tot het verlies van de voordelen van de niet-mededingingsverplichting (Kh. Brussel, 3 juli 1952, *Jur. Comm. Brux.*, 1952, 318).

In het geval waarin het concurrentiebeding was opgenomen in de statuten van een vennootschap, besloot de rechter terecht tot de ongeldigheid van de héle clausule, wegens strijdigheid met de persoonlijke vrijheid, de vrijheid van arbeid, handel en industrie en de openbare orde: hier was reductie of beperking van de omvang van de clausule niet mogelijk, wegens de samenhang van de gehele clausule (H. Swennen, noot onder Hof Antwerpen, 13 sept. 1979, *g.c.*).

Bij verkoop van een handelszaak komt de niet-mededingingsverplichting voor als een toepassing van de vrijwaringsplicht van de verkoper voor eigen daad (W. Van Gerven, *Ondernemingsrecht*, Antwerpen-Amsterdam 1975, p. 192); zij kan dan door de rechter, bij onvoldoende beperking, worden gepreciseerd en gereduceerd.

Het komt derhalve als juist voor dat de rechter de vordering wegens schending van de verplichting afwijst, zodra hij in feite vaststelt dat een voldoende tijd is verlopen om de cliënteel voor zich te winnen.

Leo Neels

RECHTSpraak IN KORT BESTEK

Hof Antwerpen (5e Kamer), 6 mei 1980

Nakoming van verbintenissen — Betaling met indeplaatsstelling — Wettelijke indeplaatsstelling — Art. 1251, 1°, B.W. — Vereisten — Schuldeiser zijn vóór de betaling.

Bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren van 28 oktober 1974 werd geïntimeerde op dagvaarding failliet verklaard en de datum van staking van betaling werd op 28 april 1974 vastgesteld.

Appellante heeft op 20 september 1974 een cheque van 1.500.000fr. aan de raadsman van de R.S.Z. overhandigd ter betaling van een schuld die de gefailleerde tegenover de R.S.Z. had. Thans beweert appellante gesubrogeerd te zijn in de rechten van de R.S.Z. en derhalve een bevoorrechte schuldeiser te zijn geworden ten belope van 1.500.000fr.

Op de volgende gronden bevestigt het hof het vonnis van de eerste rechter, waarbij de schuldvordering ten belope van 1.500.000fr. in het gewoon passief van het faillissement werd opgenomen:

«Overwegende dat, indien de subrogatie vaststaat, deze ten gevolge heeft dat de betaalde schuldvordering met haar nevenrechten of accessoria en met haar voorrechten overgaat op de gesubrogeerde (Dekkers, *Handboek*, II, nr. 577; Kruithof, Moons en Paulus, «Verbintenissen (1965-1973)», *T.P.R.*, 1975, nr. 3, randnummer 180);

«Overwegende dat derhalve het enige te onderzoeken punt is, of er in casu al dan niet een subrogatie heeft plaatsgehad;

«Overwegende dat er zeker geen sprake is van conventionele subrogatie, aangezien de in art. 1250 B.W. gestelde voorwaarden niet vervuld zijn;

«Overwegende dat L. zich trouwens enkel beroept op art. 1251, 1^o, B.W., één van de vier mogelijkheden van indeplaatsstelling van rechtswege;

«Overwegende dat volgens art. 1251, 1^o, B.W., indeplaatsstelling van rechtswege geschiedt, ten voordele van hem die, zelf schuldeiser zijnde, een andere schuldeiser betaalt, die voorrang boven hem heeft uit hoofde van zijn voorrechten of hypotheken;

«Overwegende dat geen van beide partijen ook maar één stuk overleggen waaruit zou blijken dat L. schuldeiser was van de N.V. V. en L. in zijn conclusie zelfs niet zegt dat hij inderdaad schuldeiser was;

«Overwegende dat hij trouwens zelf geen reden voor zijn betaling opgeeft;

«Overwegende dat zijn stelling blijkt te zijn dat hij de subrogatie kan inroepen, door de betaling schuldeiser geworden zijnde;

«Overwegende dat hij zodoende de wettelijke voorwaarden op hun kop zet;

«Overwegende dat het duidelijk is dat degene die betaalt, schuldeiser moest zijn vóór de betaling, wat zowel uit de tekst van de wet blijkt als — voor zover nodig — uit de bestaansreden van art. 1251, 1^o, B.W. (zie De Page, III, nr. 540; Laurent, *Cours élémentaire*, III, nr. 42; Kluyskens, *Verbintenissen*, nr. 182; *R.P.D.B.*, v^o, *Obligations*, nrs. 1321 e.v.);

«Overwegende dat de eerste rechter derhalve geenszins een voorwaarde aan de wet heeft toegevoegd, doch eenvoudig de in de wet vereiste voorwaarden heeft nageleefd.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheren: de hh. Raymaekers en van Gelder—Advocaten: mrs. Cuyx en Scheepens—In de zaak: P.V.B.A. I. t/ mrs. A.-M. en J. Scheepens q.q.)

van een extralegaal rustpensioen — Natuurlijke verbintenissen — Omzetting in burgerlijke verbintenissen.

1. Kennismemend van een betwisting over de bevoegdheid van de rechter voor wie de zaak aanhangig was, besliste de Arrondissementsrechtbank te Leuven op 18 oktober 1978 dat de arbeidsrechtbank bevoegd was. Deze laatste wees haar vonnis op 6 december 1979. In hoger beroep werpt appellante de exceptie van onbevoegdheid op. Dat middel wordt op de volgende gronden verworpen:

«Overwegende dat appellante ten onrechte de bevoegdheid in casu betwist, aangezien er geen enkel rechtsmiddel tegen de beslissing van de Arrondissementsrechtbank te Leuven van 18 oktober 1978 kan worden aangewend, behalve de voorziening die alléén openstaat voor de procureur-generaal bij het hof van beroep (art. 642 Ger. W.); dat trouwens deze beslissing de rechter naar wie de vordering wordt verwezen bindt, met dien verstande echter dat zijn recht om over de rechtsgrond van de zaak te oordelen onverkort blijft (art. 660, tweede lid, Ger. W.); dat tenslotte, appellante uit het oog verliest dat het desbetreffende vonnis van 18 oktober 1978 uitdrukkelijk vermeldt: 'Overwegende dat beide partijen het erover eens zijn dat de zaak tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoort'; dat deze laatste vaststelling een authentieke bewijskracht bezit; dat, om ontkracht te worden, het authentiek bewijs vals moet worden bevonden, wat alleen kan blijken door het instellen van een valsheidsprocedure (art. 895 Ger. W.), wat in casu niet geschied is en dat de authenticiteit verbonden heeft aan de van nietigheid verdachte akte zolang deze niet nietig verklaard werd; dat het middel van onbevoegdheid derhalve afgewezen wordt.»

2. Bij beslissing van haar raad van beheer kende appellante een extralegaal rustpensioen aan geïntimeerde toe ten belope van 36.000fr. per maand vanaf 1 april 1975. Die beslissing werd uitgevoerd tot september 1977, maar vanaf 1 september 1977 werd de uitbetaling gestaakt. Geïntimeerde vorderde en kreeg van de arbeidsrechtbank bij vonnis van 6 december 1979 de veroordeling van zijn gewezen werkgeefster tot betaling van de vervallen pensioenbedragen. Het hoger beroep van deze laatste wordt afgewezen:

«Overwegende dat geïntimeerde terecht — daarin gevolgd door de eerste rechter — stelt dat appellante de uitbetaling van het extralegaal pensioen als een natuurlijke verbintenissen aanvaard heeft, uit dank voor de meer dan vijftig jaren dienst van geïntimeerde bij appellante; dat de beslissing van appellante de erkenning uitmaakt van een natuurlijke verbintenissen, die vrijwillig uitgevoerd werd en door geïntimeerde steeds aanvaard (l'exécution volontaire et réitérée transforme l'obligation naturelle en obligation civile ayant sa cause propre; Kh. Brussel, 14 maart 1967, *R.P.S.*, 1970, 123); dat het toekennen door de werkgever van een buitenwettelijk pensioen aan vroegere personeelsleden een natuurlijke verbintenissen doet ontstaan, die omgezet wordt in een burgerlijke verbintenissen wanneer de werkgever zijn wil tot die omzetting duidelijk aantoonst door een positieve en bepaalde daad ten opzichte van de belanghebbende werknemer, wat in casu het geval is (Cass., 22 september 1966, *Pas.*, 1967, I, 79; De Page, III, p. 71; zie ook: P. Van Ommeslaghe, *Examen de jurisprudence*, Les obligations, *R.C.J.B.*, 1975, nr. 76, p. 627); dat de bewering van appellante als zou er geen natuurlijke verbintenissen kunnen bestaan bij een vennootschap, ongegrond is (Renauld,

Arbeidshof Brussel (3e Kamer), 18 november 1980

1. Bevoegdheid — Na beslissing van de arrondissementsrechtbank — 2. Arbeidsovereenkomst — Eenzijdige beslissing van werkgever tot toekenning

L'octroi bénévole, par une société, de pensions ou de compléments de pensions à ses anciens administrateurs et préposés, *R.P.S.*, 1965, nr. 5241; Hof Gent, 14 juli 1955, *R.P.S.*, 1956, nr. 4598, blz. 233); dat de bewering van appellante als zouden de door haar gedane betalingen een gift zijn, door niets bewezen wordt en in het onderhavig geval als ongegrond afgewezen wordt; dat het feit dat appellante steeds het loon regelmatig betaald heeft aan geïntimeerde, toen deze laatste nog werkzaam was bij appellante, ter zake als niet dienend afgewezen wordt; dat, ten slotte, de regelmatig genomen beslissing van de raad van beheer van 11 februari van appellante nooit werd aangevochten maar integendeel steeds stipt uitgevoerd werd tot in september 1977, waardoor het bewezen is dat appellante uitdrukkelijk erkend heeft tot het nakomen van de natuurlijke verbintenis burgerlijk gehouden te zijn, zodat de gerechtelijke uitvoering ervan kan worden gevorderd.»

(Voorzitter: h. Van de Velden—Raadsheren in sociale zaken: de hh. Vandam en Reygaerts—Advocaat-generaal: de h. Keereman—Advocaten: mrs. Silance en Wolters—In de zaak: N.V. M.t/ P.)

Corr. Hasselt (5e Kamer), 25 april 1980

Strafvordering — Verwijzing door raadkamer — Rechtbank stelt vast dat de telastlegging anders moet worden omschreven — Verstek van de beklaagde — Recht van verdediging.

«Overwegende dat de beklaagden R.F., geboren te H. op 19 december 1960 en I.S., geboren te H. op 8 september 1958, bij beschikking van 16 november 1979 van de raadkamer van deze rechtbank, alwaar zij verschenen zijn en er hun verdediging hebben voorgedragen, verwezen werden naar de correctionele rechtbank, onder de tenlastelegging: te H. of elders in het land op 26 augustus 1974 een aanranding van de eerbaarheid met geweld of bedreiging gepleegd te hebben op de persoon van M.I., geboren op 2 juli 1962, minderjarige boven de leeftijd van 16 jaar — art. 373, 2e lid, Sw.;

«Overwegende dat de beklaagden thans op de zitting van 15 februari 1980 niet verschijnen; dat het openbaar ministerie vordert, dat de rechtbank aan de boven omschreven tenlastelegging, de verzwarende omstandigheid, dat de beklaagden bij de uitvoering geholpen werden door een of meer personen, zou toevoegen, en dat op basis van de aldus gewijzigde betichting effectieve gevangenisstraffen tegen de beklaagden zouden worden uitgesproken;

«Overwegende dat de rechtbank waarnaar de feiten onder een bepaalde kwalificatie werden verzonden, tot taak heeft te onderzoeken of de haar onderworpen feiten juist omschreven werden en dat zij eventueel tot een diskwalificatie slechts onder de volgende voorwaarden kan gebeuren:

1) dat het voorwerp van de tenlastelegging hetzelfde blijft;

2) dat de correctionele rechtbank bevoegd blijft ondanks het bijvoegen van een verzwarende omstandigheid waarop de raadkamer niet gewezen had doch waarvan zij kennis had of moest hebben;

3) dat de rechten van de verdediging niet geschonden worden, hetgeen een onderzoek op tegenspraak veronderstelt;

«Overwegende dat in casu aan de eerste twee voorwaarden voldaan is; dat echter, daar beide beklaagden verstek laten gaan de rechtbank de rechten van de verdediging zou schenden indien zij, bij afwezigheid van de beklaagden — die voor de raadkamer zijn verschenen en aldaar zich verdedigd hebben op de hun ten laste gelegde feiten zoals omschreven in de vordering van het openbaar ministerie, vordering die overgenomen werd door de beschikking van de raadkamer — tot diskwalificatie zou overgaan door het toevoegen van een verzwarende omstandigheid; dat derhalve op de vordering van het openbaar ministerie niet kan worden ingegaan;

«Overwegende dat de rechtbank van oordeel is dat de feiten zoals in de beschikking van de raadkamer én zoals in de dagvaarding omschreven, bewezen zijn geworden door het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting; dat wegens eendaadse samenloop, met toepassing van art. 65 Strafwetboek, enkel de zwaarste straf dient te worden uitgesproken.»

(Voorzitter: de h. Moens—Rechters: mevr. Beeckman en de h. Raskin—Openbaar ministerie: de h. De Bus—Advocaat: mr. Mondelaers—In de zaak: I. t/ R. en I.)

NOOT—*De heromschrijving van de feiten*

1. De strafgerechten hebben het recht en zelfs de plicht de juiste omschrijving van de voor hen gebrachte feiten vast te stellen volgens de gegevens van het verrichte onderzoek, ongeacht de omschrijving die eraan gegeven is door de onderzoeksgerechten of in de dagvaarding, en zelfs indien de nieuwe omschrijving het bestaan inhoudt van andere rechtsbestanddelen dan die welke de oorspronkelijke omschrijving inhield (Cass., 22 februari 1971, *R.W.*, 1972-73, 952).

2. Indien een vonnis, zoals ten deze, een verzwarende omstandigheid in aanmerking neemt die in de dagvaarding of in de beschikking van verwijzing niet is vermeld, moet het vaststellen dat de beklaagde hiervan vooraf in kennis werd gesteld (Cass., 30 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 366).

Mag men hieruit afleiden dat de strafrechter, bij verstek van de beklaagde, de onjuiste omschrijving niet mag wijzigen of de onvolledige kwalificatie niet mag aanvullen?

3. Wanneer de beklaagde bij verstek is veroordeeld, behoudt hij al zijn rechten om verzet te doen of hoger beroep in te stellen: hij kan alsnog zijn verweermiddelen naar voren brengen en de wijziging van de kwalificatie bestrijden.

Het verstek van de beklaagde ontslaat het strafgerecht niet van zijn verplichting de juiste omschrijving aan de feiten te geven.

4. De rechtspraak heeft dit reeds menigmaal bevestigd (Cass., 5 januari 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 428; Hof Antwerpen, 8e kamer, 20 juni 1975, in zake Brouwer W.) en ook de rechtsleer is het hiermee eens (G. Schuind, *Traité pratique de droit criminel*, 3e ed., II, p. 264; M. Rigaux en P.E. Trousse, «Les problèmes de la qualification», *R.D.P.*, 1948-49, 749; R. Declercq, *Strafvordering*, 5e druk, II, p. 85). Sapienti sat est, schreef Plautus.

A. Vandeplas

EUROPEES RECHT

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

Zaak 810/79 — Uberschär/Bundesversicherungsanstalt für Angestellte — 8 oktober 1980 — (Prejudiciële zaak) — Duitse vrijwillige verzekering

Het Bundessozialgericht heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

«Moet letter C, punt 9, eerste volzin, van bijlage V bij verordening (EEG), nr. 1408/71, zoals gewijzigd bij verordening (EEG) nr. 1392/74, aldus worden uitgelegd, dat een Duits onderdaan die bijdragen voor een pensioenverzekering van een andere Lid-Staat heeft voldaan en die thans voor de tijdvakken waarover nog geen premie is voldaan, alsnog Duitse bijdragen wil betalen (Art. 2, § 49a, lid 2, van het Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz, zoals gewijzigd bij het Rentenreformgesetz van 16 oktober 1972), eerst voor de tijdvakken waarover in een andere Lid-Staat bijdragen zijn betaald, nog Duitse bijdragen betalen, of is dit krachtens het gemeenschapsrecht niet nodig?»

Deze vraag is gesteld in het kader van een geschil tussen een Duits onderdaan — verzoeker in het hoofdgeding — en de Bundesversicherungsanstalt für Angestellte. Betrokkene heeft van april 1948 tot juni 1969 en vervolgens van 1973-1974 bijdragen betaald voor de Duitse verzekering voor bedienden. In de tussenliggende periode (1969-1973) was hij werkzaam in België en verplicht aangesloten bij het Belgische verzekeringsstelsel voor bedienden. De eerste periode gedurende welke hij bij de Duitse verzekering was aangesloten, is enige malen onderbroken, te weten 4 maanden in 1956 en 41 maanden tussen 1964 en 1967 tijdens welke periodes hij noch in een andere Lid-Staat, noch bij een ander ouderdomsverzekeringsstelsel in de Bondsrepubliek Duitsland verzekerd was.

Verzoeker maakte kenbaar voornemens te zijn gebruik te maken van de mogelijkheden die personen in zijn situatie wordt geboden door de Duitse wettelijke regeling, waarin wordt bepaald: «personen die volgens § 10 van het Angestelltenversicherungsgesetz gerechtigd zijn zich vrijwillig te verzekeren, kunnen, in afwijking van het bepaalde in § 140 van dit Gesetz, voor de tijdvakken tussen 1.1.1956 en 31.12.1973, waarvoor nog geen bijdragen tot de wettelijke ouderdomsverzekering zijn betaald, op aanvraag vrijwillig bijdragen betalen, met dien verstande dat een bijdrage voor een bepaalde maand slechts mag worden betaald, indien voordien de bijdragen voor alle daaropvolgende maanden zijn betaald. De bijdrage voor één maand mag de laagste voor een latere maand betaalde bijdragen niet overschrijden.»

De heer Uberschär verzocht de bijdragen te mogen nabetalen die hij zou hebben betaald indien hij tussen 1948 en 1969 (45 maanden in totaal) in de Bondsrepubliek Duitsland verzekerd zou zijn geweest.

Met een beroep op de zinsnede in bovenaangehaalde bepaling «met dien verstande dat een bijdrage voor een bepaalde maand slechts mag worden betaald, indien voordien de bijdragen over alle daaropvolgende maanden zijn betaald», betoogt verweerster dat verzoeker eerst de Duitse bijdragen moet nabetalen over het tijdvak gedurende hetwelk hij in België verzekerd was en bijdragen

heeft betaald. Deze voorwaarde is het onderwerp van het hoofdgeding. Voor verzoeker is het van belang deze te betwisten, omdat de «inkoop» voor recente ongedekte maanden — in casu 1969-1973 — dunder is dan voor langer geleden tijdvakken, te weten 45 maanden tussen 1956 en 1967.

Volgens de Bundesversicherungsanstalt zou uit de bevoordingen van de nrs. 8 en 9 van bijlage V, C van verordening nr. 1408/71 echter volgen dat deze voorwaarde in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Verzoeker in het hoofdgeding betwist deze uitlegging echter. Bovendien betoogt hij dat indien de voorgestelde uitlegging juist was, de litigieuze bepalingen discriminerend en mitsdien onwettig zouden zijn.

De artikelen in geding zijn artikel 89 van verordening nr. 1408/71 en de nrs. 8 en 9 van bijlage V, C van deze verordening.

Artikel 89

«In bijlage worden de bijzonderheden inzake de toepassing van de wetgevingen van bepaalde Lid-Staten vermeld.»

Nr. 8 van bijlage V, C

«Artikel 1233 van de wet inzake sociale verzekering (RVO) en artikel 10 van de wet op de bediendenverzekering (AVG), gewijzigd bij de wet van 16 oktober 1972 tot herziening van het pensioenstelsel, waarbij de vrijwillige verzekering is geregeld in het kader van de Duitse pensioenverzekeringsstelsels, zijn onder de volgende voorwaarden van toepassing op de onderdanen van andere Lid-Staten alsmede op staatlozen en vluchtelingen die op het grondgebied van andere Lid-Staten wonen:

Indien aan de algemene eisen is voldaan, kunnen vrijwillige premies of bijdragen worden betaald aan de Duitse pensioenverzekering:

a) wanneer de belanghebbende zijn domicilie of zijn woonplaats heeft op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland;

b) wanneer de belanghebbende zijn domicilie of zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een andere Lid-Staat en hij vroeger op enigerlei tijdstip verplicht of vrijwillig aangesloten is geweest bij de Duitse pensioenverzekering;

c) wanneer de belanghebbende, onderdaan van een andere Lid-Staat, zijn domicilie of zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een derde staat, hij gedurende minstens zestig maanden premies of bijdragen heeft betaald aan de Duitse pensioenverzekering of kon worden toegelaten tot de vrijwillige verzekering krachtens de voorheen geldende overgangsbepalingen en hij niet verplicht of vrijwillig verzekerd is krachtens de wetgeving van een andere Lid-Staat.»

Nr. 9 van bijlage V, C

... «Zij die zich krachtens punt 8, sub b) en c), mogen aansluiten bij de vrijwillige verzekering, kunnen slechts premies of bijdragen betalen voor de tijdvakken waarvoor zij niet reeds premies of bijdragen hebben betaald op grond van de wetgeving van een andere Lid-Staat.»

De uitlegging van de nrs. 8 en 9 van bijlage V, C van verordening nr. 1408/71

Oorspronkelijk was ingevolge de Duitse wettelijke rege-

ling het recht op «inkoop» voorbehouden aan Duitse onderdanen en in de Bondsrepubliek Duitsland woonachtige buitenlanders, die aan bepaalde voorwaarden voldeden.

Na tussenkomst van de Commissie erkende de Bondsrepubliek Duitsland dat het voordeel van deze bepaling moest worden uitgebreid tot de onderdanen van andere Lid-Staten, die niet in Duitsland woonden, mits zij vroeger verplicht of vrijwillig verzekerd waren geweest bij de Duitse ouderdomsverzekering. Dit is de strekking van de nrs. 8 en 9 van bijlage V, C van verordening nr. 1408/71.

Deze bepalingen maken onderscheid tussen enerzijds werknemers die hun recht rechtstreeks aan de Duitse wettelijke regeling ontlelen, dwz. de Duitse onderdanen, ongeacht hun woonplaats, en de onderdanen van de andere Lid-Staten die in Duitsland wonen, en anderzijds de in punt 8, sub b en c, en de tweede zin van nr. 9 bedoelde werknemers die hun recht op «inkoop» enkel aan het gemeenschapsrecht ontlelen.

De tweede groep werknemers kan «slechts premies of bijdragen betalen voor de tijdvakken waarvoor zij niet reeds premies of bijdragen hebben betaald op grond van de wetgeving van een andere Lid-Staat.» Met andere woorden, het is hun verboden tijdvakken «in te kopen» die voor wat de Duitse wetgeving betreft metterdaad lacunes vertonen, voor zover zij samenvallen met tijdvakken van premie- of bijdragebetaling in een andere Lid-Staat, ook wanneer zij er belang bij zouden hebben dit te doen, bijvoorbeeld omdat zij geen tijdvakken hebben waarvoor zij bijdragen kunnen nabetalen.

Daarentegen kan de eerste groep werknemers die hun recht op inkoop rechtstreeks aan de Duitse wetgeving ontlelen, zelfs bijdragen nabetalen voor tijdvakken waarvoor in een andere Lid-Staat reeds bijdragen zijn betaald.

Onderzocht dient te worden of het duidelijke verschil in behandeling tussen de Duitse en de in Duitsland wonende buitenlandse werknemers en de werknemers uit de andere Lid-Staten geen discriminatie is. Neen, want de per individueel geval verschillende financiële belasting is uitsluitend het gevolg van de objectief verschillende feitelijke situatie waarin de betrokken verzekerden zich afhankelijk van het verloop van hun carrière bevinden.

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

De nrs. 8 en 9 van bijlage V, C van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekken en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd bij 's Raad verordening nr. 1392/74 van 4.6.1974, moeten aldus worden uitgelegd, dat een Duits onderdaan die premies of bijdragen voor de pensioenverzekering in een andere Lid-Staat heeft betaald en nadien alsnog premies of bijdragen wenst te betalen voor voorafgaande tijdvakken (artikel 2, § 49a, lid 2, van het Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetz, zoals ge-

wijzigd bij het Rentenreformgesetz van 16.10.1972), eerst voor de tijdvakken waarover in een andere Lid-Staat premies of bijdragen zijn betaald nog Duitse bijdragen moet betalen. Na onderzoek van de aldus uitgelegde nrs. 8 en 9 is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid ervan kunnen aantasten.

Zaak 823/79 — G. Carciati — (prejudiciële zaak) — *Vrij verkeer van goederen — Tijdelijke invoer van een auto* — 9 oktober 1980

Het Tribunale te Ravenna heeft een vraag gesteld over de verenigbaarheid van enkele Italiaanse wettelijke bepalingen met de communautaire voorschriften betreffende het vrije goederenverkeer.

Aan het geding liggen de volgende feiten ten gronde. De heer Carciati, een in Ravenna woonachtige Italiaans onderdaan, die op Italiaans grondgebied een motorvoertuig met Duits kenteken bestuurde, is aangehouden door de «Guardia di Finanze». Hij verklaarde dat een onderdaan van de Bondsrepubliek Duitsland hem dit motorvoertuig had toevertrouwd om er in Italië bij zijn vele zakenreizen over te kunnen beschikken.

Tegen de heer Carciati is proces-verbaal opgemaakt wegens smokkel, daar hij, als Italiaans ingezetene, binnen het nationale douanegebied in strijd met de bepalingen inzake tijdelijke invoer een motorvoertuig met buitenlands kenteken onder zich had en gebruikte.

Het Tribunale te Ravenna heeft het Hof een prejudiciële vraag gesteld waarbij het in wezen wil vernemen of de beginselen van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen in de weg staan aan een nationale regeling die voor de normale invoer van motorvoertuigen het betalen van BTW verplicht stelt, en onder strafbedreiging de ingezetenen van die Staat verbiedt gebruik te maken van motorvoertuigen die onder de tijdelijke invoerregeling vallen en dus van deze belasting zijn vrijgesteld.

Na onderzoek van de geldende communautaire regeling concludeert het Hof dat de Lid-Staten juist ter voorkoming van belastingontduiking een ruime handelingsbevoegdheid hebben ter zake van de tijdelijke invoer. Daaruit volgt dat indien de dienaangaande genomen maatregelen niet onverenigbaar zijn, zij verenigbaar zijn met het beginsel van de vrijheid van het goederenverkeer.

Het Hof verklaarde voor recht: de regels van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen staan niet eraan in de weg dat ingezetenen op het grondgebied van een Lid-Staat bij een nationale wettelijke regeling het van een strafbedreiging voorziene verbod wordt opgelegd, gebruik te maken van motorvoertuigen waarop een tijdelijke-invoerregeling van toepassing is geweest en waarvoor dus een vrijstelling gold voor het betalen van de belasting op de toegevoegde waarde.

WETGEVING

DE BETEKENIS VAN HET ONTWERP VAN WET HOUDENDE ALGEMENE BEGINSELEN VAN DE SOCIALE ZEKERHEID VOOR WERKNEMERS

Op 25 augustus 1980 werd bij de Belgische Senaat een «Ontwerp van wet houdend algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers» ingediend (*Parl. St., Senaat*, 1979-80, nr. 508/1). Na de val van de Regering werd het ontwerp weer opgenomen. Het is nog altijd in bespreking. Het bevat 35 artikelen, ondergebracht in vier hoofdstukken: 1. Definities en toepassingsgebied (artt. 1-2); 2. Beginselen (artt. 3-17); 3. Regeling en geldmiddelen (artt. 18-28); 4. Slot- en overgangsbepalingen (artt. 29-35). Het ligt niet in onze bedoeling een volledige studie te maken van dit ontwerp, maar alleen even te wijzen op zijn belangrijke betekenis. Vooral het tweede hoofdstuk dat de «Beginnelsen» van de sociale zekerheid vastlegt, verdient aandacht, niet alleen om zijn inhoud maar ook wegens de methodiek die gebruikt wordt.

Met dit wetsontwerp krijgt het Parlement immers een goede kans om een einde te maken aan de politiek van «j'agis d'abord et je réfléchis après», die reeds een halve eeuw de sociale zekerheid beheerst. Voor de eerste maal in onze sociale geschiedenis begint men aan de hervorming, niet met het uitvaardigen van een reeks symptomatische maatregelen, maar met een poging om over de primaire vragen na te denken. Velen zijn echter aan de oude gewoontes zo verslaafd, dat ze het uitzonderlijk belang van de nieuwe benadering niet eens meer opmerken. Daarom kan het nuttig zijn even bij de betekenis van zulk een beginselverklaring te blijven stilstaan.

§1. Algemene beschouwingen

In de eerste plaats moet worden beklemtoond dat het absoluut geen overbodige zaak is de algemene beginselen van de sociale zekerheid bij wet vast te leggen.

Zulk een theoretische basis — waar wetgever, rechter, administratie, instellingen en sociale verzekerden op kunnen terugvallen in geval van moeilijkheden — bestaat niet. Wel koestert ieder regime een traditionele visie op het eigen systeem, maar deze visie is in de loop van de jaren dikwijls verward tot een verzameling uitgeleefde clichés. Bovendien — en dit is wel het ergste — heeft ieder regime geleidelijk een eigen afgesloten wereld gecreëerd, die verdedigd wordt met kunstmatige rechtstheorieën die niets meer te maken hebben met de reële werkelijkheid. Op die wijze kon er geen algemeen inzicht ontstaan op wat men met de sociale zekerheid in globo wil bereiken.

Het wetsontwerp heeft de enorme verdienste aan dat alles een einde te willen maken. Er wordt een poging gedaan om, zoals de memorie van toelichting het zelf zegt, een soort grondwet van de sociale zekerheid op te stellen waarin de belangrijke principes worden neergelegd waarop het hele gebouw zal steunen (blz. 11).

De vraag is of het Parlement het ontwerp wel met deze

ogen wil zien. Nu reeds hoort men zeggen dat dit soort theoretisch gedoe niemand interesseert en alleen maar oogverblindend is om niet over de pijnlijke ingrepen te moeten discussiëren. Dit zou wel eens een zware misrekening kunnen worden. De beginselen hebben immers wel degelijk ernstige gevolgen, zelfs op korte termijn.

De Regering legt er wel de nadruk op dat «de grote beginselen neergelegd in de artikelen 5 tot 15 uiteraard niet vatbaar zijn voor onmiddellijke toepassing en uitvoering» (blz. 11) en dat het de bedoeling is aan de hand van de beschreven basisideeën later alle «geldende wetten en reglementen» (art. 4) door het Parlement te laten herzien, maar straks zullen we aantonen dat zulk een voorzichtige bedoeling nooit helemaal kan uitkomen.

In dit land, waar het rechtspositivisme de plak zwaait, vergeet men veel te veel dat de wetgever (Parlement, Regering en Koning) onmogelijk alle recht kan maken en beheersen. Of men het graag heeft of niet, als de basisbegrippen eenmaal door het Parlement zijn vastgesteld, zal men er ook buiten het Parlement gebruik van maken. En terecht. Het Parlement kan toch niet verbieden dat men zijn standpunten leest en nog minder eisen dat met elke verandering van ideeën gewacht wordt tot men de tijd gevonden heeft het positieve recht aan te passen. M.a.w. de nieuwe beginselen zullen bijna dadelijk het recht beïnvloeden dat alle dagen buiten de wetgevende macht tot stand komt. En dit is niet weinig.

Het besef dat de afkondiging van de eerste sociaal-rechtelijke grondwet onmiddellijk praktische implicaties zal hebben, dient overigens niemand af te schrikken. De bedoeling is juist tot vernieuwing te komen en daartoe zijn ook deze mechanismen van informele rechtsvorming nodig. Als het Parlement de verandering tot in de details wil beheersen, beschikt het over geen ander middel dan grondig de basisprincipes te bestuderen en te bespreken. Indien de principes er op een drafje worden doorgenomen, uit de valse overtuiging dat ze tot niets engageren, dan zal, wanneer de belangrijke gevolgen toch zichtbaar worden, het Parlement zelf de eerste zijn om de mooie beginselverklaringen weg te vegen, zeggende dat het allemaal zo niet verstaan en bedoeld was.

Men dient zich concreet te realiseren dat men zich voor het eerst sinds een eeuw zal buigen over de bijzonderste vragen van de sociale zekerheid. Daarom is het mijn persoonlijke overtuiging dat een oppervlakkige behandeling van deze beginselverklaring niet zo maar een maat voor niets zal zijn, maar een onaanvaardbare en uiterst gevaarlijke onderneming. Men riskeert immers de versleten clichés van het verleden in een nieuw kleedje te steken, waarbij iedereen de verzekering krijgt dat daarmee eigenlijk niets wordt veranderd. Welke betekenis zullen nieuwe woorden dan nog hebben? Hoe zal men nog ooit aan een vernieuwing kunnen beginnen, anders dan via een soort

tweede Franse revolutie, die het hele oude rechtsregime in één beweging van tafel veegt?

§2. Toepassing

Ter illustratie van deze algemene beschouwingen worden enkele belangrijke beginselen uit het wetsontwerp bestudeerd. Ik beperk me tot de terreinen die mij het best vertrouwd zijn.

1. De arbeidsongeschiktheid

Hoewel ik persoonlijk de teksten anders zou formuleren, wordt deze uitzonderlijk belangrijke materie in het ontwerp op een goede wijze benaderd. Artikel 8 stelt dat «de sociaal verzekerden in geval van arbeidsongeschiktheid recht hebben op een vervangingsinkomen op basis van het loon» (blz. 30). De memorie van toelichting (blz. 13) laat er geen twijfel over bestaan dat het voortaan om een *compensatie van een loonverlies* zal gaan, in alle regimes die arbeidsongeschiktheid als voorwerp van verzekering hebben (ziekteverzekering, arbeidsongevalverzekering, beroepsziektenverzekering, enz.).

Hoewel zulk een affirmatie op het eerste gezicht nogal evident lijkt, wordt er onmiddellijk op gewezen dat de actuele situatie allerminst overeenstemt met dat principe. In de professionele risicoverzekering bijvoorbeeld wordt in gene mate meer nagegaan wat het eigenlijke loonverlies is, hoewel het bij de start (wet van 24 dec. 1903) zeer zeker de bedoeling was niets anders dan loonverlies te vergoeden.

Voornamelijk onder de druk van de verzekeringsmaatschappijen zijn de rechtbanken in de praktijk overgegaan tot het gebruik van inhoudsloze forfaitaire evaluatiemethodes (schalen), die in gene mate het loonverlies kunnen uitdrukken, noch op korte, noch op lange termijn. Iedereen weet dat daardoor heel wat vergoedingen worden onthouden aan mensen die een volledig loonverlies lijden (maar een klein forfaitair percentage toebedeeld krijgen), terwijl anderen, die geen loonverlies ondergaan en er ook nooit zullen ondergaan, dank zij deze zelfde evaluatiemethodes belangrijke vergoedingen krijgen. Op deze wijze is men er *in feite* toe gekomen aan sommige (niet alle!) slachtoffers van arbeidsongevallen en beroepsziekten vergoedingen te laten uitkeren voor extra-patrimoniale schade, iets wat de wetgever nooit gewild heeft.

Met de afkondiging van artikel 8 zal het Parlement, helemaal terecht, de oorspronkelijke wil van de wetgever bevestigen en zal de onwettigheid van die methodes meer dan ooit als een paal boven water komen te staan. De «wetten en reglementen» schrijven nergens het gebruik van de in zwang zijnde forfaitaire methodes voor, wel integendeel. De afkondiging van het beginsel voorkomend in art. 8 kan bijgevolg *onmiddellijk* als (heilzaam) gevolg hebben dat de sociaal verzekerden op basis van dit positieve rechtsbeginsel kunnen eisen dat een einde gemaakt wordt aan alle irreële evaluatiepraktijken.

De «grondwet van de sociale zekerheid» zou bijgevolg wel degelijk praktische rechtsgevolgen kunnen hebben, ook al raakt zij niet aan de bestaande wetten en reglementen. Het recht wordt immers niet alleen door de wet en de reglementen maar ook door de rechtspraak en het bestuurlijk optreden geschapen. Theoretisch zou men kunnen denken aan een verdere aanvulling van artikel 4 en

o.m. ook de rechters verbieden hun eigen jurisprudentie te wijzigen¹, maar dit kan leiden tot een volledige blokkering van de rechtspraak, vooral wanneer zulk een verbod gedurende vele jaren zou blijven bestaan (bv. omdat men het niet eens wordt omtrent de aanpassing van ieder regime aan de beginselen). Rechtspraak is immers in voortdurende evolutie en moet dit ook kunnen zijn. Ook de administratieve rechtsvorming is aan dezelfde dynamiek onderworpen. Moet men dan ook deze vastpinnen op de bestaande situatie? Zo iets is gewoon ondenkbaar.

Er is maar één goede wijze om het effect van een afkondiging van algemene rechtsbeginselen in de hand te houden: de discussie ernstig opvatten en grondig voeren. Het is inderdaad van enorm belang te weten wat het Parlement precies wil met deze «grondwet».

Zo roept het beginsel vervat in artikel 8 omtrent de arbeidsongeschiktheid een hele reeks vragen op die de hele menselijke conditie raken. Enkele voorbeelden: Mag men arbeidsongeschiktheid zo maar gelijkstellen met het verlies van arbeidsinkomen? Als de arbeidsongeschikte mens geen verlies van arbeidsinkomen ondervindt, lijdt hij dan geen schade? Of moet de sociale zekerheid zich met zulke schadevormen niet inlaten? Wat bedoelt men precies met het verlies van arbeidsinkomen: alleen inkomensvermindering uit arbeid op de markt (agoraal nutswaardeverlies) of ook uit de steeds aan belang toenemende arbeid buiten de markt (extra-agoraal nutswaardeverlies)? Zou het niet beter zijn zeer duidelijk te stellen dat er naast een reëel loonverlies uit agorale arbeid nog andere schade kan bestaan, waaraan eventueel ook iets gedaan mag worden, maar dan duidelijk onvermengd met de loonschade (niet langer op de actuele dubbelzinnige wijze, waarbij men verlies van arbeidsinkomen beweert te zien waar er geen is)? Als we op deze en vele andere vragen van het Parlement een duidelijk antwoord krijgen, zullen we ook geen angst moeten hebben voor de onvermoede gevolgen van de afkondiging van het beginsel. Bovendien zal pas dan echt goed werk gemaakt worden van de hervorming van de arbeidsongeschiktheidsregimes.

2. De gezondheidszorgen

Hier gaat het niet meer om het «vergoeden» (aanbieden van een «vervanginkomen») voor een arbeidsinkomen dat (tijdelijk of definitief) verloren is gegaan; maar om het «herstellen» van menselijke schade (poging om deze schade reëel weg te nemen). De «herstelkosten» worden in het ontwerp duidelijk — en terecht — als een afzonderlijk geheel opgesteld (art. 5). Dit gebeurt ook in de motivering, die bovendien uitdrukkelijk vermeldt dat de «concrete realisatie van dit recht gebeurt door de ziekteverzekering in het kader van het gezondheidsbeleid» (blz. 6).

De toekenning van het recht op gezondheidszorgen wordt sinds een eeuw beheerst door het oorzakelijkheidsbeginsel. Naar gelang van de oorzaak van de menselijke schade moet voor de verzorging een beroep worden ge-

¹ Oorspronkelijk was er in het wetsontwerp enkel gezegd dat de bestaande «wetten» niet zouden worden gewijzigd door de afkondiging van de beginselen. Ingevolge een opmerking van de Raad van State werden er ook de «reglementen» bijgevoegd. De rechtspraak, als bron van recht, wordt dus niet door de actuele tekst van art. 4 gevisieerd.

daan op de ziekteverzekering, de arbeidsongevallenverzekering, de beroepsziekteverzekering, het regime van de gemeenrechtelijke vergoedingen (bv. verkeersongevallen), van oorlogsslachtoffers, enz. Omdat — alle juridische ficties ten spijt — de menselijke organen en lichaamsdelen medisch nooit afzonderlijk zullen kunnen worden behandeld, leidt deze causaliteitsindeling tot een van de ergerlijkste ondoelmatigheden die onze burgerlijke en sociaalrechtelijke schadeloosstellingsregimes teistert.

Binnen een rationeel opgevat gezondheidsbeleid is het in elk geval zuivere waanzin belang te hechten aan oorzakelijkheden om te beslissen *wie welke* gezondheidszorgen ten laste zal nemen. Aan de behandelende geneesheer vragen onderscheid te maken tussen de aspirines die hij voorschrijft voor de gevolgen van een verkeersongeval, arbeidsongeval of beroepsziekte enerzijds en de aspirines die nodig zijn voor het reuma van dezelfde patiënt anderzijds is onbegonnen werk. Bovendien kan de controle nooit te weten komen of de aspirines nodig voor de vrouw en de kinderen van de gewonde of de beroepszieke voorgeschreven worden op rekening van de verzekeraar van verkeersongevallen, arbeidsongevallen of beroepsziekten. De dwaasheden, de verspillingen en de onregelmatigheden die gepaard gaan met het opsplitsen van rekeningen van de ziekenhuizen over verschillende verzekeraars, kan niemand ernstig verdedigen. Het ontwerp wil daar gelukkig zoveel mogelijk een einde aan maken.

De ideeën vervat in het wetsontwerp betekenen dan echter ook dat alle regimes die nu gezondheidszorgen uitbetalen, deze opdracht zullen afstaan aan de ziekteverzekering (bv. tegen forfaitaire vergoeding van de ziekteverzekering). Ook de verzekeraars arbeidsongevallen en beroepsziekten zullen dit dus moeten doen. Dit lijkt de uitdrukkelijke bedoeling te zijn van het wetsontwerp, want art. 8 geeft aan deze regimes primair het vergoeden van het loonverlies ten gevolge van arbeidsongeschiktheid als taak, terwijl art. 10, § 2, er enkel nog aan toevoegt, dat zij ook aan de leden van het gezin van een overleden slachtoffer een rente zullen uitkeren. In betaling van herstelkosten wordt dus niet meer voorzien.

Ik hoop dat men ook de moed zal hebben voor die bedoeling uit te komen. De «grondwet» zal niets uithalen wanneer zulke opties niet duidelijk uitgesproken worden en pas na de goedkeuring door het Parlement «ontdekt» worden. Te vrezen is dan dat velen zullen zeggen dat ze dat nooit hebben gewild of gewenst en men zal gewoon de «grondwet» naast zich leggen. De hele beginselenverklaring zal op die wijze op losse schroeven komen te staan en men kan de discussie herbeginnen. Nogmaals, wil men tot een echte oplossing komen, dan moet men alle beginselen ernstig door het Parlement laten bespreken. In een democratisch regime is geen andere weg mogelijk.

3. Preventie

In het wetsontwerp wordt nagenoeg niets gezegd over de opdracht van de sociale zekerheid om te zorgen voor de voorkoming van menselijke schade. Uit één woord van art. 5 (recht op zorgen voor «het behoud» van de gezondheid) kan wel deze bedoeling worden afgelezen, doch deze is dan ingekapseld in het probleem van het herstel van de schade. Dat is bitter weinig voor een dergelijk belangrijk probleem.

Er bestaan overigens nu reeds in de sociale zekerheid

andere preventieve technieken dan het verlenen van gezondheidszorgen. Zo beschikt de beroepsziekteverzekering over het middel om bedreigde arbeiders te helpen bij een noodzakelijke verwijdering uit het schadelijk arbeidsmilieu. De Nationale Arbeidsraad heeft in 1970 reeds gewezen op de noodzaak een gelijkaardige hulp te organiseren voor arbeiders die uit hun beroep verwijderd worden om arbeidsongevallen te voorkomen.

In het ontwerp is er geen plaats meer voor dit soort recht op preventieve bescherming. De artt. 8 en 10 zeggen niets daaromtrent. We geloven niet dat de lacune met opzet is geschapen en denken veeleer dat we hier opnieuw staan voor de oude hang naar het compenseren van gerealiseerde menselijke schade, liever dan zich inspanningen op te leggen ter voorkoming. Aan de preventieve actie is in de sociale zekerheid veel lippendienst bewezen, maar weinig gedaan. M.i. moet het recht op voorkoming van menselijke schade als een afzonderlijk beginsel ingeschreven worden, onder meer om die mentaliteit te kunnen doorbreken.

4. Cumulatieproblemen

Wanneer men in artikel 8 als beginsel aanvaardt dat de werkloosheidsverzekering, ziekte- en invaliditeitsverzekering, arbeidsongevallen- en beroepsziekteverzekering alle als doel zullen hebben tegemoet te komen aan *één en hetzelfde* risico, nl. verlies van arbeidsinkomen, dan moet men ook aanvaarden dat de compensatie, door alle genoemde regimes samen aangeboden, niet meer mag bedragen dan het volledig verlies van dit inkomen. Er moeten dan ook regels zijn om samenloop te verhinderen boven de grens van de concrete reële loonschade (op lange termijn gezien). Geen enkel redelijk mens kan daartegen bezwaren maken.

Persoonlijk sta ik helemaal achter de bedoeling die het wetsontwerp heeft om deze redenering mogelijk te maken. Te betreuren is echter wel dat deze nergens in de memorie van toelichting expliciet uitgesproken wordt. Niettemin kan het wetsontwerp de basis worden van ernstige aanpassingen van de bestaande cumulatierregels, waarvoor art. 13 de weg opent. Daarin wordt gezegd dat bij cumulatie van een vervangingsinkomen met een of meer andere door de sociale zekerheidsregelingen ingestelde vervangingsinkomens, met andere sociale prestaties of met een arbeidsinkomen, de Koning de regels kan vaststellen ter beperking van die samenvoeging.

Voor het ogenblik is de situatie zo dat ieder regime als een afzonderlijk geheel wordt gezien, met risico's die juridisch een eigen bestaan leiden, dikwijls niet op elkaar afgestemd. Formele van de werkelijke schade afgekoppelde rechtsargumentaties hebben het mogelijk gemaakt sommige vergoedingen los van elkaar te laten cumuleren tot bedragen die dikwijls hoger zijn dan het totale loonverlies op lange termijn (de verloren loonaangroei na de beschadiging meegerekend). Zo kan men bij samenloop van vergoedingen wegens meerdere arbeidsongevallen, of wegens arbeidsongevallen en beroepsziekten, of wegens meerdere beroepsziekten, of wegens werkloosheid en beroepsziekten, of wegens werkloosheid en arbeidsongevallen, enz. sommen krijgen die hoger zijn dan het beste arbeidsinkomen dat men zich ooit had kunnen dromen was men in goede gezondheid aan het werk gebleven.

De diepere oorzaak van die onaanvaardbare situatie is

de juridische fictie dat ieder regime voor een eigen soort schade zorgt, fundamenteel van elkaar verschillend, zodat er geen bezwaar is voor een onbeperkte samenvoeging. Precies aan deze juridische hersenschim maakt het wetsontwerp een einde, door te stellen dat *alle* genoemde regimes als doel hebben tegemoet te komen aan het verlies van een *gelijksoortig* arbeidsinkomen. De eenheid van de menselijke schade wordt gerestaureerd. Dit is voorwaar geen kleinigheid.

Wat meer toelichting van het principe en zijn gevolgen zou ongetwijfeld in de motivering mogen worden opgenomen. Het beginsel kan mislukken als men niet duidelijk durft te zeggen wat de consequenties zijn. Men hoeft voor deze laatste niet bang te zijn. Niemand kan een sociale zekerheid opeisen die schade aantrekkelijk maakt door meer aan te bieden dan wat de schade bedraagt. Men zou trouwens deze laatste idee in het ontwerp kunnen inschrijven als het beginsel dat de cumulatiebepalingen zal beheersen. Dit zou in elk geval beter zijn dan het actuele art. 13 dat geen basisregel bevat omtrent de wijze waarop de cumulatie van vergoedingen zal worden beperkt.

§3. Besluit

Er zijn nog andere belangrijke bedenkingen te maken — bv. omtrent de beginselen die de gereflecteerde schade zullen beheersen; omtrent de noodzaak om van de zuiver individualistische (civilistische) benadering van de menselijke schade in het sociale recht af te stappen, ten einde er eindelijk een echt *sociaal* recht van te maken — maar in afwachting van diepgaander studie is de betekenis van het wetsontwerp hiermee genoeg belicht. Duidelijk is dat het hier niet om een gewoon wetsontwerp gaat, maar om een echte poging tot het opstellen van een sociaalrechtelijke «grondwet», zoals de Regering het zelf wil. We hopen van harte dat het Parlement de geboden kans zal benutten.

J. VIAENE

BOEKEN

J.G. van der Meijs en A.M.M. Orie, *Internationaal strafrecht*. (Studiepockets strafrecht onder redactie van prof. mr. W.H.A. Jonkers en mr. J.W. Fokkens, Tjeenk Willink, Zwolle, 1980.

Het ontstaan van supranationale instellingen, de werkzaamheden van de Raad van Europa sinds zijn oprichting in 1949, de nieuwe verdragen of verdragsontwerpen in Europees en Benelux-verband hebben tot het onderzoek naar de krachtlijnen van een internationaal strafrecht bijgedragen.

De groeiende belangstelling voor het internationaal strafrecht gaf sinds enkele jaren aanleiding tot verschillende publikaties: enerzijds werd gepoogd een theoretische basis te geven aan het vakgebied internationaal strafrecht (Mueller en Wise, Bassiouni en Ved. P. Nanda, Lombois, Ch. J. Enschede en A.H.J. Swart, Oehler, B. De Schutter); anderzijds werden bepaalde deelgebieden ervan, zoals de rechtshulp in strafzaken, grondig bestudeerd (P.E. Trousse en J. Van Halewijn, en zeer recent Fr. Thomas).

In het boek *Internationaal Strafrecht* van Orie en Van der Meijs wordt allereerst het terrein afgebakend, waarin het inter-

nationaal strafrecht zich beweegt, uitgaande van de twee raakvlakken, het volkenrecht enerzijds en het strafrecht anderzijds; daarna wordt deze begripsbepaling verder uitgebouwd via het uitwerken van schema's en verwijzing naar bepaalde deelgebieden.

Achtereenvolgens worden aldus termen als strafmachtsrecht (de werking van de nationale strafwetten naar de plaats), de internationale rechtshulp, de unificatietendensen (vestigen van gemeenschappelijke uitgangspunten op strafrechtelijk en strafprocesrechtelijk gebied, cf. verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, bepaling van begrippen zoals piraterij, enz.), en het substantieve internationaal strafrecht (eigenlijke overdracht van soevereiniteit door bepaling van internationale misdrijven en internationale rechterlijke organen) behandeld.

Het is duidelijk dat de systematische aanpak en de beknopte voorstelling volledig beantwoordt aan het opzet van de auteurs aan «de lezer een introductie te bieden in het internationaal strafrecht».

Door het bewust uitgaan van algemene gezichtspunten en door de verwijzing naar supranationale en tussenstatelijke rechtsregelen is dit boek, van Nederlandse auteurs, ook voor de Belgische jurist een bevattelijke en nuttige inleiding in het internationaal strafrecht.

Th. Denijs

BALIELEVEN

Voorzorgskas voor advocaten.

Algemene Vergadering op 7 mei 1981 - Uitnodiging

De Raad van Beheer van de Voorzorgskas voor Advocaten nodigt U uit tot het bijwonen van de Gewone Algemene Vergadering die zal gehouden worden op donderdag 7 mei 1981 op 14.30 uur, in de administratieve zetel, Stoofstraat 12 te 1000 Brussel (ingang Violetstraat 5).

Agenda

1. Goedkeuring van het proces-verbaal van de gewone Algemene Vergadering van 24 april 1980.
2. Verslag van de Raad van Beheer.
3. Goedkeuring van de rekeningen van het dienstjaar 1980 en voorstelling van de begroting voor het komende dienstjaar.
4. Decharge van de beheerders.
5. Statutaire benoemingen.
6. Allerlei.

Belangrijke herinnering

De leden van de vereniging, die verhinderd zijn de vergadering bij te wonen maar zich wensen te laten vertegenwoordigen, kunnen daartoe een volmacht verlenen aan een ander lid. Deze volmacht moet geen bijzondere vorm hebben en kan afgegeven worden aan het bureau van de vergadering.

Het aantal stemmen waarover de mandataris kan beschikken is beperkt tot tien (artikel 32 van de Statuten).

Wij rekenen op uw aanwezigheid.

De Voorzitter,
P. GOEMANS

BERICHTEN

British Council — Beurzen voor jonge Belgische juristen voor de periode januari - juli 1982.

De beurzen zijn bestemd voor jonge Belgische juristen, die reeds twee jaar stage gelopen hebben.

Er bestaan twee alternatieve programma's, die gebaseerd zijn op het Engelse en Schotse recht en georganiseerd worden te Edinburgh en Londen.

De programma's bestaan uit twee maanden theoretisch onderwijs en seminariewerk in het Engelse of Schotse recht, twee maanden stage bij een «solicitor» en twee maanden stage bij een «barrister».

Een vlotte kennis van het Engels is onontbeerlijk.

Geïnteresseerden worden uitgenodigd zich in verbinding te stellen met The British Council, Galileilaan 5, bus 10 -1030 Brussel vóór 8 mei 1981.

Grotius prijsvraag

Op 10 april 1983 zal het 400 jaar geleden zijn, dat Hugo de Groot werd geboren. In 1983 zal Grotius op verschillende wijzen in binnen- en buitenland herdacht worden.

In het kader van deze herdenkingen organiseert de redactie van de Netherlands International Law Review een prijsvraag. Zij nodigt belangstellenden uit een artikel te schrijven over het onderwerp «Fides en Aequitas in internationale betrekkingen, een studie van Grotius' *De fide et perfidia* en *De aequitate*».

De jury bestaat uit prof. dr. R. Feenstra (hoogleraar in Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit van Leiden), prof. dr. H. Meijers (hoogleraar in Volkenrecht aan de Universiteit van Amsterdam) en prof. dr. J. Wiarda (hoogleraar emeritus in Burgerlijk Procesrecht en Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit van Groningen).

Zij zal slechts die inzendingen beoordelen, die

1. in het Nederlands of het Zuid-Afrikaans geschreven zijn,
2. niet meer dan 20.000 woorden (tekst inclusief noten) bevatten,
3. niet reeds gepubliceerd c.q. ter publikatie aangeboden zijn,
4. onder motto worden ingezonden en
5. vóór 1 september 1982 bij het redactiesecretariaat in viervoud ingediend zijn.

De beste inzending zal worden beloond met een geldprijs van f 10.000.--, ter beschikking gesteld door het Legatum Visserianum te Leiden. Bovendien zal de inzending, na vertaling in het Engels van redactiewege, in één van de afleveringen van de XXXe jaargang van het NILR (1983) opgenomen worden.

De jury zal vóór 31 december 1982 haar oordeel aan de redactie kenbaar maken. De prijswinnaar zal vóór 15 januari 1983 bericht krijgen.

De uitslag zal onder andere bekend gemaakt worden in de eerste aflevering van het NILR in 1983. Over de uitslag kan niet worden gecorrespondeerd.

Inlichtingen over de verschillende edities van bovengenoemde werken en verdere inlichtingen zijn te verkrijgen bij het redactiesecretariaat, Netherlands International Law Review, postbus 30461, 2500 GL Den Haag, tel (070) 63 09 00.

Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires Prijs voor een proefschrift

In oktober 1981, zal het F.I.E.D.A. een prijs van drieduizend Franse franken toekennen ter bekroning van een proefschrift, dat in de loop van het huidige universitaire jaar werd verdedigd.

De proefschriften van de Staat of van de derde cyclus, verdedigd in Frankrijk of in het buitenland, met betrekking tot een onderwerp van handels- of economisch recht komen in aanmerking.

De kandidaten moeten drie exemplaren van hun proefschrift aan het F.I.E.D.A. toezenden (3, Avenue Robert Schuman, 13621 Aix en Provence), met opgave van de bij de verdediging behaalde vermelding.

De voorgaande prijs werd aan de Heer C. Bolze toegekend voor zijn te Nancy verdedigd proefschrift over «Les groupes de

sociétés et le droit de la concurrence dans la C.E.E.» (thesis, waarvan de publikatie door de Universiteit te Nancy wordt verzorgd).

Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires Colloquium te Quebec

De *Fondation Internationale pour l'enseignement du Droit des Affaires* organiseert onder de auspiciën van de Rechtsfaculteit van de Universiteit Laval (Quebec) begin oktober 1981 een colloquium over: De overlevingskansen van ondernemingen in moeilijkheden (juridische aspecten)

Het doel van dit colloquium is een gedachtenwisseling op gang te brengen tussen specialisten van verschillende landen nopens de invloed van de overheid, van banken en van werknemers op de overlevingskansen van ondernemingen in moeilijkheden. Er worden zowel voltallige vergaderingen als gespecialiseerde seminars gehouden.

Inlichtingen en inschrijvingen bij het F.I.E.D.A., 3 Avenue Robert Schuman, 13621 Aix en Provence, France (Tel.: 42/59.07.83)

Lustrumviering van de Oudstudentenclub Sofia (U.I.A.) op 25 april 1981

In het teken van het lustrum van de eerste promotie rechtsstudenten van de U.I.A. wordt op zaterdag 25 april 1981 op de campus te Wilrijk een recyclagenamiddag gehouden, georganiseerd door de oudstudentenclub Sofia, vereniging van afgestudeerde juristen van de Universitaire Instelling Antwerpen.

Hierna volgt het programma van deze lustrumviering en recyclagenamiddag:

14 h Inschrijving

14 h 15 Welkomstwoord door prof. dr. R. Kruithof: «Het departement Rechten sinds het ontstaan»

14 h 35 Keuzemogelijkheden: discussiegroepen geleid door resp.:

1A Prof. dr. R. De Corte over «Artikel 751 Gerechtelijk Wetboek na het Cassatiearrest van 12 september 1980 (R.W. 1980-81, kol. 1517, met noot)»

1B Prof. dr. L. Schuermans over «Kanttekeningen bij tegenstrijdigheid van belangen tussen verzekerde en verzekeraar in het strafproces»

1C Prof. dr. H. Swennen over «Leveranciersdisconto en de aansprakelijkheid van de kredietverlener»

1D (Sectie Sociaal Recht: spreker en titel later te bepalen)

15 h 35 Koffie

16 h Tweede reeks discussiegroepen geleid door resp.:

2A Mr. H. Braeckmans over «Actuele tendensen inzake beheerdersaansprakelijkheid in de N.V. en de P.V.B.A.»

2B Prof. dr. J.J. Couturier en prof. L. Maes over «Diverse problemen van fiscale actualiteit»

2C Prof. dr. F. Grolé over «Actuele evolutie op het gebied van strafrecht en strafrechtspleging»

2D Mr. A. Van Oevelen over «Actuele ontwikkelingen huurwetgeving»

17 h Prof. dr. W. Lambrechts, Departementsvoorzitter: «De toekomst van het Departement Rechten»

Voorzitter Dr. P. Van Remoortere: Slotwoord

17 h 20 Receptie

Deze recyclagenamiddag staat open voor niet UIA-afgestudeerden.

Inschrijving en inlichtingen: Oudstudentenclub Sofia, c/o Mej. G. De Ruijter, Secretariaat Rechten, UIA, 2610 Wilrijk, tel. (031)25.28.25.

Inschrijvingsgeld: 100 fr., ter plaatse te regelen.