

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

ZESDE LUSTRUM VAN DE ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING ONTSTAAN, ACTIVITEIT EN TOEKOMST

*Welkomstrede uitgesproken ter gelegenheid van het zesde lustrum,
door de voorzitter van de Raad van Beheer, Fr. VAN PARIJS,
eerste voorzitter em. van het Hof van Beroep te Gent*

Voor de Raad van Beheer en voor de voorzitter is het eer en genoeg, «schild ende betrouwen», U te mogen begroeten, welkom te heten op het zesde lustrum van de Algemene Praktische Rechtsverzameling. Zij is op 23 april 1952 in deze stad, vrijmoedig bij sommigen, vrij moedig bij anderen, de weg opgegaan van de Vlaamse rechtswetenschap. Naar de woorden van wijlen minister van Justitie Albert Lilar op 25 mei 1957, het eerste quinquennium, de weg van «une grande aventure juridique».

Deze viering is, wezenlijk en vooral, de verwoording van onze dankbaarheid en verkleefdheid tegenover de zeer gewaardeerde auteurs en medewerkers, tegelijk tegenover de trouwe abonnees, die gezamenlijk het bestaan en de werking van de onderneming hebben gebouwd en verzekeren. Zij is anderzijds een oproep tot de jonge Vlaamse juristen om aan te sluiten en toe te treden. Uw generatie, mijn dierbare vrienden, mag niet, voldaan en gezellig, toezien; gij zijt geroepen om het werk voort te zetten en over te nemen, volgens uw inzicht en uw eigenheid.

Professor, Meester, Goede Vriend Walter Van Gerven,

Het ziet er naar uit dat de Raad van Beheer de beginselen van behoorlijk handelen heeft weggewuifd door U als feestredenaar uit te nodigen, beslag te leggen op uw persoon en uw tijd. Dat U, ondanks uw belangrijke academische opdracht, uw vooral in deze tijd zware en kiese taak van voorzitter van de Bankcommissie, dienstwillig en mild ter beschikking was, heeft ons schuldgevoel vervaagd, meteen de kwaliteit van deze bijeenkomst waargemaakt.

Ik heet U bijzonder graag welkom en ik dank U van harte.

Ondankbaar en onwaardig zouden wij zijn indien wij, op deze plaats en op dit plechtig moment, geen hulde brachten aan de medewerkers die ons ontvallen zijn en ons na hun verscheiden dierbaar blijven. Twee onder hen moet ik zeer

in het bijzonder vermelden: raadsheer in het hof van beroep Jozef Axters en professor Willy Delva.

Jozef Axters, voorman van het oprichtingscomité en eerste voorzitter van de Algemene Praktische Rechtsverzameling. Hij heeft de naam en de wetenschappelijke strekking van de onderneming ontworpen en vastgelegd; hij zag erin de bekroning van de vernederlandsing van het gerecht en van het universitair onderwijs; zijn doel was het «aan het stuk geestesleven dat het recht is, een volwaardig Nederlands verzamelwerk te bieden». Het was hem niet gegund het eerste lustrum te beleven. Hij overleed te Brugge op 19 oktober 1956.

Willy Delva, gevierd auteur van de verhandeling *Huwelijksvermogensstelsels*; nauwgezet en toegewijd verdediger van de wetenschappelijke waarde van de verzameling als lid van de redactie; bezieler, auteur en leidend redactielid van het *Tijdschrift voor Privaatrecht*, een loot uit de stam van de Algemene Praktische Rechtsverzameling.

Weinigen hebben hun tijd en hun generatie zo diep getekend, zo gelukkig begeleid en geleid!

Mag ik U vragen in piëteit even te verwijlen bij onze overledenen. Ik dank U.

Met het ontstaan van de A.P.R. is het een beetje zoals bij Henriette Roland Holst: «Op de kentering der tijden geboren, met in de ogen nog de ondergang van oude werelden die verbleken...» ... of, om het nog plechtiger te maken, in de trant van Dante: wij waren met de Vlaamse Beweging omstreeks 1950 terechtgekomen «per una selva oscura ché la diritta via era smarrita» in een duister woud, wij waren het rechte spoor bijster geraakt. Vele weldenkenende Vlamingen waren lam gelegd, anderen hadden zichzelf verlamd. Het verschijnsel was overigens gemeen aan heel West-Europa.

Andere wegen moesten worden gebaad en begaan. Wij moesten verenigen en aanleunen, los van elke onverdraag-

zaamheid, bewust van eigen waarde en eigen kunnen op een hoog peil: intellectueel, wetenschappelijk, economisch.

Ongeveer op die bodem, die niet door alle ontwerpers even intens werd aangevoeld, is de A.P.R. ontloken en gegroeid; eerst onvormelijk, later, vanaf 1952, in het raam van een V.Z.W. met een vaste redactie en raad van beheer.

Niet dat de stichters de eersten waren — of meenden de eersten te zijn — om in dit land rechtswetenschap in het Nederlands te bedrijven. Zij volgden dankbaar de rode draad — let niet op de kleur — die getrokken was in het vreemde weefsel van de Belgische rechtsliteratuur sedert het eind van de vorige eeuw door het *Tijdschrift voor Administratief Recht*, het *Rechtskundig Tijdschrift*, later het *Tijdschrift voor Belgische Notarissen*, het *Rechtskundig Weekblad*, de *Vlaamse Rechtskundige Bibliotheek*. Zij namen zich voor — naar eigen inzicht, vermetel wellicht — de gedurfde arbeid voort te zetten en te voltooien van de professoren Van Biervliet, Emiel Van Dievoet, Albert Kluyskens, Louis Fredericq, Nico Gunsburg, René Victor. Zij zouden daartoe de medewerking stimuleren van de juristen die sedert de dertiger jaren hun opleiding hadden genoten in het Nederlands; die sluimerende kracht en vaardigheid zou tot resultaat worden begeleid.

Op de dag van de oprichting stelt professor René Victor de A.P.R. voor in het *Rechtskundig Weekblad* en, een jaar nadien, verschijnt de eerste verhandeling: *Feitelijke Vennootschappen en Schijnvennootschappen*, van de hand van Robert Janssens, toen rechter te Gent, thans raadsheer in het Hof van Cassatie. De uitgave werd verzorgd door de firma Larcier, die het financieel risico van de publikatie had opgenomen. Zij zou gedurende twintig jaar die taak volbrengen.

Het eerste feestelijk optreden van de vereniging dagte kent van 30 april 1954. Een prijs aangeboden door wijlen de heer Vleurinck, voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent, werd uitgereikt aan W. Brosens, substituut van de krijgsauditeur te velde, thans advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen, voor zijn verhandeling *Beroep in Burgerlijke Zaken en in Zaken van Koophandel*.

Op 25 mei 1957 vierde de vereniging haar eerste lustrum. Minister van Justitie Albert Lilar trad op als feestredenaar; de academische rede werd uitgesproken door professor Fernand Collin. Hij beschrijft de lange en moeizame weg naar Vlaamse rechtsstructuren en rechtswetenschap en wijst een belangrijke plaats aan voor de A.P.R. in die «Grote Trek»; hij dankt en looft ... en vermaant tegelijk: hoog te houden, gaaf te bewaren en steeds te verjongen, want het is een werk van generaties.

Bij het tweede lustrum, 19 mei 1962, werd de feestrede gehouden door minister van Justitie Pierre Vermeylen, de academische rede door professor Lucien Massart, voorzitter van de Nationale Raad voor Wetenschapsbeleid. Toen was de verzameling verspreid over meer dan duizend exemplaren, de uitgegeven verhandelingen vulden vijftien boekdelen.

Op 28 april 1967 vergaderde de A.P.R. feestelijk voor haar derde lustrum in de Beneluxzaal van het Congressenpaleis te Brussel. Ook wij mochten Brussel niet loslaten. Minister van Europese Zaken en van Nederlandse Cultuur Renaat Van Elsslande sprak over «Invloed en Betekenis van de Vlaamse Rechtswetenschap voor de Nederlandse Cultuur». Hij betoogde dat Vlaamse rechtsstructuren en

rechtswetenschap een noodzakelijk en integrerend bestanddeel zijn van Nederlandse cultuur; de strekking van de A.P.R. tot rechtsvergelijking met Nederland, tegelijk tot eenmaking van het recht in Beneluxverband en tot Nederlandse integratie waardeerde hij zeer. Professor, minister Henri Fayat, wijst in zijn academische rede, de plaats aan van de Algemene Praktische Rechtsverzameling t.a.v. verleden en toekomst: «Zij behoort tot de ondernemingen die het aanschijn van een cultuurgroep veranderen en het aanzien ervan verhogen». Hij verheugt zich over de omvang en de kwaliteit van de geleverde arbeid; hij bemoedigt en waarschuwt dat de stichters «het aan zichzelf verschuldigd zijn op de ingeslagen weg onverpoosd verder te ijveren»; hij nodigt de jonge juristen uit zich te begeven op dit rijke werkterrein.

In de eerste vijftien jaar van haar bestaan had de A.P.R. meer dan zestig verhandelingen gepubliceerd: twintig boekdelen van elk vijfhonderd bladzijden.

De oneffenheden die gepaard gingen met de beëindiging van het contract Larcier en de geslaagde overgang naar de Wetenschappelijke Uitgeverij Story-Scientia, in 1972, hebben meegebracht dat de totale aandacht van de raad van beheer en van de redactie werd opgeëist door werving en aanmoediging van auteurs, uitbreiding van afzetgebied, nazien, correctie, aanpassing van verhandelingen, maatregelen van voorzichtig en rendabel beheer. Viering van het vierde en vijfde lustrum bleef aldus achterwege.

Zulks heeft evenwel niet belet dat de werking in die tijd onverminderd werd doorgezet: drieëntwintig actuele, wetenschappelijk verantwoorde verhandelingen werden uitgegeven in een nieuwe, stijlvolle, aantrekkelijke vormgeving die Story-Scientia eigen is. Zij werden in 35.464 exemplaren in de handel gebracht, ongeacht 2.300 presentexemplaren die werden toegedeeld en verspreid. Met de actieve medewerking van de uitgever werd de lijst van de abonnees uitgezuiverd, vernieuwd en aangevuld; zo bereiken wij in 1982, 1.313 abonnees.

Menigvuldig en divers zijn de geschriften en conclusies waarin thans naar de A.P.R. wordt verwezen tot staving van de opgeworpen stelling. Soms vinden beide partijen er hun gading, hetgeen de volledigheid en de praktische waarde van de verzameling aantoonst; ook in de rechtsleer en de rechtspraak is toepasselijk «spiritus ubi vult flat», «de wind waait en ge weet niet vanwaar hij komt noch waar hij heen gaat».

Door de A.P.R. werd het monopolie van het Franstalige recht voorgoed doorbroken, werd de weg gebaad naar rechtsvergelijking met Nederland, werden de Vlaamse juristen — vooral de jongeren — betrokken in de opgang en de uitstraling van de Nederlandse cultuur.

De eer en de verdienste van de opmerkelijke verwezenlijking van de A.P.R. komt toe aan de redactie, die, in goede en in kwade dagen, volhard heeft in een veelal ondankbare taak, die niet altijd nuttig resultaat heeft opgeleverd. Soms mocht zij zich verheugen in vrijwel volmaakte arbeid vanwege de auteurs, soms ook — gelukkig uitzonderlijk — moest een ingebrachte verhandeling na grondige studie en voorstellen tot herwerking, met spijt worden afgewezen. Niet zelden ging de redactie zelf tot grondige herwerking over. In de redactie was en blijft de persoon van professor Jan Ronse bijzonder belangrijk: behoeder en bewaarder

van de wetenschappelijke echtheid, tegelijk gevierd auteur ... na eerst de grote promotor te zijn geweest.

De Algemene Praktische Rechtsverzameling heeft zich niet beperkt tot het uitgeven van juridische verhandelingen; zij heeft zich voorgedaan als een beweging tot bevordering van de Nederlandse rechtscultuur; zij heeft de ideeën die haar dierbaar zijn uitgezaaid over de gehele Nederlandse ruimte. Het *Tijdschrift voor Privaatrecht* is geboren als een loot uit haar stam. De Algemene Modellenverzameling voor de Rechtspraktijk dankt haar ontstaan en haar eerste stappen aan de A.P.R. Toen de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, een prachtig initiatief van de professoren Meyers en Van Dievoet, in verlegenheid geraakte wegens kredietweigering uit 's Rijks middelen, heeft de A.P.R. belangrijke voorschotten ter beschikking gesteld en de verdere werking van de Vereniging verzekerd. Er was nog meer: toelagen aan Vlaamse Conferenties van de Balie, aan de congressen van de Vlaamse Juristenvereniging, en ... elders nog.

De A.P.R. heeft actieve belangstelling betuigd voor de uitbouw van een Nederlandse magistratuur in het Rijk; het

werd haar niet altijd in dank afgenomen — gewis niet overal — maar het had, ... het heeft stijl en kwaliteit en ... het leeft!

Zeër Geachte Vergadering,

Dit verslag over de «State of the Union» heeft te veel van uw aandacht gevergd, maar het moge U hebben aange-toond dat het de moeite loonde de Algemene Praktische Rechtsverzameling op te zetten en door te voeren. De Vlaamse juristen, de Nederlandse rechtswetenschap, de Nederlandse cultuur kunnen er goed bij varen.

Dit verslag is als het lied van de wielewaal uit *De Kleine Johannes* van Frederik van Eeden. Je moet goed luisteren, zegt Windekind, hij is een paradijsvogel en hij zingt altijd hetzelfde lied ... maar enigszins anders; wanneer hij eenmaal de oorspronkelijke wijs zal terugvinden komt hij weer in het paradijs waaruit hij werd verdreven.

Mijn goede vrienden, jonge juristen, komt tot ons en maakt de A.P.R. tot de uwe. Gij wordt auteurs — zij het zonder het te beseffen. Gij moet het werk voortzetten. Voor ons is er geen teveel!

Ik dank U allen zeer.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

VOLTALLIGE 1e KAMER — 21 JANUARI 1982

Eerste voorzitter: de h. Wauters

Afdelingsvoorzitter-rapporteur: ridder de Schaetzen

Procureur-generaal: de h. Dumon

Advocaten: mrs. Draps en De Bruyn

Rechten van de mens — Openbaarheid van de terechtzittingen en van de uitspraak — Tuchtprocedure.

Zowel uit de betekenis en de draagwijdte van het begrip «vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen», als uit de aard en het doel zelf van de tuchtprocedures valt af te leiden dat het niet in de bedoeling lag van de ontwerpers van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens dat die procedures openbaar zouden worden gehouden, zoals voorgeschreven bij art. 6, lid 1.

S. t/ Orde van Geneesheren

Conclusie van de procureur-generaal Dumon

In talrijke arresten heeft ons Hof beslist dat de bepalingen van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in zoverre daarbij wordt voorgeschreven dat, in de daarin omschreven voorwaarden, de terechtzittingen en de uitspraak van de beslissingen openbaar moeten zijn, niet toepasselijk zijn op de tuchtprocedures.

Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft in zijn arrest van 23 juni 1981, in zake *Le Compte, Van Leu-*

ven en *De Meyere*¹ daarentegen beslist dat alle bepalingen van dat artikel 6, lid 1, in tuchtprocedures toegepast moeten worden.

Het Hof moet thans beslissen of het zijn desbetreffende rechtspraak zal wijzigen, hetzij omdat het ervan overtuigd zou zijn dat de door het Straatsburgs Hof van die bepalingen gegeven uitlegging meer of beter is verantwoord dan de uitlegging die het tot op heden in zijn arresten daaraan heeft gegeven, hetzij omdat het Hof juridisch verplicht zou zijn zich bij die internationale rechtspraak neer te leggen, hetzij ten slotte omdat het zou oordelen dat, gezien de aan dat hoog rechtcollege toevertrouwde opdracht de genoemde door België bekrachtigde Internationale Overeenkomst, waarvan de bepalingen tot het positief recht van ons land behoren, toe te passen en uit te leggen, het ter wille van de onontbeerlijke rechtszekerheid en ook van de wenselijkheid van een eenvormige uitlegging in alle door genoemde overeenkomst gebonden Staten, nodig is zich aan te sluiten bij de uitlegging die in het arrest van 23 juni 1981 wordt gegeven.

We zullen dus eerst de respectieve grondslagen onderzoeken waarop die twee uiteenlopende jurisprudenties berusten (I en II), we zullen die verantwoordingen vergelijken en vervolgens nagaan wat het gezag van de arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens is (III), wat onze jurisdictionele verplichtingen en de internationale verantwoordelijkheden zijn die uit de beslissingen van dat Hof

¹ Dat arrest is onder meer gepubliceerd in *Journal des Tribunaux* van 24 oktober 1981, p. 622, met een substantiële noot van mr. Pierre Lambert, uitmuntend specialist inzake de deontologie van de leden der Balies.

voortspruiten (IV) en ten slotte zullen we pogen te concluderen (V).

I.a) Bij de vermelding van onze rechtspraak heb ik gezegd, dat daarin wordt beslist dat genoemd artikel 6, lid 1, niet toepasselijk is op de tuchtprocedures «in zoverre het de openbaarheid voorschrijft», want de verplichting om de tuchtprocedures te onderwerpen «aan het oordeel van een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld» en die de zaak «eerlijk» zal behandelen — wat eveneens in dat artikel wordt voorgeschreven — heeft ons nationaal positief recht altijd opgelegd. Die verplichtingen, welke door algemene beginselen van het nationaal recht met zich worden gebracht, zijn inherent aan de uitoefening van de jurisdictionele opdracht zowel in disciplinaire zaken als in de zogeheten administratieve contentieuze rechtspraak of in het gemene recht.

Zonder een onpartijdige en onafhankelijke rechtbank, samengesteld uit bekwame, eerlijke en gewetensvolle «rechters», zonder — m.b.t. het begrip «eerlijkheid» — een procedure waarin het recht van verdediging geëerbiedigd wordt, rechtsmiddelen zijn ingebouwd en alle justitiabelen op gelijke wijze behandeld worden, is er geen jurisdictie en geen eerbied voor de vereisten van de Rechtsstaat, maar integendeel willekeur en negatie van de Justitie.

Wanneer onze jurisprudentie bijgevolg beslist dat artikel 6, lid 1, niet toepasselijk is op de procedures in zoverre het ook die onpartijdigheid, die onafhankelijkheid en dat eerlijk onderzoek voorschrijft, dan levert zulks geen enkel bezwaar op, nu die algemene beginselen hetzelfde voorschrijven en al onze rechtscolleges — met inbegrip dus van de tuchtrechtscolleges — zich daaraan moeten onderwerpen. Geen bezwaar althans wat de interne rechtsorde betreft. Wel bezwaar of beletsel is er daarentegen zo artikel 6, lid 1, ook voor de tuchtprocedures in zijn geheel moet worden toegepast, want, in dat geval, vormt het niet naleven van die drie voorwaarden — onpartijdigheid, onafhankelijkheid en «billijk» onderzoek — een overtreding zowel van het intern recht als van het internationaal recht met de daaraan verbonden internationale sancties en verantwoordelijkheden. Maar daar ligt precies de hele vraag.

Meer dan terecht is dus in de arresten van het Hof verduidelijkt en beslist, dat, zo genoemd artikel 6, lid 1, niet van toepassing is in zoverre het de openbaarheid voorschrijft — welk probleem we thans dienen te onderzoeken — de onpartijdigheid, de onafhankelijkheid en het «billijk» onderzoek in ons positief recht worden opgelegd door andere regels, te weten algemene rechtsbeginselen.

Als het Hof die precisering in zijn arresten achterwege had gelaten, dan zou het de indruk hebben kunnen wekken — vanzelfsprekend zeer ten onrechte — dat onze jurisprudentie die algemene beginselen, die ook in artikel 6, lid 1, worden uitgedrukt, in de wind slaat.

Die precisering heeft naar mijn oordeel onlangs geleid tot wat mij een verwarring lijkt. Men heeft geschreven: «Ce faisant (nl. door aldus op die algemene rechtsbeginselen een beroep te doen), la Cour s'engageait dans une impasse. Alors qu'elle a consacré, à plusieurs reprises, la prééminence de la règle du droit international, ne risquait-elle pas de devoir trancher, tôt ou tard, un conflit entre le principe général de droit qu'elle énonçait et une disposition contraire expresse de droit interne? Et la préférence donnée à un principe général de droit non écrit plutôt qu'à une règle de

droit écrit satisfaisante, n'est-elle pas étonnante alors que l'absence d'une telle règle fait apparaître nombre d'inconvénients de manière frappante?»².

Een algemeen rechtsbeginsel, evenmin als welke andere geschreven³ of ongeschreven nationale regel ook, kan vanzelfsprekend nooit — en zeker niet wanneer die regel geen grondwettelijke waarde heeft, wat zelden voorkomt — de voorrang hebben op een regel van internationaal recht, inzonderheid van internationaal verdragsrecht. Het Hof heeft dat nooit in twijfel getrokken, althans en i.h.b. niet sedert zijn arrest van 27 mei 1971⁴.

Het Hof heeft dus, in de vorenbedoelde arresten, helemaal niet «het risico genomen» een geschil te moeten beslechten, op een wijze die de uitstekende arrestbespreker lijkt te vrezen, hetzij tussen een algemeen rechtsbeginsel uit het nationaal recht en een andere regel uit dat recht, hetzij tussen een dergelijk beginsel en een internationaal verdragsrechtelijke regel. Enerzijds wordt niet betwist en kan ook niet betwist worden, dat een wet van de Wetgevende Macht, of eventueel een «decreet» kan afwijken van een algemeen rechtsbeginsel uit het nationaal recht dat geen grondwettelijke waarde heeft, en dat alle andere nationale normen, behalve wellicht de decreten, een dergelijk beginsel dat de kracht van een wet van die Macht bezit moeten eerbiedigen. Anderzijds is het evident, dat een algemeen beginsel van het nationaal recht moet wijken voor een tegengestelde internationale verdragsregel. De arresten van het Hof hebben daaromtrent geen twijfel laten bestaan. Bij de uitlegging van artikel 6, lid 1, hebben zij alleenlijk beslist dat het niet toepasselijk is *in tuchtzaken*. Het ligt aldus voor de hand dat elk probleem in verband met een conflict tussen een interne en een internationale norm — terecht of ten onrechte — was uitgesloten.

Het is evenwel duidelijk, dat zulks niet betekent dat het Hof zodoende zou hebben beslist dat de bepalingen van artikel 6, lid 1, nooit toepasselijk zijn. Verre van daar natuurlijk: het Hof neemt aan, zoals het doen moet, dat, telkens als het gaat om een geschil over rechten of verplichtingen van private aard of om een straffervolging, de openbaarheid, de onpartijdigheid, de onafhankelijkheid en het eerlijk onderzoek niet alleen door de Grondwet en de genoemde algemene beginselen, doch ook bij artikel 6, lid 1, zijn voorgeschreven.

b) Welke zijn de grondslagen en verantwoordingen van onze jurisprudentie?

Ons Hof heeft beslist dat in tuchtzaken geen openbare behandeling geoorloofd is, niet enkel omdat nationale wetelijke bepalingen behandeling met gesloten deuren voorschrijven maar ook: 1° omdat een algemeen rechtsbeginsel de regel van discretie in tuchtzaken oplegt, welke regel uit de aard zelf van die materie voortvloeit, 2° omdat de bepalingen van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden met die rechtspleging niets uitstaande hebben, niet al-

² PIERRE LAMBERT, *J.T.*, 1981, 626.

³ Ik ga hier niet in op het probleem van een conflict tussen een regel van internationaal recht en een grondwettelijke regel. Zie daarover *La Cour de Justice Benelux*, Bruylant, 1980, p. 118 e.v.

⁴ *Arr. Cass.*, 1971, 959.

leen omdat die bepalingen niet betreffen beslissingen over «betwistingen inzake burgerlijke rechten en verplichtingen» of over «een strafvervolgning», maar ook omdat het Hof ervan overtuigd was dat de opstellers van genoemd Verdrag niet hebben kunnen voorbijgaan aan de noodzakelijkheid van discretie in tuchtzaken — zowel in het algemeen als in het particulier belang — en het dus niet hun bedoeling kan zijn geweest voor die procedures de openbaarheid voor te schrijven ..., en ten slotte 3° omdat in de tuchtprocedures het beroepsgeheim gevrijwaard moet blijven.

Het Hof stond met die uitspraak en beslissing natuurlijk niet alleen.

Verscheidene verslagen van de Commissie voor de rechten van de mens hadden, vóór het verslag in de zaken *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, beslist dat de disciplinaire procedures (zowel inzake privé-ambten of vrije beroepen als inzake openbare ambten, die noodzakelijkerwijze buiten toepassing van de bepalingen van genoemd artikel 6, lid 1, vallen aangezien zij vanzelfsprekend geen betrekking hebben op «burgerlijke rechten en verplichtingen») niet worden bedoeld in artikel 6, lid 1, van het Verdrag⁵.

In zijn commentaar op de rechtspraak van de Commissie schrijft de h. advocaat-generaal Velu:

«Enfin, lorsque le délinquant exerce une fonction publique ou appartient à certaines professions, l'infraction peut donner lieu à une action disciplinaire, laquelle vise essentiellement à sanctionner l'atteinte portée à l'honneur et à la dignité de la fonction ou de la profession.

Suivant la jurisprudence constante de la Commission européenne des droits de l'homme, cette action ne tombe pas dans le champ d'application des règles procédurales prévues par l'article 6 de la Convention...»⁶.

Ook de Franse Raad van State beslist dat artikel 6, lid 1, van het Verdrag niets te maken heeft met de tuchtprocedures. Onder meer in zijn arrest van 27 oktober 1978 vindt men volgende overwegingen: «qu'aux termes de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: 'Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... publiquement ... par un tribunal ... qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale ...'; que les juridictions disciplinaires ne statuent pas en matière pénale et ne tranchent pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil; que, dès lors, les dispositions précitées de l'article 6 de la Convention européenne ne leur sont pas applicables»⁷.

In zijn inhoudrijke conclusie vóór dat arrest uitte regeringscommissaris de h. Labetoulle zich helemaal in dezelfde

zin. In de voetnoot is het essentiële van zijn conclusie geciteerd⁸.

Vóór het arrest van 23 juni 1981 in zake *Le Compte e.a.* had het Hof te Straatsburg nooit uitspraak gedaan over de vraag, of artikel 6, lid 1, op de tuchtprocedures toepasselijk is. Ik weet en het Hof van Cassatie weet eveneens, dat velen hebben gemeend — zoals uit talrijke cassatieberoepen blijkt — dat het Straatsburgs Hof met zijn arrest-König van 28 juni 1978 daarover reeds uitspraak had gedaan. Zij hadden het evenwel mis. In die zaak-König heeft het Hof

⁸ «... Une constatation en effet s'impose: c'est qu'à l'heure actuelle, sauf erreur de notre part, toutes les juridictions disciplinaires siègent en séance non publique. C'est vrai des juridictions disciplinaires relevant de l'ordre administratif, soit que celles-ci appliquent la jurisprudence selon laquelle, en l'absence de texte particulier, les audiences des juridictions administratives ne sont pas publiques, soit — et cette seconde hypothèse est de loin la plus fréquente — que la règle de non publicité ait été expressément posée par un texte propre à la juridiction considérée. De tels textes existent notamment pour les formations disciplinaires de l'Ordre des médecins, de l'Ordre des dentistes, de l'Ordre des pharmaciens, des conseils d'université, du Conseil supérieur de l'éducation nationale ou du Conseil supérieur de la magistrature qui lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège est une juridiction administrative. Le plus souvent, ces dispositions expresses sont de forme réglementaire (c'est le cas des juridictions ordinaires ou du Conseil supérieur de l'éducation nationale). Mais parfois, elles sont de forme législative (c'est les cas du Conseil supérieur de la magistrature, en vertu de l'article 57 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, ou de la Cour de discipline budgétaire).

Mais c'est vrai aussi des instances disciplinaires relevant de l'ordre judiciaire. Qu'il s'agisse des avocats, des notaires, des avoués près les cours d'appel, des huissiers ou des commissaires priseurs les règles sont à peu près les mêmes: en première instance, l'organisme compétent — selon les cas le conseil de l'ordre siégeant comme conseil de discipline, la Chambre de discipline ou le tribunal de grande instance — statue en séance non publique. En cas d'appel, l'assemblée générale de la cour d'appel, qui est alors compétente, statue en chambre du conseil (cf. l'article 123 du décret du 9 juin 1972, pour les avocats, ou l'ordonnance du 28 juin 1945 et le décret du 28 décembre 1973 pour les officiers ministériels précités). De même c'est à la cour d'appel statuant «en chambre du conseil» que le projet de loi relatif aux conseils de prud'hommes actuellement en discussion devant le Parlement confie le soin de connaître des actions disciplinaires relatives aux membres de ces conseils.

Dès lors et puisque l'affirmation d'un nouveau principe général du droit est moins la création *ex nihilo* d'une règle vraiment nouvelle que la reconnaissance et la consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée mais néanmoins sous-jacente, il paraît difficile d'admettre que la publicité des audiences des juridictions disciplinaires soit imposée par un principe général du droit. Au demeurant ce n'est pas sans quelques bonnes raisons que, par exception à la règle générale, les juridictions disciplinaires siègent en séances non publiques. Raisons théoriques ou doctrinales d'abord. Tandis que le droit pénal est conçu pour faire régner un certain ordre et faire respecter certaines valeurs dans et par la société prise dans son ensemble, le pouvoir disciplinaire tend à assurer l'observation de règles propres à une profession à une institution ou à un service. Il est l'expression d'une discipline intérieure à un groupe et assurée par ce groupe. C'est ce qui explique la composition particulière des juridictions disciplinaires.

Que par ailleurs celles-ci ne tiennent pas des audiences publiques nous paraît, non pas certes imposé par cette conception, mais du moins en harmonie avec elle. Ajoutons que le pouvoir disciplinaire

⁵ Beschikkingen van a) 29 mei 1961 (*Rec.*, n° 6, p. 29); b) 20 oktober 1964, rekest n° 1931/63, X t/ Oostenrijk; c) 10 juli 1967, rekest n° 2872/66, X t/ Duitse Bondsrepubliek; d) 5 februari 1971, rekest n° 4579/70, X t/ Luxemburg; e) 5 februari 1971, rekest n° 4040/69, X t/ België.

⁶ In *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne, Editions Pedone, p. 400.

⁷ *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, Sirey, Année 1978, p. 395 e.v., inz. p. 396.

zich uitgesproken over procedures gevoerd voor zogenaamde administratieve rechtscolleges die uitspraak moesten doen over een verbod de geneeskunst uit te oefenen, welk verbod door een Duitse administratieve autoriteit was opgelegd nadat tuchtrechtscolleges reeds definitief uitspraak hadden gedaan over de aan dr. König ten laste gelegde professionele tekortkomingen.

c) Het Hof van Cassatie heeft dus in talrijke arresten beslist, dat artikel 6, lid 1, van het Verdrag niet toepasselijk is op de tuchtprocedures omdat deze niet tot doel noch zelfs tot gevolg hebben een uitspraak over een «contesta-

peut être exercé aussi par des instances non juridictionnelles, qui ne statuent pas en public, qu'il y a sans doute plus de similitudes entre les instances disciplinaires qui sont juridictionnelles et celles qui ne le sont pas qu'entre les juridictions disciplinaires et les juridictions de droit commun, et qu'il n'est donc pas anormal que le principe de non publicité des séances vaille pour toutes les instances disciplinaires, juridictionnelles ou non. Des considérations pratiques, relatives à la bonne administration de la justice vont dans le même sens. Les juridictions disciplinaires, où, le plus souvent, les phases d'instruction et de jugement proprement dit se confondent, doivent généralement éclaircir des points de fait, préciser le contexte dans lequel l'agissement incriminé est intervenu. A cet effet, bien souvent s'instaure devant elles un débat contradictoire oral avec comparution de témoins, une sorte d'enquête à la barre. Or, parce qu'elles intéressent l'univers clos d'une profession ces affaires — à la différence de celles qui devant le juge pénal viennent à l'audience sur citation directe, sans instruction — revêtent le plus souvent un caractère un peu passionné, traduisent ou attestent rivalités et oppositions. Dès lors, cette recherche de la vérité, à laquelle doit se livrer la juridiction ne serait-elle pas plus délicate et aléatoire dans le cadre d'une audience publique? Nous le craignons. Encore faut-il, bien entendu, que, la publicité des audiences contribuant normalement à garantir l'impartialité de ceux qui ont la mission de juger, son absence n'entraîne pas une diminution des garanties qui sont dues aux intéressés. Mais tel ne paraît pas être le cas. Le principe du respect des droits de la défense n'est pas atteint. Dans bien des cas — nous songeons particulièrement aux juridictions universitaires — la présence de nombreux témoins assure une publicité de fait. Enfin, les décisions ainsi prises peuvent toujours être soumises par la voie de la cassation au contrôle d'un juge statuant publiquement (...)

L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales est ainsi rédigé (...) Cet article 6 pose le principe de la publicité des audiences. Il ne le pose cependant pas pour toutes les juridictions et pour toutes les affaires, mais seulement en cas de «contestations» sur des «droits et obligations de caractère civil» ou d'«accusations en matière pénale». C'est ce qu'a relevé, par la décision attaquée, la section disciplinaire du conseil national de l'Ordre, qui a ajouté que «ces dispositions ne visent que les juridictions civiles et pénales...»

Het Arrest-Ringeisen van 16 juli 1971 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens commentariërend, vervolgt de h. Labetoulle:

«Cette formulation est très générale notamment en ce que, se fondant sur un critère matériel et non sur un critère organique, elle admet que, lorsqu'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil donne lieu à une procédure, l'article 6-1 s'applique, que cette procédure soit diligentée devant une juridiction ou devant un «organe administratif», c'est-à-dire, le cas échéant, un organe non juridictionnel. Et, en l'espèce, la Cour a englobé dans le champ d'application de l'article 6-1 la décision d'une commission régionale des transactions immobilières prise en application de règles du droit administratif autrichien, et relative à l'approbation

tion» (Franse tekst van artikel 6, lid 1) of over een «determination» (Engelse tekst van dat artikel) «van burgerlijke rechten en verplichtingen» («civil rights and obligations»). Die rechten en verplichtingen liggen helemaal buiten het onderzoek en de beslissing van het tuchtrechtscollege, en ook buiten de debatten die worden gevoerd voor dat rechtscollege, dat enkel tot taak heeft te onderzoeken en te beslissen of aan de regels van de beroepsplichtenleer te kort is gekomen of niet.

Gewis, de sanctie die eventueel door het tuchtrechtscollege zal worden uitgesproken, kan de uitoefening van het beroep tijdelijk of definitief verhinderen en bijgevolg een terugslag hebben op de uitoefening — en zelfs op het genot — van een burgerlijk recht. Maar dat rechtscollege kan evengoed andere sancties uitspreken, zoals een waarschu-

d'un contrat de vente entre personnes privées. Ce qui vaut pour une telle commission, dépourvue de caractère juridictionnel, vaut a fortiori pour une formation ordinale à caractère juridictionnel. Dire qu'une telle juridiction, parce qu'elle n'est ni civile ni pénale, ne relève pas de l'article 6 va donc bien à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne».

Na te hebben aangegeven dat de disciplinaire instanties met professioneel karakter geen uitspraak doen, in de zin van het Verdrag, «in strafzaken», vervolgt de h. Labetoulle:

«Il reste alors à prendre parti vis-à-vis de l'autre notion retenue par l'article 6, celle de 'contestations sur des droits et obligations de caractère civil'. A priori, l'application de notre terminologie juridique usuelle laisse moins encore que tout à l'heure place à l'hésitation; le disciplinaire n'est pas le civil. Néanmoins, la décision Ringeisen, précitée, nous ayant appris que pour la cour européenne un litige que nous aurions tenu pour administratif peut être réputé se rattacher à un droit de caractère civil, il faut sans doute approfondir l'analyse.

Doivent sans doute être assimilés à des 'contestations sur des droits et obligations de caractère civil' les litiges individuels concernant le droit de propriété (soit directement: l'expropriation, soit indirectement: le permis de construire), les contrats administratifs, la responsabilité de la puissance publique. Au delà, la frontière est assurément plus incertaine. Ce qu'en tout cas une méthode raisonnable d'interprétation des textes commande d'admettre c'est que cette formule de l'article 6-1 ne vise pas, de façon extensive toute action mettant directement en cause une personne privée. Car enfin, si les rédacteurs du texte avaient entendu lui donner cette portée, ils l'auraient dit sous cette forme ou sous une forme voisine et n'auraient pas recouru à la formule que nous devons appliquer, plus alambiquée mais aussi plus restrictive. Dans cet esprit, il nous semble que les termes «droits ou obligations de caractère civil» évoquent des notions s'appliquant ou susceptibles de s'appliquer à l'ensemble des citoyens plutôt qu'ils ne visent ce qui ne vaut que pour une profession ou une institution, surtout lorsque dans ce cas il s'agit de mettre en oeuvre un régime marqué par l'existence de prérogatives de puissance publique. Dirait-on par exemple que le droit de la fonction publique se rattache à des droits et obligations de caractère civil? C'est fort douteux, sauf peut-être pour ce qui touche à la rémunération des agents, et, par analogie, aux pensions. En tout cas, il nous paraît difficile d'admettre que l'action disciplinaire, caractérisée par son caractère répressif, se rattache à des «contestations sur des droits ou obligations de caractère civil», même s'il est vrai que les sanctions prononcées peuvent mettre en cause l'exercice d'une profession. De ce point de vue non plus, l'article 6 ne nous paraît pas applicable.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.» (*Recueil des décisions du Conseil d'Etat, op. cit.*, p. 335 tot 406).

wing, een afkeuring en een berisping, die voor de uitoefening van een dergelijk recht geen gevolgen hebben.

Zoals mr. Lambert in zijn reeds vermelde commentaar bij het arrest van 23 juni 1981⁹ schrijft, als artikel 6, lid 1, wegens die «repercussie» op de uitoefening van een burgerlijk recht, in tuchtprocedures moet worden toegepast, dan is het ook zo dat «cet article sera d'application selon l'issue de la procédure disciplinaire et selon l'importance de la sanction ... Ce serait à l'évidence, perdre de vue que, dans la matière disciplinaire, il n'y a pas d'échelle de peines correspondant à une échelle d'infractions: tous les manquements déontologiques peuvent être, selon l'appréciation de l'autorité disciplinaire, sanctionnés de la peine minimale de l'avertissement, de la peine maximale de la radiation ou de l'une des peines intermédiaires. On ne peut souscrire à l'idée que l'issue d'une procédure et l'importance de la sanction infligée doivent déterminer si les garanties qu'offre l'article 6 de la Convention doivent être appliquées, alors que ce qui importe c'est l'objet même de la procédure».

Op 27 november 1957¹⁰ heeft het Hof van Cassatie in verenigde kamers beslist dat een tuchtrechtelijke vervolging, ook al heeft die, als sanctie, geleid tot een afhouding op het loon, niets te maken heeft met een betwisting over een burgerlijk recht en dat «de omstandigheid dat de te nemen beslissing op een verzoekschrift strekkende tot vernietiging van een administratieve akte *een onrechtstreeks en bijkomend gevolg kan hebben op de uitoefening van een burgerlijk recht* niet voldoende is om de bevoegdheid van de Raad van State uit te sluiten om kennis te nemen van dit verzoekschrift».

Ik moet hierbij evenwel ingaan op een argumentatie die de mening zou kunnen wettigen dat een tuchtprocedure betrekking heeft op een «beslissing over een geschil inzake een burgerlijk recht of verplichting», omdat zij een sanctie kan meebrengen die het recht op uitoefening van het beroep aantast.

Ik bedoel hier de affirmatie dat, aangezien de strafvordering leidt tot een veroordeling tot vrijheids- of vermogensstraffen, de rechter die daarover te beslissen heeft, eigenlijk, in de zin van artikel 92 van de Grondwet (waarin het begrip burgerlijk recht wordt bedoeld dat nauw samenhangt met dat van artikel 6, lid 1) uitspraak zou doen over geschillen inzake burgerlijke rechten, waarvoor alleen de rechtscolleges van de Rechterlijke Macht bevoegd zijn. Ik erken dat ik mij enkele jaren geleden bij die mening heb aangesloten¹¹ ... maar ik meen dat zij onvolledig is en op zichzelf de exclusieve bevoegdheid van de Rechterlijke Macht niet kan verantwoorden. Immers, uitspraak doen over de strafvordering beoogt in hoofdzaak vast te stellen of een bepaling van het strafrecht is geschonden en, alleen als gevolg daarvan, een straf op te leggen, en niet uitspraak te doen, zoals gezegd in artikel 92 van de Grondwet, over «een geschil over een burgerlijk recht».

⁹ J.T., 1981, p. 626.

¹⁰ Arr. Verbr., 1958, 191.

¹¹ a) Conclusie voor Cass., 25 juni 1974, R.W., 1974-75, 108 e.v., inzonderheid kol. 117; b) *Ontwerpen voor hervormingen en jurisdictionele functie*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van 1 sept. 1977, nr. 8.

Dat de Grondwet uitsluitend aan de rechtbanken van de Rechterlijke Macht bevoegdheid verleent om over de strafvordering uitspraak te doen volgt uit een geheel van grondwetsbepalingen, inzonderheid uit de artikelen 7, 8, 9, 92, 93 en 100 van de Grondwet¹²; de beslissing over de strafvordering wordt aldus uitsluitend toevertrouwd aan de rechtscolleges die door de Grondwet zelf zijn bepaald en die samengesteld zijn uit onafzetbare rechters, nu de bij artikel 93 van de Grondwet toegestane derogatie aan de bevoegdheid van de Rechterlijke Macht strikt moet worden uitgelegd.

Hoe dan ook, het Hof heeft steeds geoordeeld, dat een tuchtprocedure niet tot doel heeft uitspraak te doen over een geschil omtrent een recht of verplichting van civiele aard en dat de sancties die de disciplinaire instantie oplegt niet noodzakelijk de uitoefening van een burgerlijk recht betreffen; de sancties waarschuwing, berisping of afkeuring hebben daarmee kennelijk niets uit te staan¹³.

Discretie is inherent aan het onderzoek en de berechting van de tekortkomingen aan de beroepsplichtenleer. Zij is vereist niet enkel in het belang van de «Macht», van het «korps» of van de «orde» voor wier voortbestaan de naleving van de beroepsplichtenleer een volstreekte voorwaarde is, maar evenzeer in het belang van de leden ervan. Zij is dus uiteraard onverenigbaar met een openbaarheid waarbij een ieder de debatten en de uitspraak van de beslissingen zou mogen bijwonen en die onder meer in de pers bespreken. De openbaarheid is gewis een democratisch vereiste van de gemeenrechtelijke rechtsbedeling, dat de Natie in haar geheel aanbelangt. Zij is het niet in tuchtzaken. Voorts is zij geen onmisbare voorwaarde voor de sereniteit, de bekwaamheid, de eerlijkheid, het plichtsbesef, de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de werking van de tuchtrechtscolleges.

Niet alleen de Belgische wetgever, maar ook de wetgevers in andere landen¹⁴ hebben de noodzaak van die discretie ingezien en bijgevolg de openbaarheid gebannen.

De nationale rechtscolleges, met inbegrip van ons Hof, waren er dus — en wel op zeer goede gronden — van overtuigd dat artikel 6, lid 1, van het Verdrag, dat de openbaarheid van de debatten en van de uitspraak van de beslissingen voorschrijft, geen toepassing kon vinden op tuchtprocedures — wat trouwens jarenlang ook de mening van de Commissie voor de rechten van de mens was¹⁵ — en dat de

¹² Zie Cass., 29 maart 1833, *Pas.*, 1833, I, 70, en 10 augustus 1840, *ibid.*, 1840, I, 460. Zie ook J. LIMPENS, «Le problème de la compétence répressive des futures juridictions du travail», *J.T.*, 1957, 90.

¹³ Een rechtsmiddel inzake preventieve hechtenis heeft vanzelfsprekend gevolgen voor de individuele vrijheid die kennelijk het object van een «droit ... à caractère civil» is, maar in het arrest-Neumeister van 27 juni 1968 verwerpt het Europees Hof voor de rechten van de mens niettemin — en terecht — het middel dat het zou gaan om een «contestation sur des droits et obligations à caractère civil» («het vaststellen van ... burgerlijke rechten en verplichtingen»).

¹⁴ Raadpl. in noot 8 de conclusie v. de regeringscommissaris voor de Franse Raad van State.

¹⁵ Zie supra.

opstellers van die bepaling, zich bewust van de zoëven benadrukte en in het recht van alle Verdragsluitende Staten erkende noodzakelijkheden en aard van die procedures, er niet aan gedacht konden hebben de bepalingen van genoemd artikel 6, lid 1, waarbij de openbaarheid wordt voorgeschreven, op die procedure toepasselijk te maken.

Men zal gewis tegen mijn affirmatie inbrengen dat, hoewel in de nationale wetgevingen de behandeling met gesloten deuren wordt voorgeschreven, artikel 476 van het Gerechtelijk Wetboek evenwel bepaalt, dat de debatten voor de tuchtraad van beroep van de balies in openbare zitting kunnen plaatshebben «wanneer de verdachte advocaat dit vraagt». Dat is echter een weinig gelukkige en ongepaste uitzondering op het algemeen rechtsstelsel, die enkel te wijten is aan een betreurenswaardige improvisatie van een onzer wetgevende kamers, daar de koninklijke commissaris voor de gerechtelijke hervorming zonder enige uitzondering de rechtspleging met gesloten deuren had voorgesteld, zoals het hoorde¹⁶.

Een ongelukkige improvisatie inderdaad, want zij heeft geleid tot een stelsel dat schadelijk is voor de vrijwaring zowel van het beroepsgeheim als van de eer van de Orde — die, laten we het niet vergeten, een instelling is waarvan het maatschappelijk belang onbetwistbaar is — en een ongepaste improvisatie want het is niet te verdedigen dat alleen de verdachte advocaat mag oordelen of het handhaven van de rechtspleging met gesloten deuren nodig is, een rechtspleging die nu eenmaal niet alleen maar ten voordele van particuliere belangen is ingesteld ... maar het is zo dat er thans een kwalijke neiging bestaat om alleen die belangen voor ogen te houden terwijl er algemene waarden en belangen bestaan zonder welke de eerstgenoemde trouwens niet kunnen behouden en gevrijwaard worden.

Van de personen voor wie regels van beroepsplichtenleer gelden en voor wie tuchtrechtscolleges en tuchtprocedures bestaan, hebben de meesten kennis van beroepsgeheimen.

Deontologische tekortkomingen kunnen betrekking hebben op feiten of omstandigheden die door een beroepsgeheim zijn gedekt, zoals de persoon aan wie dergelijke tekortkomingen ten laste worden gelegd, kan oordelen dat hij moet of kan aanvoeren dat die tekortkomingen door dergelijke feiten of omstandigheden verantwoord waren ... Het beroepsgeheim kan evenwel niet tegengeworpen worden aan de tuchtautoriteiten en aan de tuchtrechtscolleges.

In zijn arrest van 12 mei 1977¹⁷ heeft ons Hof eraan herinnerd dat, «hoewel de advocaat die bij de uitoefening van zijn beroep in vertrouwen wordt genomen door zijn cliënt, in de regel het hem toevertrouwde geheim moet eerbiedigen, een dergelijke verplichting niet kan bestaan ten

opzichte van de tuchtverheid aan wie de advocaat eerlijkheid en loyaliteit is verschuldigd krachtens de plichtenleer van het beroep en die een waarborg zijn voor het beroepsgeheim, welke overheid door dit geheim is gebonden».

Hoe zou men toch de openbaarheid van de terechtzittingen van en de debatten voor de tuchtrechtscolleges kunnen verzoenen met die verplichting en die noodzakelijke opheffing van het beroepsgeheim in tuchtprocedures en de naleving van de plichten der tuchtrechtscolleges i.v.m. de onontbeerlijke eerbiediging van dat geheim kunnen verzekeren? Dat is een van de redenen waarom de wetgever (althans op een algemene wijze) en het Hof van Cassatie in zijn vaste jurisprudentie geoordeeld hebben dat de openbaarheid onverenigbaar is met de aard en de noodwendigheden van de tuchtprocedures.

Dat is ook een van de redenen waarom ons Hof steeds heeft geoordeeld dat de opstellers van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens bij de aanneming van artikel 6, lid 1, niet de bedoeling kunnen gehad hebben voor de tuchtprocedures de openbaarheid op te leggen¹⁸.

Men zou natuurlijk, m.b.t. dit aspect van de zaak, kunnen denken aan een stelsel waarin de openbare behandeling door een behandeling met gesloten deuren wordt vervangen wanneer de disciplinaire instantie een beroepsgeheim te onderzoeken heeft. Zou zulks echter in overeenstemming zijn met artikel 6, lid 1?

Kan men menen dat artikel 6, lid 1, dit toestaat omdat het bepaalt dat «de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek kan worden onttrokken ... wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtsbedeling zou schaden»?

Het Hof te Straatsburg heeft niet gemeend zich in zijn arrest van 23 juni 1981 over die belangrijke vraag uitdrukkelijk uit te moeten spreken.

Het heeft in § 59 van zijn arrest enkel overwogen:

«La nature même des manquements reprochés aux requérants et de leurs propres griefs contre l'Ordre ne relevait pas de l'exercice de l'art de guérir. Partant, ni le respect du secret professionnel ni la protection de la vie privée de ces médecins ou de patients n'entraient en jeu; la Cour ne souscrit pas à la thèse contraire du Gouvernement. Rien ne donne non plus à penser que d'autres motifs, parmi ceux qu'énumère l'article 6, par. 1er, deuxième phrase, auraient pu justifier le huis clos; le Gouvernement n'invoque du reste aucun d'entre eux.»

II. Ik moet thans de essentiële of voornaamste motieven aanwijzen op grond waarvan het arrest van 23 juni 1981 van het Europees Hof beslist heeft dat alle bepalingen van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens nageleefd moeten worden in de tuchtprocedures of althans in de tuchtprocedures die betrekking hebben op professionele orden zoals de orde van geneesheren.

Ik acht het onontbeerlijk die gronden hier letterlijk aan te halen:

¹⁶ *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, Belgisch Staatsblad, p. 208. De koninklijke commissaris haalt in de voetnoot ook de h. P. Vermeylen aan die schrijft: «... nous attachons surtout de l'importance au fait que la procédure préconisée (des conseils de discipline d'appel) maintiendra aux débats, qui se dérouleront à huis clos, leur caractère secret (ce qui est préférable, et du point de vue du secret professionnel et du point de vue de l'honneur de l'Ordre) et au fait ...», «Règles et usages de l'Ordre des avocats», *Pandectes belges*, nr. 1146, p. 191.

¹⁷ *Arr. Cass.*, 1977, 936, *R.W.*, 1977-78, 827.

¹⁸ Volstrekt te vermelden is hier de opmerkelijke conclusie van de h. advocaat-generaal Velu vóór het arrest van ons Hof van 8 april 1976 (*Pas.*, 1976, I, 871), waarin deze hoge magistraat het begrip «contestation sur des droits et obligations de caractère civil» onderzocht heeft.

«45. Dans la présente affaire un premier point mérite éclaircissement: peut-on parler d'une véritable 'contestation', au sens de 'deux prétentions ou demandes contradictoires' (plaidoirie du conseil du Gouvernement)?

«L'esprit de la Convention commande de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle; la version anglaise de l'article 6, par. 1er, n'en renferme du reste pas le pendant (*'In the determination of his civil rights and obligations'*; comp. l'article 49 *'dispute'*) (...)

«46. Encore faut-il que la 'contestation' ait porté 'sur (des) droits et obligations de caractère civil', c'est-à-dire que l'issue de la procédure ait été 'déterminante' pour un tel droit (arrêt Ringeisen précité).

«Selon les requérants, il s'agissait de leur droit de continuer à exercer leur profession; l'arrêt König du 28 juin 1978 aurait reconnu le 'caractère civil' de pareil droit (*loc. cit.*, pp. 31-32, §§ 91 et 93).

«D'après le Gouvernement, les décisions des conseils provinciaux et d'appel n'avaient en la matière qu'une 'incidence indirecte'. Contrairement aux juridictions administratives allemandes dans l'affaire König, ces organes n'auraient pas contrôlé la régularité d'un acte antérieur de retrait du droit de pratiquer: il leur incombait plutôt de s'assurer de la réalité des manquements à la déontologie, propres à justifier les sanctions disciplinaires (...)

«47. Quant au point de savoir si la contestation portait sur le droit susmentionné, la Cour estime que l'article 6, § 1, dans chacun de ses deux textes officiels ('contestation sur', *'détermination of'*), ne se contente pas d'un lien ténu ni de répercussions lointaines: des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet — ou l'un des objets — de la 'contestation', l'issue de la procédure être directement déterminante pour un tel droit.

«Si la Cour marque ici son accord avec le Gouvernement, elle ne souscrit pas à l'opinion suivant laquelle il manquait en l'espèce semblable relation directe entre les procédures en question et le droit de continuer à exercer la profession médicale. La suspension prononcée par le conseil provincial le 30 juin 1971 contre le Dr. Le Compte, puis le 24 octobre 1973 contre les Drs. Van Leuven et De Meyere, tendait à leur ôter temporairement le droit de pratiquer. Ce droit se trouvait directement en cause devant le conseil d'appel et la Cour de cassation, auxquels il incombait d'examiner les griefs des intéressés contre la décision les frappant.

«48. En outre, dans le chef des médecins pratiquant l'art de guérir à titre libéral, tels les requérants, le droit de continuer à exercer est mis en oeuvre dans des relations d'ordre privé avec leurs clients ou patients; en droit belge, elles revêtent de coutume la forme de relations contractuelles ou quasi contractuelles et, de toute façon, se nouent directement entre individus sur un plan personnel, sans qu'une autorité publique intervienne de manière essentielle ou déterminante dans leur établissement. Il s'agit dès lors d'un droit de caractère privé, nonobstant la nature spécifique et d'intérêt général de la profession de médecin et les devoirs particuliers qui s'y rattachent.

«La Cour conclut ainsi à l'applicabilité de l'article 6, § 1, comme dans l'affaire König (arrêt précité, p. 32, § 95), elle n'a pas à rechercher si la notion de 'droits (...) de caractère civil' va au-delà de celle de droits de caractère privé.

«59. ... Les Drs. Le Compte, Van Leuven et De Meyere avaient donc droit à la publicité de l'instance. A la vérité, ni la lettre ni l'esprit de l'article 6, § 1, ne les auraient empêchés d'y renoncer de leur plein gré, expressément ou tacitement (comp. l'arrêt Deweer précité, p. 26, § 49); une procédure disciplinaire de ce genre se déroulant dans le secret avec l'accord de l'intéressé n'enfreint pas la Convention. En l'espèce, toutefois, les requérants souhaitent et réclamaient manifestement un procès public. L'article 6, § 1, ne permettait pas de le leur refuser puisque l'on ne se trouvait dans aucun des cas énumérés par sa seconde phrase.»

Het is wellicht onnodig en zelfs niet aangewezen dat ik hier bij het arrest van het hoge Europees Hof commentaar geef.

De vergelijking van de redenen van de twee — thans uiteenlopende — jurisprudenties zal mij helpen te concluderen en het Hof te beslissen.

Ik moge enkel erop wijzen, enerzijds, dat het Europees Hof voor bepaalde overwegingen die aan de jurisprudentie van ons Hof ten grondslag liggen blijkbaar geen aandacht heeft gehad, nu dit college zijn beslissing hoofdzakelijk laat steunen op de reden dat, *hoewel* de in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag bedoelde begrippen «vaststelling» («contestation» in 't Frans of «determination» in 't Engels) van burgerlijke rechten en verplichtingen vereisen of veronderstellen, niet dat «er met een burgerlijk recht een zwak verband bestaat of dat zij (op dat recht) een verre weerslag hebben», maar wel dat bedoeld recht het *voorwerp* — of een van de voorwerpen — van de «vaststelling» («contestation») of van «de afloop van de procedure» is en, «voor zodanig recht rechtstreeks bepalend moet zijn», het Hof niettemin oordeelt dat een tuchtprocedure, die natuurlijk enkel tot doel heeft vast te stellen of er een tekortkoming aan de beroepsplichtenleer heeft plaatsgehad, de uitoefening van een burgerlijk recht «tot voorwerp» heeft, daar de «afloop van de tuchtprocedure rechtstreeks bepalend kan zijn voor zodanig recht», zulks, volgens het Hof, kennelijk omdat de eventueel uitgesproken sanctie kan bestaan in het verbod of de schorsing van de uitoefening van het beroep.

Beklemtone wij, anderzijds, dat het Europees Hof aldus van oordeel is dat alleen privé-belangen het verzaken van de openbaarheid kunnen verantwoorden, vermits degenen aan wie een deontologische tekortkoming ten laste wordt gelegd vrij kiest of de zaak al dan niet in het openbaar behandeld zal worden.

Het Hof te Straatsburg lijkt er zich toe te hebben beperkt te onderzoeken welke zin en welke draagwijdte kunnen of zouden kunnen worden gegeven aan de *tekst* van een verdrag, nl. de woorden «vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen». Het heeft in zijn arrest niet aangeduid of het acht sloeg op de aard zelve, op de noodwendigheden en de kenmerken van de disciplinaire zaken en procedures ... of het, i.h.b. had nagegaan of de opstellers van het Verdrag over de mensenrechten normalerwijze, gelet op die aard, de bedoeling konden hebben gehad aan *dezelfde procedurele vereisten*, inzonderheid de openbaarheid, te onderwerpen, enerzijds, alle zaken van burgerlijk, handels-, sociaal en strafrecht, en, anderzijds, de zaken betreffende de beroepsplichten der advocaten, geneesheren, apothekers, architecten.

Het lijkt de mening te hebben gehad — en dat valt ongetwijfeld te betreuren — dat alle rechtmatige belangen van de Ordes van die beroepen aan de enkele openbaarheid opgeofferd moeten en kunnen worden... en ook dat het, aan een eventuele verzaking van die openbaarheid denkende, alleen acht heeft geslagen op de particuliere belangen of op de belangen die men zou beweren dusdanig te zijn.

III. en IV. Moet ik het Hof ertoe aanzetten zijn jurisprudentie te handhaven of, integendeel, ze te wijzigen en in overeenstemming te brengen met die van het Hof te Straatsburg in zijn arrest van 23 juni 1981?

Moet ik voorstellen die jurisprudentie te volgen om de eenvoudige reden dat ik van oordeel ben dat zij beter te rechtvaardigen of te verdedigen is dan de onze en dat, ter wille van de intellectuele eerlijkheid en vooral ter wille van een betere rechtsbedeling, die wijziging derhalve vereist is?

Was dat het geval, dan zou ik wellicht hier mijn conclusie kunnen beëindigen ... maar ik vrees dat ik dan mijn taak niet naar behoren zou hebben vervuld.

Immers, hier tellen uw opvatting en uw overtuiging, veel meer dan de mijne.

Zijn de nationale rechterlijke instanties vrij om de jurisprudentie van het Europees Hof te volgen of niet?

Moet, in dat opzicht, geen onderscheid gemaakt worden tussen, enerzijds, de bijzondere gevolgen die aan een arrest verbonden zijn voor een Verdragsluitende Staat ten laste van wie het Hof heeft vastgesteld dat een van de verdragsbepalingen is geschonden, op grond waarvan die Staat eventueel is veroordeeld tot toekenning van een «billijke genoegdoening» (artikel 50 van het Verdrag) — betrekkelijk gezag of gezag *in specie* van de arresten van het Hof — en, anderzijds, het absolute gezag *erga omnes*, dat men aan de arresten van het Hof zou willen verbinden, zodat elke nationale rechterlijke instantie van de Lid-Staten in alle overgelegde gevallen de uit die arresten voortvloeiende uitlegging in acht zou moeten nemen en toepassen, zoals het geval is in Engeland en in andere zogeheten Common Law landen krachtens het *stare decisis* beginsel?

Behoeft men er tevens niet op te letten dat, ook al hebben de arresten van het Europees Hof geen uitwerking *erga omnes*, de nationale rechterlijke instanties, door af te wijken van de door die arresten gegeven uitlegging, hun Staat niettemin eraan *zouden* kunnen blootstellen dat na «individueel beroep» van een der betrokken partijen, dat Hof «in specie» een schending van een verdragsbepaling zou constateren en die Staat eventueel zou veroordelen tot betaling van een «billijke genoegdoening».

Kan de nationale Staat internationaalrechtelijk verantwoordelijk zijn omdat een rechtscollège van zijn Rechterlijke Macht, o.m. door een van haar beslissingen, de oorzaak van een overtreding van een internationaalrechtelijke regel is?

Het is duidelijk — men hoeft slechts de arresten van het Europees Hof te raadplegen en zulks blijkt ook uit wat ik zoëven heb gezegd — dat zowel de beslissingen van de Wetgevende en van de Uitvoerende Macht, als die van de Rechterlijke Macht — met inbegrip van de beslissingen van het Hof van Cassatie — aan het toezicht van het eerstgenoemde Hof zijn onderworpen. Daarom precies is het opgericht door de Staten die het Verdrag hebben geratificeerd en de

bevoegdheid van dat Hof hebben erkend. Het is een internationale controle op de jurisdictionele beslissingen.

Is een Staat — inzonderheid de Belgische Staat — internationaalrechtelijk verantwoordelijk en kan hij dit zijn, als een nationale rechterlijke instantie ofwel het uit een arrest van het Hof te Straatsburg voortvloeiend gezag, *in specie*, niet zou erkennen, ofwel zich niet gebonden zou achten door de «jurisprudentie» van dat Hof, waar het uitspraak doet in andere zaken?

Er wordt niet betwist, dat een Staat internationaalrechtelijk verantwoordelijk kan zijn wegens handelingen, beslissingen of verzuimen zowel van de autoriteiten, rechterlijke organen of elementen van zijn Rechterlijke Macht als van organen of elementen van zijn Wetgevende en Uitvoerende Macht en van het bestuur.

Artikel 6 van het ontwerp van artikelen over de verantwoordelijkheid van de Staten, zoals dat in eerste lezing door de «Commission du droit international» (van de Verenigde Naties) werd goedgekeurd bepaalt het volgende:

«Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée».

Het Permanent Internationaal Gerechtshof heeft o.a. in de zaak-Lotus beslist als volgt:

«Le fait que les autorités judiciaires auraient commis une erreur dans le choix de la disposition légale, applicable en l'espèce et compatible avec le droit international, ne concerne que le droit interne et ne pourrait intéresser le droit international que dans la mesure où une règle conventionnelle ou la possibilité d'un déni de justice entrerait en ligne de compte»¹⁹.

De vraag van de internationaalrechtelijke verantwoordelijkheid van een Staat is op zekere dag aan de orde gekomen voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen toen ze behandeld werd door de h. advocaat-generaal Warner in zijn conclusie vóór het arrest van 22 oktober 1975 — zaak 9/75²⁰.

Maar het betrof toen een zeer speciale kwestie van het gemeenschapsrecht. Het laatste lid van artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag legt aan de in die bepaling vermelde rechterlijke instanties (in België, het Hof van Cassatie en de Raad van State) de verplichting op een vraag van uitlegging (of geldigheid) te stellen, die rijst in de zaak of i.v.m. de rechtsmiddelen waarover zij moeten beslissen ... maar, zoals uit verscheidene arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen valt af te leiden, behoeven die instanties zich niet tot het Hof te wenden, indien zij zich aansluiten bij de uitlegging of bij de beslissing over een vraag van «geldigheid» die dat Hof in een andere zaak heeft gewezen²¹.

Indien die rechterlijke instanties — die een positieve verplichting hebben, hun voorgeschreven bij artikel 177, derde

¹⁹ Cour Permanente de Justice Internationale, Série A, n° 10, p. 24.

²⁰ Zie inz. *Verz. Arresten*, 1975, 1186 en 1187.

²¹ Zie o.a. *La Cour de Justice Benelux, op. cit.*, p. 190 en 191.

lid — zich echter niet tot het Hof van Justitie wenden en zich evenmin aansluiten bij hetgeen dat Hof vroeger in een andere zaak zou hebben beslist, dan komt de internationaalrechtelijke verantwoordelijkheid van hun Staat in het geding. Inzonderheid de procedure van de artikelen 169 tot 171 van het eerste Verdrag van Rome zou op gang kunnen worden gebracht.

Iets dergelijks bestaat niet in de regeling die uit het Europees Verdrag over de mensenrechten is af te leiden.

Laat ons hier terloops ook erop wijzen, dat de h. procureur-generaal Hayoit de Termicourt in zijn openingsrede van 2 september 1963²² in herinnering bracht dat een Staat — België o.a. — internationaalrechtelijk verantwoordelijk kon worden gesteld als zijn rechtbanken zouden weigeren ervoor te zorgen dat de regels van gemeenschapsrecht voorrang krijgen boven die van ermee strijdige nationale wetten of besluiten.

Dit is nog een toepassingsgeval van de internationaalrechtelijke verantwoordelijkheid voor jurisdictionele handelingen en beslissingen ... dat echter met ons probleem niets te maken heeft.

Ik meen te mogen zeggen dat, indien de arresten van het Europees Hof gezag *erga omnes* hadden — geldend zoals het beginsel van *stare decisis* voor de rechterlijke beslissingen in de Common Law landen — en de nationale rechterlijke instanties dat gezag niet zouden willen erkennen door zich niet neer te leggen bij de jurisprudentie van dat Hof in alle zaken die hun zijn voorgelegd — aldus ons Hof door zich in de heden uit te spreken arresten niet neer te leggen bij de betekenis en de draagwijdte van artikel 6, lid 1, zoals het arrest van 23 juni 1981 ze heeft omschreven — dit de internationaalrechtelijke verantwoordelijkheid van hun Staat mee zou brengen.

Maar zodanig gezag bestaat niet.

Ik heb nooit kunnen aannemen²³ dat de arresten, met toepassing van artikel 177 E.E.G.-Verdrag gewezen, gezag van gewijsde *erga omnes* zouden hebben — in de zin o.m. dat het Hof van Cassatie een voorgelegd arrest of vonnis zou moeten vernietigen wegens niet-inachtneming van een door het Europees Hof in een andere zaak gewezen arrest van uitlegging of over de «geldigheid» —. Ik meen evenmin te kunnen aannemen dat de arresten van het Europees Hof zulk een gezag bezitten.

De in de *Common Law* landen geldende regel, dat het precedent bindend is voor de rechterlijke instanties (*stare decisis*), is niet aangenomen in internationaal recht.

Artikel 63 van het statuut van het Internationaal Gerechtshof, dat voorziet in het optreden van derde Staten in geschillen waarbij zij niet betrokken zijn indien het gaat om «l'interprétation d'une convention à laquelle ils ont participé» en dat bepaalt: «2. chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès et, s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard», bevestigt aldus het *betrekkelijk* karakter van de beslissing van de internationale rechter.

²² «Le conflit 'Traité-Loi interne'», *J.T.*, 1963, 481 tot 486.

²³ Zie o.m. *La Cour de Justice Benelux*, op. cit., p. 182 tot 195, en *Guide pratique, article 177 C.E.E.*, door R.-M. Chevallier en D. Maidani, C.E.C.A. — C.E.E. — C.E.E.A., Brussel, Luxemburg, 1981, p. 96 tot 101.

Die kwestie is in de doctrine weinig behandeld, inzonderheid m.b.t. de Straatsburgse arresten, maar het lijkt mij duidelijk dat, behoudens andersluidende internationale verdragsbepalingen — die m.i. niet bestaan —, dezelfde oplossing geldt voor die arresten.

Professor Henri Rolin, gewezen voorzitter van het Hof te Straatsburg, schreef in zijn verslag «Sur l'autorité des arrêts et des décisions des organes de la Convention européenne des droits de l'homme» het volgende²⁴:

«Ainsi, sans qu'il puisse être question de lier les organes européens de protection des droits de l'homme par la règle du précédent, ni a fortiori de considérer la jurisprudence de la Cour ou du Comité des Ministres comme ayant force obligatoire pour les gouvernements et les juridictions d'ordre interne des Etats parties à la Convention, il faut admettre que les rapports de la Commission et les arrêts de la Cour exercent en fait une autorité indirecte sur les organes législatifs et judiciaires nationaux ... Au moins dans la mesure où ceux-ci les connaissent. Sans doute des progrès sont-ils encore à réaliser sur ce point.»

Rechter Sir Vincent Evans, die rechtskundig adviseur bij het Britse Ministerie van Buitenlandse Zaken is geweest, heeft die vraag onderzocht in een verslag dat hij heeft voorgelegd aan een colloquium dat op 21 en 22 september 1978 te Athene door de Griekse regering en het secretariaat-generaal van de Raad van Europa werd georganiseerd²⁵.

Hij geeft daarin onder meer een uiteenzetting over het «gezag» (authority), in Oostenrijk, België, de Bondsrepubliek Duitsland, Nederland en Zwitserland, van de beslissingen van de Commissie voor de rechten van de mens en van de arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens.

Hij besluit: «The jurisprudence of the European Court and Commission of Human Rights and the Committee of Ministers bearing on the interpretation of the Convention is not legally binding on the courts and other authorities in the countries concerned, but will have persuasive authority»²⁶. Uit zijn onderzoek bleek aldus dat de arresten van het Straatsburgse Hof geen gezag *erga omnes* hebben, dus geen dwingend gezag — geen *stare decisis* — maar dat zij het «overredend» gezag hebben dat meer bepaald in onze landen van continentaal West-Europa, de jurisprudentie van onze hoven en rechtbanken bezit.

Professor J. Velu schrijft, enerzijds, «l'autorité de la chose jugée par la Cour ne peut, en cas de contestation devant le juge belge, être invoquée que par et contre l'une des parties au litige devant la Cour»²⁷, en, anderzijds, «les actes des organes internationaux de contrôle peuvent avoir, dans l'ordre juridique interne, des effets directs de fait. Il

²⁴ *Revue des droits de l'homme — Human Rights Journal*, dl. VI-1, 1973, 746.

²⁵ *Actes du Colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Direction des droits de l'homme, Straatsburg, 1979.

²⁶ *Op. cit.*, p. 193.

²⁷ *Les effets directs des instruments internationaux en matière des Droits de l'Homme*, Prolegomena, Verzameling gepubliceerd onder de leiding van A. Vandeplas en J.P. Spreutels, 1981, p. 143, nr. 32.

s'agit des effets qui tiennent à l'autorité *jurisprudentielle* des actes des organes de contrôle», en in een noot haalt hij de gezaghebbende mening aan van professor Rolin die ik hiervoor heb aangeduid^{28 29}.

De opstellers van het Verdrag van 31 maart 1965 tot oprichting van het Benelux-Gerechtshof hebben eveneens het gezag *erga omnes* van de uitleggingsarresten van dat rechtscollege uitgesloten.

Artikel 7-2 van het Verdrag bepaalt: «De nationale rechters die daarna in de zaak uitspraak doen, zijn gebonden aan de uitleg welke voortvloeit uit de door het Beneluxhof gedane uitspraak.» Het Verdrag preciseert aldus voor welke rechtscolleges en in welke zaken die interpretatie bindend is. Verder mag men dus niet gaan.

De memorie van toelichting luidt analoog: «De gevolgen der beslissing zullen beperkt blijven tot het bepaalde in het tweede lid: de nationale rechters die daarna in de zaak uitspraak doen zijn gebonden aan de door het Beneluxhof gegeven interpretatie» (alineea 4 van de commentaar bij artikel 7).

De commentaar op artikel 6 van het Verdrag (alineea 11, in fine) in de memorie van toelichting is nog duidelijker: «Dat opschorting kan worden nagelaten wanneer het twistpunt al eerder is beslecht in een ander geding, vindt zijn grond in de verwachting dat het Beneluxhof in de toekomst geen afwijkende uitspraak zal doen. Dit wil echter geenszins zeggen, dat aan de uitspraken van het Hof, in navolging van de Angelsaksische landen geldende praktijk, het karakter van 'bindend precedent' is toegedacht».

Betreffende die vraag kunnen we dus concluderen: de arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens hebben geen gezag — van uitlegging — *erga omnes*, zij hebben het gezag dat wij in onze landen, o.m. in België, toekennen aan de jurisprudentie, inzonderheid en voornamelijk aan die van onze hoogste rechtscolleges: het Hof van Cassatie en de Raad van State. De nationale hoven en rechtbanken leggen zich, in de regel, bij die jurisprudentie neer omdat inzonderheid het Hof van Cassatie is opgericht om aan de «wet» en aan de algemene beginselen van het recht de uitlegging te geven die het meent te moeten afleiden uit de teksten, de bestaansredenen ervan en uit die beginselen, uit hun doelen en oogmerken, uit hun plaats en hun rol in de juridische ordening. De hoven en rechtbanken leggen zich daar ook bij neer omdat zowel de Raad van State als het Hof van Cassatie samengesteld zijn uit juristen wier benoeming door hun eigenschappen en ervaring is gerechtvaardigd en vooral omdat zij zich bewust zijn zowel van de noodzaak van rechtszekerheid en -harmonie als van

de verheven opdrachten en verantwoordelijkheden die de Natie aan die hoge rechtscolleges heeft toevertrouwd. Soms wijken zij evenwel af, en mogen zij afwijken van de jurisprudentie van het Hof van Cassatie, hetzij wanneer, o.m., rechtsregels waarop het Hof heeft gesteund gewijzigd zijn, hetzij wanneer een evolutie kan worden afgeleid uit nieuwe rechtsregels — geschreven recht en algemene rechtsbeginselen —, hetzij ook nog wanneer zij na een nieuw en grondig onderzoek in geweten van oordeel zijn dat die jurisprudentie verkeerd is³⁰ ... hetgeen, men mag het zich niet ontveinzen, niet kan worden uitgesloten...

In ons positief recht, zoals in dat van sommige andere Staten, is aldus een werkelijke «dialoog» kunnen ontstaan tussen de feitenrechters en het Hof van Cassatie ... en ik ben ervan overtuigd dat dit een gezond en doeltreffend stelsel is³¹. Men weet dat, wanneer de rechter naar wie de zaak is verwezen zich niet neerlegt bij de uitlegging van een rechtsregel door het Hof van Cassatie gegeven, het nieuwe cassatieberoep tegen de beslissing van die rechter voorgelegd wordt aan de verenigde kamers van het Hof, die zitting houden met ten minste zeventien raadsheren.

Aldus, na een beslissing genomen door vijf magistraten van het Hof, wordt de «opvatting» van de feitenrechter door alle leden van het Hof, of althans, door ten minste zeventien leden onderzocht.

Mr. Pierre Lambert schreef onlangs: «L'oeuvre de jurisprudence, inlassablement, doit être remise sur le métier. C'est à la fois sa servitude et sa grandeur»³².

Is het «effect» van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens op de beslissingen van de nationale hoven en rechtbanken aan andere beginselen onderworpen?

Ik meen van niet.

Er moet evenwel rekening worden gehouden met vier «bijzonderheden», die ik zo dadelijk zal verduidelijken.

Dat de «jurisprudentie» van het Europees Hof voor de nationale hoven en rechtbanken op dezelfde wijze leidinggevend is, als de arresten van het Hof van Cassatie het zijn voor de beslissingen van onze gerechten is evident. Dit hoog Europees rechtscollege heeft de opdracht gekregen het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens uit te leggen en te waken voor de juiste toepassing ervan.

Indien de jurisprudentie van dat Hof niet in die mate leidinggevend was, zou die instelling niet de werking hebben die haar bestaansreden is geweest en zou niet alleen de rechtszekerheid, maar ook de gecoördineerde toepassing van het Verdrag in alle daardoor gebonden landen — welke coördinatie of harmonisatie bepalend zijn voor de doeltref-

²⁸ «Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Les recours des individus devant les instances nationales* ..., Institut d'Etudes européennes, Larcier 1978, p. 241 en noot 171.

²⁹ Prof. Rigaux lijkt de vraag te hebben willen onderzoeken («La loi condamnée», *J.T.*, 1979, 513, inz. nrs. 70, 72, 73, 74 en 76) maar zijn gedachte dunkt mij te dien aanzien niet helemaal helder. Hetzelfde mag gezegd worden van Marc J. Bossuyt («The direct applicability of international instruments on human rights», *Revue belge de droit international*, 1980, 317 e.v., inz. p. 323, 324 en 325).

³⁰ In zijn arrest van 19 december 1962, uitspraak doende in voltallige zitting, is het Hof teruggekomen op zijn vroegere, uit talrijke arresten af te leiden jurisprudentie, daar het tot de overtuiging was gekomen dat de divergerende beslissingen van de feitenrechters naar recht beter gefundeerd waren (*R.W.*, 1962-63, 1235 e.v. en de conclusie van het openbaar ministerie, gepubliceerd aldaar). Raadpl. ook *Over de Rechtsstaat*, rede uitgesproken op de plechtige zitting van het Hof van Cassatie van 3 september 1979, voetnoten 28 en 29.

³¹ Raadpl. de conclusie vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 2 mei 1969, *R.W.*, 1969-70, 1023 e.v. inz. kol. 1032.

³² *J.T.*, 1981, 627.

fendheid van het Verdrag en voor de gelijke behandeling van alle burgers — ernstig in het gedrang geraten.

Die jurisprudentie is, mijns inziens, in beginsel des te meer richtinggevend, daar zij die is van een internationaal, dus aan verscheidene Staten gemeen rechtscollege, dat met bovenvermelde opdracht is belast, welke bijgevolg betrekking heeft op de rechtsbedeling en de eerbiediging van de rechten van de mens in al die Staten.

De aard van die jurisprudentie — die eveneens zoëven werd verduidelijkt — sluit in beginsel evenwel niet uit dat de nationale rechters het recht hebben zich daarvan uitzonderlijk te verwijderen, zoals die rechters, overigens met het grootste voordeel voor de rechtsbedeling en voor de evolutie van de rechtspraak, doen ten aanzien van de beslissingen van hun eigen opperste Hof.

Maar zulk afstand nemen door de feitenrechters zal des te exceptioneler zijn daar zij, nu het gaat om de uitlegging van regels die aan verscheidene Staten gemeen zijn, rekening zullen moeten houden niet alleen met hun eigen desbetreffende opvattingen, maar ook met die van de rechtscolleges van die andere Staten en inzonderheid van de opperste of de hoogste Hoven daarvan.

Niettemin kan het op die wijze afstand nemen van de Europese jurisprudentie naar mijn oordeel inzonderheid verantwoord zijn — ik preciseer hier de tweede en derde zoëven aangekondigde bijzonderheid — omdat, enerzijds, de beslissingen van Straatsburg soms andersluidende, tegenstelde of afwijkende meningen van zekere rechters in het licht geven, wat hier het geval is en wat onbetwistbaar, in een zekere mate, het gezag van die beslissingen aantast en omdat, anderzijds, het meestal zal gaan om een divergerende interpretatie door de opperste nationale Gerechtshoven aangenomen en beslist.

De «afwijkende» of divergerende meningen — *dissenting opinions* — van de rechters wijzen natuurlijk uit dat in het Hof geen eensgezindheid heerste omtrent de uitlegging van de rechtsregel waarover het uitspraak moest doen. De bekendmaking van die *gemotiveerde* opvattingen verzwakt onvermijdelijk het gezag van het arrest en aldus kunnen de nationale rechterlijke instanties denken dat een omzwaai van de jurisprudentie niet is uitgesloten.

De bekendmaking van de «afwijkende meningen» («*opinions dissidentes*») levert geen nadeel op in de aan het «*stare decisis*» onderworpen rechtstelsels. Zulks is niet het geval waar dit beginsel niet geldt.

Op het arrest van 23 juni 1981 in zake *Le Compte* en anderen volgt de weergave van vier «afwijkende meningen» en van één «gedeeltelijk afwijkende mening».

De Straatsburgse jurisprudentie dringt zich op, zowel voor de Hoge rechtscolleges, ja zelfs de nationale *opperste Gerechtshoven*, als voor de andere nationale rechterlijke instanties, onder de vorenvermelde voorwaarden. Dit is de derde bijzonderheid waarop moet worden gelet.

Die opperste Gerechtshoven dragen, zoals het Europees Hof, een institutionele verantwoordelijkheid, vooral inzake de uitlegging van de rechtsregels en de rechtszekerheid. Hun leden hebben een ruime en lange ervaring.

Is het daarnet bedoelde «colloquium» heilzaam en doeltreffend, dan lijkt mij zulks het geval te zijn a fortiori tussen het Europees Hof en die opperste Gerechtshoven.

Overigens hebben deze, instaannde voor de rechtszekerheid, volgens mij de dwingende plicht, alvorens te beslissen

dat zij hun eigen jurisprudentie prijs zullen geven, die zij per definitie gegrond achtten aangezien zij ze hebben aangenomen, zich de vraag te stellen of er voorzienbaar geen mogelijkheid, ja zelfs geen risico bestaat dat de uitlegging die het Hof te Straatsburg aankleeft in de nabije toekomst een wijziging zal ondergaan.

Indien zij ervan overtuigd zijn dat zulks inderdaad het geval is of dat kan worden voorzien dat zulks zal gebeuren, zou het zeer schadelijk zijn voor de rechtszekerheid, dat zij hun eigen jurisprudentie, waarop alle nationale rechtscolleges hebben gesteund, laten varen om zich naar de jurisprudentie van Straatsburg te schikken.

Maar alvorens te concluderen moeten wij nog bij een vierde bijzonderheid blijven stilstaan.

Gewis, zoals wij al hebben getracht aan te geven kan ons Hof, nu de arresten van het Europees Hof niet *erga omnes* bindend zijn, de internationale verantwoordelijkheid van de Belgische Staat niet doen ontstaan door het enkele feit dat het een norm van het Verdrag over de mensenrechten niet zo uitleggen zou als dat Hof in een zijner arresten heeft gedaan.

Maar men moet op andere aspecten van onze vraag acht slaan om te bepalen of niettemin een dergelijke verantwoordelijkheid niet zou rijzen of kunnen rijzen, wanneer ons Hof zich in een andere zin ging uitspreken dan het Europees Hof heeft gedaan.

Uit het Verdrag over de mensenrechten — inzonderheid de artikelen 53 en 54 ervan — volgt dat de Staat ten laste waarvan het Europees Hof schending van de bepalingen van de genoemde Overeenkomst heeft vastgesteld de — internationale — verplichting heeft zich te schikken naar de beslissing van het Hof in de zaak die tot dat arrest heeft geleid. Genoemd artikel 53 bepaalt immers: «De Hoge Verdragsluitende Partijen, verbinden zich, zich te houden aan de beslissingen van het Hof in de geschillen waarbij zij partij zijn.» Dit betekent, enerzijds, dat de Staat ten gedinge ervoor moet zorgen dat de gevolgen van de beslissing — hetzij legislatieve, executieve of jurisdictionele — waarvan het Hof heeft vastgesteld dat zij in strijd is met één of meer bepalingen van het Verdrag, ongedaan worden gemaakt en daartoe eventueel zijn nationale wetgeving of reglementering moet wijzigen³³, die inbreuk maakt op genoemd Verdrag of die eventueel geleid heeft tot schending van de regels ervan door een nationale rechterlijke instantie ... en, anderzijds, dat die Staat de veroordeling tot betaling van een «billijke genoegdoening» ten uitvoer moet leggen die met toepassing van artikel 50 van het Verdrag eventueel te zijnen laste zou zijn uitgesproken.

³³ De Staat is niet noodzakelijkerwijze verplicht, dunkt mij, een nationale wetgeving of reglementering te wijzigen wanneer het hof of de rechtbank de juridische verplichting had, krachtens zijn positief recht — zoals dit met name in België het geval is (zie onze arresten van 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959, 14 januari 1976, *ibid.*, 1976, 547, en 26 september 1978, *ibid.*, 1979, 116) — een nationale norm, die strijdig is met de norm van het Mensenrechtenverdrag, buiten toepassing te laten. Aldus, zo artikel 6, lid 1, van het Verdrag de openbaarheid in de disciplinaire procedures oplegt, hebben de Belgische hoven en rechtbanken de verplichting toepassing van de wetten en de koninklijke en andere besluiten te weigeren waarbij het sluiten van de deuren wordt voorgeschreven.

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de eisers een beroep bij het Hof te Straatsburg zullen indienen en dat ons Hof opnieuw over dezelfde kwestie uitspraak zal moeten doen indien het thans aan zijn eigen jurisprudentie vasthoudt en, de jurisprudentie van het Hof te Straatsburg naast zich neerlegend, beslist dat de raden van beroep van de Orden van Geneesheren resp. Architecten artikel 6, lid 1, van het Verdrag niet hebben geschonden door geen openbare debatten te houden en hun beslissing niet in het openbaar uit te spreken, omdat die bepaling niet van toepassing is op disciplinaire procedures.

Het enkele feit dat het Hof van Cassatie in die zin uitspraak zou doen, zou geen internationale aansprakelijkheid van België doen ontstaan.

Anders beslissen zou erop neerkomen aan te nemen, dat de Straatsburgse jurisprudentie onvoorwaardelijk bindend is voor alle nationale rechterlijke instanties die uitspraak doen in alle zaken, of dat het Europees Hof, in werkelijkheid zelf door een «stare decisis» regel gebonden zijnde, niet vrij zou wezen op die jurisprudentie terug te komen.

Gewis, een miskenning, in één enkel arrest van ons Hof, van een bepaling van het Verdrag over de mensenrechten is een feit dat de schending vormt van een internationale verplichting van de Belgische Staat die aan die Staat kan worden toegeschreven en dus zijn internationale verantwoordelijkheid doet ontstaan. Maar de thans aan het Hof voorgelegde vraag is precies of het Hof, door te beslissen dat artikel 6, lid 1, van het Verdrag op de disciplinaire procedures niet toepasselijk is, die bepaling zou miskennen of schenden.

Wij hebben, meen ik, vastgesteld dat de jurisprudentie van het Hof te Straatsburg de hoven en rechtbanken niet onvoorwaardelijk bindt.

Overigens wordt de mogelijkheid van een wijziging in de jurisprudentie uitdrukkelijk voorzien in artikel 48 van het reglement van het Europees Hof voor de rechten van de mens dat bepaalt: «Si l'affaire pendante devant une Chambre soulève une question grave qui touche à l'interprétation de la Convention, la Chambre peut à tout moment se dessaisir au profit de la Cour plénière. Ce dessaisissement est obligatoire si la solution d'une telle question risque de conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par une Chambre ou par la Cour plénière. La décision de dessaisissement n'a pas besoin d'être motivée».

Aldus sluit niets het recht van ons Hof uit, om in de onderhavige zaken anders uitspraak te doen dan het Europees Hof in zijn arrest van 23 juni 1981, nu geen overtreding van het Verdrag ten laste van België kan worden geconstateerd en nu de veroordeling tot toekenning van een «billijke genoegdoening» uitgesloten is wanneer dat Hof op zijn jurisprudentie terugkomt en onze jurisprudentie zodoende niet meer wordt betwist.

De uitoefening van dat recht impliceert ongetwijfeld een risico, maar dat risico mag worden genomen overeenkomstig de beginselen die ik gepoogd heb uiteen te zetten en die betrekking hebben op de aard van de jurisprudentie van het Europese Hof. Een risico natuurlijk want indien dat Hof na onze twee arresten bij de uitlegging blijft die het in zijn arrest van 23 juni 1981 aan artikel 6, lid 1, heeft gegeven, zal tegen onze Staat op zijn minst een constatering dat hij het Verdrag heeft overtreden plaatshebben, meer in het bijzonder dat het Hof van Cassatie bepalingen van artikel 6,

lid 1, heeft geschonden in zoverre zij de openbaarheid voorschrijven.

Ons Hof heeft m.i. de plicht zijn eigen jurisprudentie te handhaven, indien het, na een nieuw onderzoek en een zo grondig mogelijke afweging van de beslissing van het Europees Hof, ervan overtuigd blijft dat zijn uitlegging van genoemd artikel gefundeerd blijft en het oordeelt dat het Europees Hof voor de rechten van de mens ingevolge onze arresten zijn jurisprudentie zou kunnen wijzigen.

V. Nadat ik zodanig onderzoek heb gedaan, blijf ik er persoonlijk van overtuigd dat ons Hof terecht heeft beslist dat artikel 6, lid 1, van het Verdrag, in zoverre het openbare behandeling voorschrijft, geen toepassing kan vinden op de disciplinaire procedures. Dat artikel heeft m.i. niets te maken met die procedures, die uiteraard met gesloten deuren moeten geschieden, zowel in het belang van degenen aan wie een tekortkoming aan de beroepsplichten wordt verweten, als in het belang van de Ordes of van de beroepen waarbij die Ordes, die ook in het algemeen belang zijn opgericht, behoren. De disciplinecolleges beslissen niet over geschillen inzake burgerlijke rechten en verplichtingen, maar uitsluitend over beroepsfouten of -tekortkomingen die het enige object van die procedures zijn. De openbaarheid brengt bovendien de bescherming van de rechten en belangen in het gedrang, die door het beroepsgeheim moeten worden gevrijwaard.

Niettegenstaande die overtuiging, zou ik evenwel het Hof niet ertoe aanzetten zijn eigen jurisprudentie niet te wijzigen en zich niet aan te sluiten bij die van het Europees Hof, indien de zaken waarover het thans moet beslissen niet de eerste waren die na het arrest van 23 juni 1981 van genoemd Hof opnieuw de kwestie van de uitlegging van artikel 6, lid 1, van het Verdrag opwerpen. Immers, indien dat Hof reeds in twee of meer arresten op dezelfde wijze uitspraak had gedaan als op die datum is geschied, zou ik het Hof vragen zich erbij neer te leggen, want, in dat geval, zou de Staat zeker of zogoed als zeker verantwoordelijk worden bevonden. Er is dus duidelijk een beperking van de jurisprudentiële vrijheid van de nationale rechterlijke instanties ingevolge de bepalingen van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

In dat opzicht moeten wij er rekening mee houden, dat er reeds andere cassatieberoepen op grond ook van schending van artikel 6, lid 1, van het Verdrag, wegens niet-inachtneming van de openbare behandeling in tuchtprocedures, op de rol van een gewone terechtzitting van de eerste kamer van het Hof zijn ingeschreven en dat zeer waarschijnlijk binnenkort nog nieuwe cassatieberoepen zullen worden ingediend.

Zou het Hof in die zaken, voordat het Europees Hof zijn jurisprudentie wijzigt, wettig kunnen beslissen, zoals het heden zou doen, dat genoemd artikel 6, lid 1, niet van toepassing is op de disciplinaire procedures?

Zulks blijkt mij zeer delicaat, want als het Europees Hof zijn jurisprudentie handhaaft, zouden de arresten die U zou uitspreken, zeer waarschijnlijk 3, 4, 5, 6 ... 10 keer internationaalrechtelijke verantwoordelijkheid van de Belgische Staat met zich brengen.

Maar indien die beschouwingen ons ertoe zouden brengen vandaag in te stemmen met de uitlegging gegeven door het arrest van het Hof te Straatsburg van 23 juni 1981,

hoewel wij in geweten ervan overtuigd zijn dat een andere uitlegging geboden is, dan zouden wij een rechtsstelsel vastleggen dat in strijd is met datgene dat uit het Europees Verdrag en uit het meer algemene internationaal recht voortvloeit, daar wij in werkelijkheid aan de jurisprudentie van het Hof voor de rechten van de mens een dwingend gezag, *erga omnes*, zouden toekennen dat zij niet heeft.

Om die imperatieve en tegenstrijdige beschouwingen met elkaar te verzoenen, is het wenselijk de uitspraak over al die cassatieberoepen te verdagen.

Ik concludeer bijgevolg tot verwerping van de eerste middelen van beide cassatieberoepen, in zoverre zij schending van artikel 6, lid 1, van dat Verdrag aanvoeren, omdat de bestreden beslissingen niet in het openbaar zijn uitgesproken en de debatten met gesloten deuren hebben plaatsgehad.

(...)

Conclusie: *verwerping*

Arrest

Gelet op de bestreden beslissing, op 17 maart 1981 door de Franstalige Raad van beroep van de Orde van Geneesheren gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 6, inzonderheid lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, te Rome ondertekend op 4 november 1950 en goedgekeurd bij akte van de Wetgevende Macht van 13 mei 1955, en 107 van de Grondwet, alsmede van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging,

doordat de raad van beroep, ter bevestiging van de beslissing van de provinciale Raad van de Orde van Geneesheren te Luik, van 18 april 1980, waarbij aan eiser als tuchtsanctie «schorsing in het recht gedurende acht dagen de geneeskunst uit te oefenen» is opgelegd, zowel tijdens de debatten als voor de uitspraak met gesloten deuren zitting heeft gehouden, zonder vast te stellen dat de ontzegging aan de pers en aan het publiek van toegang tot de rechtszaal gerechtvaardigd was door een van de uitzonderingen in artikel 6, lid 1, tweede volzin, van vorenvermeld Verdrag;

terwijl de raad van beroep, tenzij bij vaststelling van dergelijke uitzonderingen, verplicht was in openbare terechtzitting te houden en in elk geval in het openbaar uitspraak te doen, wanneer die raad, daar hij aan eiser het recht mocht ontzeggen zijn beroep uit te oefenen en zulks werkelijk had gedaan, kennis diende te nemen van een geschil over «burgerlijke rechten en verplichtingen» (schending van de artikelen 6, lid 1, Europees Verdrag rechten van de mens en van voormeld algemeen beginsel); hij de toepassing moest weigeren van artikel 19 van het koninklijk besluit van 6 februari 1970 tot regeling van de organisatie en de werking van de raden van de Orde van Geneesheren dat, in strijd met het in het middel vermeld artikel 6, lid 1, op algemene wijze bepaalt dat de raden van de Orde zitting houden met gesloten deuren (schending van artikel 107 van de Grondwet):

Overwegende dat krachtens artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, de erin vastgestelde regels beperkt zijn tot de rechtbanken die, hetzij burgerlijke rechten en verplichtingen van de be-

trokkene vaststellen, hetzij over de gegrondheid van een tegen deze ingestelde strafvervolgung uitspraak doen;

Overwegende dat uit elk van beide authentieke Franse en Engelse tekst van artikel 6, lid 1, respectievelijk in het Frans «contestations sur des droits et obligations de caractère civil» en in het Engels «determination of civil rights and obligations» blijkt dat die rechten en verplichtingen het voorwerp — of een van de voorwerpen — van het geschil moeten zijn en dat bovendien de afloop van de procedure rechtstreeks bepalend moet zijn voor zodanig recht;

Overwegende dat tuchtprocedures enkel tot doel hebben te onderzoeken en te beslissen of de betrokkene de regels inzake de plichtenleer heeft overtreden of afbreuk heeft gedaan aan de eer of aan de waardigheid van het beroep en zo ja, aan de betrokkene een tuchtsanctie op te leggen;

Dat de omstandigheid dat de sanctie in voorkomend geval, zoals ten deze, kan bestaan in de schorsing van het recht het beroep uit te oefenen, het voorwerp van het geschil niet doet veranderen;

Overwegende dat de afloop van de tuchtprocedure slechts onrechtstreeks bepalend is voor de uitoefening van het beroep;

Overwegende dat zowel in het algemeen belang als in het belang van de vervolgte, discretie moet worden in acht genomen bij de behandeling en de uitspraak in tuchtzaken; dat de openbaarheid niet te verenigen is met een algemeen rechtsbeginsel voortvloeiend uit de aard zelf van tuchtprocedures dat die discretie voorschrijft;

Dat overigens de openbaarheid waarvan sprake is in artikel 6, lid 1, een ernstig gevaar zou opleveren voor de bescherming van het beroepsgeheim waartoe sommige bij een tuchtprocedure betrokken personen gehouden zijn;

Overwegende dat aldus zowel uit de betekenis en de draagwijdte van het begrip «vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen», als uit de aard en het doel zelf van de tuchtprocedures valt af te leiden dat het niet in de bedoeling lag van de ontwerpers van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens dat die procedures openbaar zouden worden gehouden, zoals voorgescreven bij artikel 6, lid 1, van het Verdrag;

Overwegende dat derhalve, de bestreden beslissing, hoewel zij niet in het openbaar is gewezen en het proces met gesloten deuren is gehouden, artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens niet schendt;

Dat zij evenmin het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging schendt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—Op 21 januari 1982 heeft de procureur-generaal de hierboven afgedrukte conclusie eveneens genomen in de zaak G. t/ Orde van Architecten en is in die zaak, t.a.v. de toepassing van art. 6, lid 1, E.V.R.M., dezelfde als de hierboven weergegeven beslissing gewezen.

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 26 JANUARI 1982

Voorzitter : de h. Vermeulen

Staatsraden : de hh. Vander Stichele en Suetens (rapporteur)

Auditeur : mevr. Vrints (gelijkluidend advies)

Ruimtelijke ordening — Gewestplan — Regionale commissie van advies.

Wanneer de Koning (thans de Gewestelijke Executieve) afwijkt van het advies van de Regionale Commissie van advies, dient zijn beslissing met redenen omkleed te zijn.

Arrest nr. 21.936
de L. t/ Vlaams Gewest

Gezien het verzoekschrift dat Charles-Antoine de L., handelend in eigen naam en in hoedanigheid van wettelijk beheerder van de goederen van zijn minderjarige zoon Rodolf de L., op 4 juli 1977 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 7 april 1977 houdende vaststelling van het gewestplan «Leuven»;

(...)

6. Overwegende dat verzoekers verder laten gelden de schending van artikel 9, zevende lid, van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, artikel dat krachtens artikel 13 van vermelde wet ook op gewestplannen van toepassing is; dat die schending hierin bestaat dat het bestreden besluit in verband met de eigendommen van verzoekers van het door de regionale commissie van advies voor de streek Vlaams-Brabant uitgebrachte advies is afgeweken «zonder veropenbaard of voldoende motief, of mits een verkeerd motief», dan wanneer elke afwijking van het advies van de bevoegde regionale commissie van advies, op straffe van schending van substantiële vormvereisten, «met behoorlijke redenen» moet worden omkleed;

6.1. Overwegende dat uit de memorie van wederantwoord blijkt dat het middel enkel betrekking heeft op de bij het annulatieberoep betrokken percelen die bebost zijn, te weten de percelen 180/1-3, 182, 183, 184, 185/b en 121;

6.2. Overwegende dat de regionale commissie t.a.v. bedoelde percelen had geadviseerd: «deze percelen zijn ook bebost en kunnen grotendeels als bosgebied worden aangeduid»; dat de door het ontwerp-gewestplan aan bedoelde percelen gegeven bestemming van natuurgebied door het bestreden besluit werd bevestigd; dat het bestreden besluit geen enkele reden van afwijking van dat advies van de regionale commissie aangeeft; dat verwerende partij weliswaar in de memorie van antwoord aanvoert dat «enkel productiebossen als bosgebied moeten aangeduid worden», zodat «de bestemming natuurgebied (werd) aangehouden, daar het niet om productiebossen gaat»; dat die reden van afwijking van het advies van de regionale commissie evenwel niet is opgenomen in het bestreden besluit, dat derhalve met betrekking tot genoemde percelen is genomen met schending van artikel 9, zevende lid, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw; dat het middel gegrond is, in zover

het betrekking heeft op de percelen 180/1-3, 182, 183, 184, 185/b en 121 van sectie F.; (...)
(gedeeltelijke vernietiging).

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 26 JANUARI 1982

Voorzitter : de h. Vermeulen

Staatsraden : de hh. Vander Stichele en Suetens (rapporteur)

Auditeur : mevr. Vrints (andersluidend advies)

Ruimtelijke ordening — Ontwerp-gewestplan — Openbaar onderzoek — Bestemmingsvoorschrift — Uitvoering — Regionale commissie van advies.

De overheid begaat geen onwettigheid wanneer zij uitvoering geeft aan een bestemmingsvoorschrift van een voorlopig vastgesteld ontwerp-gewestplan; geen wettelijke bepaling houdt de verplichting in om de uitvoering van in het ontwerp-gewestplan aangegeven bestemmingen op te schorten tot het openbaar onderzoek over dit plan is afgesloten.

Bij het formuleren van haar advies mag en moet de regionale commissie van advies rekening houden zowel met de bestaande feitelijke toestand als met de bestaande juridische toestand; een verwijzing naar een besluit tot uitvoering van een door het ontwerp-gewestplan gegeven bestemming is een voldoende grondslag om het behoud van die bestemming te rechtvaardigen.

Arrest nr. 21.935
de L. t/ Vlaams Gewest

Gezien het verzoekschrift dat Jacques de L. op 16 juni 1977 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 7 april 1977 houdende vaststelling van het gewestplan «Leuven», in zover hierdoor aan terreinen gelegen te Leefdaal «van een oppervlakte van ongeveer 8 ha 3 a 98 ca, grenzend aan de goederen waarvan verzoeker eigenaar is», de bestemming van woonuitbreidingsgebied wordt gegeven;

Over de gegevens van de zaak

1. Overwegende dat de wezenlijke gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1.1. Verzoeker is eigenaar van goederen gelegen te Leefdaal. Zij bevatten de percelen 397a, b, c, d, e; 399a; 401b; 402 en 403, vermeld onder Sectie B.

Deze goederen bestaan uit een woning met moestuin, boomgaarden, weiden en bossen, het geheel met een oppervlakte van meer dan 8 ha. Zij maken deel uit van een geheel gevormd door het historisch kasteel van Leefdaal, zijn park en aanhorigheden.

1.2. Bij koninklijk besluit van 20 april 1964 wordt het gewest Leuven aangewezen als een gewest waarvoor een plan van aanleg moet worden opgemaakt.

1.3. Bij ministerieel besluit van 29 maart 1974, bij uitbrekkel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 26

april 1974, wordt het ontwerp-gewestplan Leuven voorlopig vastgesteld.

Dit besluit rangschikt de goederen van verzoeker deels in een zone «parkgebied» (perceel 397a, b, c, d, e) deels in een «bosgebied» (terreinen vermeld onder de nummers 397a en b, 399a, en onder de nummers 400 en 197c), deels in «woonuitbreidingsgebieden» (percelen nrs. 399a, 401b, 402 en 403t).

1.4. Van 2 januari tot en met 1 april 1975 wordt het aldus voorlopig vastgesteld ontwerp-gewestplan Leuven aan een openbaar onderzoek onderworpen.

1.5. Op 17 maart 1975 wordt door verzoeker, in het raam van dit openbaar onderzoek, een bezwaarschrift ingediend.

(...)

1.6. Bij koninklijk besluit van 4 november 1975 worden de percelen toebehorend aan verzoeker, en voorlopig gerangschikt in «woonuitbreidingsgebied» — de percelen nrs. 399a, 401b, 402 en 403t — alsmede de gronden grenzend aan de goederen van verzoeker, die eveneens in het woonuitbreidingsgebied waren opgenomen, onteigend ten voordele van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting.

1.7. Op 9, 16, 23 en 30 november, 7, 14, 20, 21 en 24 december 1976 en 4 januari 1977 brengt de bij koninklijk besluit van 13 april 1976 ingestelde en bij koninklijk besluit van 31 mei 1976 aangestelde regionale commissie van advies voor de streek Vlaams Brabant het door artikel 9, vijfde lid, van de stedenbouwwet bedoelde advies uit over het voornoemd ontwerp-gewestplan, de bezwaren en opmerkingen van de particulieren en de door de gemeenteraad van de bij het gewestplan betrokken gemeenten en door de bestendige deputatie van de provincieraad van Brabant verstrekte adviezen.

Het bezwaarschrift van verzoeker wordt verworpen, met de volgende redengeving: «Er is een K.B. van 4 november 1975».

1.8. Bij koninklijk besluit van 7 april 1977 wordt het gewestplan «Leuven» vastgesteld. Dit koninklijk besluit wordt op 20 april 1977 bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Op 5 mei 1977 maakt de provinciegouverneur van Brabant, door de bemiddeling van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bertem (waarmee de gemeente Leefdaal inmiddels werd gefusioneerd), door aanplakking bekend dat het gewestplan «Leuven» vanaf die dag in het gemeentehuis voor een ieder ter inzage ligt.

Ten aanzien van de procesvoering

2. Overwegende dat het verzoekschrift op 14 juli 1977 ter kennis van verwerende partij werd gebracht; dat bij bevel van 23 november 1977 de termijn voor het indienen van de memorie van antwoord werd vastgesteld op 120 dagen; dat de memorie van antwoord van verwerende partij pas op 18 januari 1979 werd neergelegd, d.i. ruim 14 maanden nadat de termijn voor de indiening van die memorie was verstreken; dat die memorie derhalve als processtuk niet ontvankelijk is, met het gevolg dat over de daarin aangevoerde verweermiddelen als zodanig geen uitspraak moet worden gedaan en het stuk nog enkel de waarde heeft van een inlichting;

Ten aanzien van de rechtmatigheid van het bestreden besluit

3.1. Overwegende dat verzoeker als middel aanvoert dat het bestreden besluit werd genomen met niet-naleving van een substantieel vormvereiste, «doordat de aangevochten akte, die het gewestplan «Leuven» uitvaardigt, over de percelen nummers 399a, 401b, 402 en 403t beschikt, zonder de inhoud van de reclamatie geformuleerd door verzoeker op 17 maart 1975 in het kader van het openbaar onderzoek, in aanmerking te nemen»;

3.2. Overwegende dat bij het onderzoek van dit rechtmatigheidsbezwaar het volgende moet worden betrokken:

3.2.1. De wettelijke verplichting het voorlopig vastgesteld ontwerp-gewestplan aan een openbaar onderzoek te onderwerpen en de resultaten ervan voor advies aan de regionale commissie van advies voor te leggen, brengt mee dat die regionale commissie in de eerste plaats — en nadien de regering — kennis moeten nemen van de tijdens dat openbaar onderzoek op regelmatige wijze geformuleerde bezwaren en opmerkingen en ze moeten onderzoeken en beoordelen;

3.2.2. In het voorliggend geval werden de door verzoeker aangevoerde bezwaren door de regionale commissie afgewezen onder de verantwoording: «Er is een K.B. van 4 november 1975». Het koninklijk besluit van 7 april 1977 houdende vaststelling van het gewestplan «Leuven» heeft t.a.v. de kwestieuze percelen de in het ontwerp-gewestplan gegeven bestemming «woonuitbreidingsgebied» zonder nadere motivering behouden, zodat de regering geacht moet worden de motivering van de regionale commissie tot de hare te hebben gemaakt.

3.2.3. De verwijzing naar het onteigeningsbesluit van 4 november 1975 maakt de strekking van het advies van de regionale commissie met betrekking tot de kwestieuze percelen — ondanks de laconieke verwoording ervan — direct begrijpbaar: de regionale commissie stelt vast dat de door het ontwerp-gewestplan gegeven bestemming «woonuitbreidingsgebied» in de uitvoeringsfase is getreden en heeft die toestand als niet meer vatbaar voor wijziging beschouwd.

3.2.4. Het middel gebaseerd op de niet-naleving van een substantieel vormvereiste, met name het niet-beantwoorden door de regionale commissie van het door verzoeker ingediende bezwaarschrift, mist derhalve feitelijke grondslag.

4.1. Overwegende dat verzoeker verder als middel aanvoert de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke grondslag, doordat de regionale commissie, volgens verzoeker, ten onrechte zou hebben beoordeeld dat het onteigeningsbesluit van 4 november 1975 de bestemming van het woonuitbreidingsgebied, ten behoeve waarvan het de onteigening toestaat, bindend had vastgelegd;

4.2. Overwegende dat in het voorliggend geval de regionale commissie geoordeeld heeft dat de door het onteigeningsbesluit van 4 november 1975 geschapen toestand onomkeerbaar was; dat, bij het formuleren van haar advies, de regionale commissie rekening mag en moet houden zowel met de bestaande feitelijke toestand als met de bestaande juridische toestand; dat een verwijzing naar een besluit tot uitvoering van een door het ontwerp-gewestplan gegeven bestemming, zoals in het voorliggend geval, een voldoende grondslag is om het behoud van die bestemming te rechtvaardigen; dat het middel niet gegrond is;

5.1. Overwegende dat verzoeker nog een middel aanvoert, dat hij als volgt ontwikkelt:

«Middel gegrond op de schending van de bepalingen van de organisatiewet van 29 maart 1962 (gewijzigd door de wet van 22 december 1970) houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw en in het bijzonder haar artikelen 2, 9, 10, 12, 13 en 25; op de schending van de regels en beginselen van het recht; op de schending der substantiële vormen en de machtsoverschrijding;

doordat de aangevochten akte, die het gewestplan 'Leuven' uitvaardigt, zich beroept op de rechtspleging van openbaar onderzoek gehouden van 2 januari tot 2 april 1975, terwijl het onderzoek vervalst werd en geenszins voldeed aan de essentiële vereisten gesteld voor zijn volbrenging, wat blijkt uit het feit dat nog voordat de door verzoeker ingeleide reclamaties onderzocht en berechtigd werden door de bevoegde overheden, tegenpartij aan de bestemming in ontwerp reeds het karakter van een definitief vaststaande bestemming had gegeven (K.B. van 4 november 1975)»;

5.2. Overwegende dat de door de minister voorlopig vastgestelde ontwerp-gewestplannen krachtens artikel 2, § 2, van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw dezelfde verordenende kracht hebben als de door de Koning goedgekeurde of vastgestelde plannen van aanleg; dat de overheid derhalve geen onwetigheid begaat wanneer zij uitvoering geeft aan een bestemmingsvoorschrift van een voorlopig vastgesteld ontwerp-gewestplan; dat geen wettelijke bepaling de verplichting inhoudt om de uitvoering van in het ontwerp-gewestplan aangegeven bestemmingen op te schorten tot het openbaar onderzoek zou zijn afgesloten; dat het middel derhalve niet gegrond is,

Besluit:

Het beroep wordt verworpen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

VAKANTIEKAMER — 8 SEPTEMBER 1981

Voorzitter: de h. Raymaekers

Raadsheren: de hh. Verschueren en Vandeplas (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Vervliet

Advocaten: mrs. Zimmerman en Molemans

Brandstichting — Bij nacht — Begrip.

Het begrip «nacht» in de betekenis die daaraan gehecht wordt in art. 513 Sw. moet verstaan worden als het ogenblik waarop redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de bewoners slapen, dat de hulp dan langzamer op de been komt en het gevaar voor uitbreiding van de brand groter is.

T. en H.

Overwegende dat beide beklaagden bekend hebben te Beringen in de nacht van 8 op 9 mei 1981 samen een kinder-

bromfiets toebehorende aan Louis M. bedrieglijk weggenomen te hebben; dat ze hebben uitgelegd hoe ze samen ter plaatse zijn gegaan en met verenigde krachten de bromfiets door het venster hebben buitengedragen en in het voertuig van T. hebben gelegd en zijn weggereden met de bedoeling de bromfiets achteraf te gaan verkopen;

Overwegende dat deze omstandige bekentenissen ook nog voor het hof herhaald werden; dat T. trouwens achteraf de bromfiets heeft terugbezorgd aan de benadeelde; dat deze feiten, zoals omschreven onder de telastlegging A, bijgevolg voldoende bewezen zijn gebleven;

Overwegende dat na het plegen van de diefstal brand werd gesticht in de woning van Louis M.; dat de beklaagden elkaar beschuldigen van deze brandstichting, elk van beiden beweerende dat hij niet aan de brandstichting heeft deelgenomen;

Overwegende dat Daniël H. heeft uitgelegd hoe T. olie en ether op de vloer en op de tafel heeft uitgegoten, dat T. hem verscheidene malen heeft aangezet om brand te stichten en dat T. ten slotte zelf teruggegaan is om de brand aan te steken en dan ijlende de vlucht te nemen;

Overwegende dat T. toegeeft het medicijnkastje doorzocht te hebben en de ether opgemerkt te hebben; dat hij ook toegeeft dat hij in het bezit was van een aansteker waarmee hij ter plaatse licht heeft gemaakt; dat hij ook toegeeft dat hij nog ter plaatse aanwezig was toen H. op het laatste ogenblik naar binnen is gegaan om er brand te stichten, maar dat hij beweert dat hijzelf geen brand heeft gesticht;

Overwegende dat uit de herhaalde tegenspraak tussen beide beklaagden kan worden afgeleid dat beiden ter plaatse waren toen de olie en de ether werd uitgegoten over de vloer en over de tafel; dat zulks alleen kan geschied zijn met het oog op brandstichting en dat zulks geschied is onmiddellijk voordat de brand werd aangestoken; dat deze brandstichting noodzakelijkerwijze samen beraamd werd en met onderlinge medewerking geschiedde daar de beklaagden onmiddellijk na de brandstichting zo vlug mogelijk de vlucht moesten nemen, gezien het gevaar voor ontploffing wegens de aanwezigheid van olieproducten en ander uiterst brandbaar materiaal, en dat deze vlucht onmogelijk was zonder onderlinge hulp daar de poort die toegang tot het gebouw verschaft slechts met vereende krachten kon worden opengeduwed; dat bovendien de onderlinge verstandhouding, de samenwerking en hun houding na de brandstichting erop wijzen dat beide beklaagden volkomen akkoord gingen om enerzijds de diefstal te plegen en anderzijds de brand te stichten; dat beiden dienen te worden beschouwd als dader van deze brandstichting, ook al kan niet worden aangetoond wie van beiden de aansteker heeft gehanteerd;

Overwegende dat de beklaagden beweren dat de feiten niet bij nacht plaats hadden, daar de burgerlijke schemering reeds begonnen was op het ogenblik van de feiten; dat de brandweer om 5.25u. verwittigd werd en dat de burgerlijke schemering inderdaad om 5.21u. begonnen was naar luid van de mededeling van de Koninklijke sterrenwacht van België; dat evenwel redelijkerwijze kan worden aangenomen dat er veel meer dan vier minuten verlopen zijn tussen het ogenblik van de brandstichting en het ogenblik dat de brandweer verwittigd werd;

Overwegende dat het begrip «nacht» in de betekenis die

daaraan gehecht wordt in artikel 513 van het Strafwetboek moet worden verstaan als het ogenblik waarop redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de bewoners slapen, dat de hulp dan langzamer op de been komt en het gevaar voor uitbreiding van de brand groter is (J. Nypels, *Législation criminelle de la Belgique*, III, p. 559); dat de brandstichting omstreeks 4 uur in de morgen werd gepleegd en dat de verzwarende omstandigheid dat het op dat ogenblik nog nacht was in de zin van art. 513 Sw. wel degelijk aanwezig is;

(...)

NOOT—*De nacht als verzwarende omstandigheid bij brandstichting*

1. Het feit dat de brand bij nacht is gesticht, wordt door artikel 513 Sw. beschouwd als een verzwarende omstandigheid bij de verschillende soorten van brandstichting die in de artikelen 510, 511 en 512 omschreven worden. In het geannoteerde arrest kwam onder andere de vraag aan de orde, hoe het begrip nacht in artikel 513 Sw. moet worden gedefinieerd. Over dit probleem zal ook deze noot handelen.

2. Artikel 478 Sw. bepaalt dat de diefstal bij nacht de diefstal is gepleegd meer dan een uur voor zonsopgang en meer dan een uur na zonsondergang. Is deze definitie nu ook toepasselijk op het begrip nacht in artikel 513 Sw.?

Oudere rechtsleer had op deze vraag een bevestigend antwoord gegeven (G. Beltjens, *Encyclopédie du droit criminel belge*, p. 689; J. Nijpels, *Le code pénal belge interprété*, 2e uitg., bewerkt door J. Servais, III, p. 225; *Pand. B.*, tw. «Incendie», nr. 125). In een cassatiearrest van 1898, waarin het hof zich moest uitspreken over de betekenis van het begrip nacht in artikel 417 Sw., werd echter beslist dat de definitie van artikel 478 Sw. slechts toepasselijk is inzake diefstal (Cass., 7 november 1898, *Pas.*, 1899, I, 11). Dit werd afgeleid uit de bewoordingen zelf van artikel 478 («*Diefstal bij nacht* is de diefstal gepleegd...») en uit het toenmalige opschrift van de afdeling waaronder artikel 478 thuishoort («*Betekenis van de in dit hoofdstuk voorkomende uitdrukkingen*»). De formulering van dit arrest laat toe deze stelling van het Hof door te trekken naar artikel 513 Sw. (J. Sace, *Incendie*, in *R.P.D.B.*, Complément IV, nr. 145).

Er rijst evenwel een bijkomend probleem. Het hiervoren vermelde opschrift werd door artikel 5 van de wet van 2 juli 1975 (*B.S.*, 24 juli 1975) gewijzigd in «*Betekenis van sommige in dit wetboek voorkomende uitdrukkingen*». Mag hieruit nu worden afgeleid dat artikel 478 Sw. een definitie van nacht bevat die voor heel het wetboek geldt? er zijn redenen om hieraan te twijfelen. In tegenstelling tot artikel 479 en volgende, waar zonder nog te spreken van diefstal, een reeks begrippen als dusdanig worden gedefinieerd, bevat artikel 478 een definitie van *diefstal* bij nacht. Uit de ongewijzigd gebleven formulering van dit laatste artikel kan worden besloten dat het enkel toepasselijk is inzake diefstal (G. Schuind, *Traité pratique du droit criminel*, bewerkt door A. Vandeplass, I, 431). Verder zijn er in de parlementaire voorbereiding van voornoemde wet geen aanduidingen te vinden dat het de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest de definitie van artikel 478 voor het gehele wetboek te laten gelden. De wijziging van het hiervoren

genoemde opschrift werd door de Raad van State voorgesteld om redenen van legistieke aard, die niets te maken hadden met de toepassing van artikel 478 (zie advies van de Raad van State, *Parl. Stuk. Senaat*, 1974-75, nr. 554-1, p. 12). Er zijn dus redenen om de stelling, dat artikel 478 een definitie van nacht bevat die voor heel het wetboek geldt, te verwerpen.

3. Het Hof van Cassatie kwam in het hiervoren geciteerde arrest van 1898 tot de conclusie dat uit het feit dat artikel 478 Sw. slechts van toepassing is inzake diefstal en dat artikel 417 Sw. geen definitie bevat van het begrip nacht, volgt dat de vraag of de doodslag gepleegd bij het afweren van de beklimming al dan niet bij nacht is gepleegd een feitenkwestie is waarover de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt.

Voor zover hiermee zou worden bedoeld dat de feitenrechter totaal vrij oordeelt over de vraag of het al dan niet nacht was, zonder gebonden te zijn door een bepaalde juridische definitie van het begrip nacht (en dus zonder controle van het Hof van Cassatie), kan dit arrest niet worden onderschreven. Het begrip nacht is, door zijn voorkomen zelf in de wettekst een juridisch begrip. Het is de taak van het Hof van Cassatie de juiste betekenis van dit begrip te omschrijven en toe te zien op de juiste toepassing ervan door de feitenrechter op de door hem op onaantastbare wijze vastgestelde feiten en omstandigheden der zaak (zie hierover F. Dumon, «Over de Rechtsstaat», openingsrede voor het Hof van Cassatie, 3 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 349 e.v.). De in de 19e eeuw enige opgang makende doctrine, dat de feitenrechter bij ontstentenis van een wettelijke definitie op onaantastbare wijze de juiste zin en draagwijdte van een rechtsbegrip kan bepalen — doctrine waarop dit arrest mogelijkerwijze steunt —, is onjuist en is definitief door het Hof van Cassatie verlaten (*ibid.*, 350). De feitenrechter is dus bij het beantwoorden van de vraag of de feiten al dan niet bij nacht plaatsvonden, gebonden door de juridische betekenis van het begrip nacht (zie voor een toepassing m.b.t. nachtgerucht of nachtrumeroor: Cass., 12 juni 1944, *Pas.*, 1944, I, 385). De vraag rijst nu welke die betekenis juist is.

4. Een eerste stelling was dat de tijd waarin het nacht is, zou samenvallen met de tijd waarin er in het gerechtelijk recht geen betekenissen mogen worden gedaan (Cl. Bourguignon, *Jurisprudence des codes criminels*, I, p. 146, geciteerd door M. Weil, *De la circonstance de nuit en droit pénal*, p. 17). Volgens deze opinie zou het dus nacht zijn tussen 9 uur 's avonds en 6 uur 's morgens (art. 47 Ger. W., vroeger art. 1037 Rv.).

Doch in art. 47 Ger. W., vroeger art. 1037 Rv., wordt geen definitie van nacht gegeven (M. Weil, *op. cit.*, p. 18), er wordt enkel gezegd dat geen betekenissen mogen gebeuren tussen 9 uur 's avonds en 6 uur 's morgens.

Verder is deze bepaling specifiek voor het gerechtelijk recht (E. Garçon, *Code pénal annoté*, bewerkt door M. Rousselet, M. Patin en M. Ancel, II, p. 679). Ze kan niet worden aangewend in het strafrecht, dat een eigen nachtbegrip hanteert, aangepast aan zijn doelstellingen.

5. In het geannoteerde arrest wordt de nacht gedefinieerd als «het ogenblik waarop redelijkerwijze kan (worden) aangenomen dat de bewoners slapen».

Deze definitie is op zichzelf nog meerduidig (H.J. Rijs-houwer, *Over het begrip nacht in het strafrecht*, p. 15 e.v.).

a. Men zou er mee kunnen bedoelen dat de brand bij nacht is gesticht indien de dader redelijkerwijze kon vermoeden dat de bewoners van het gebouw dat in brand is gestoken, slapen. De achterliggende gedachte bij deze definitie is dat de bewoners wanneer ze slapen, gemakkelijker door de brand kunnen worden verrast. Daardoor bestaat de kans dat de brand een grotere omvang aanneemt en lopen de bewoners een groter risico om in de brand om te komen of er letsel door op te lopen. Bij het bepalen van de betekenis van het begrip nacht in artikel 513 Sw. is deze definitie echter minder bruikbaar. De definitie moet toepassing kunnen vinden in alle gevallen van brandstichting die omschreven worden in de artikelen 510 tot 512 Sw., aangezien de nacht geldt als verzwarende omstandigheid voor al deze brandstichtingen. Welnu, bovenstaande bepaling is enkel toepasbaar op brandstichtingen in die plaatsen die tot woongelegenheid dienen, en dan nog enkel in het geval van artikel 510 Sw., nl. wanneer de dader moest vermoeden dat zich aldaar op het ogenblik van de brand één of meer personen bevonden. In het geannoteerde arrest was dit niet het geval (art. 511 Sw.), zodat moeilijk kan worden aangenomen dat het hof bovenstaande definitie voor ogen had.

b. Men zou met de definitie ook kunnen bedoelen dat de nacht de tijd is waarin de modale bewoner slaapt, de tijd die hij voor zijn nachtrust bestemt.

Deze tijd kan natuurlijk niet in het algemeen (d.w.z. gelijkelijk geldend voor alle plaatsen van het land) worden bepaald. Daarvoor verschillen de slaapgewoonten te zeer van gemeente tot gemeente.

Men zou evenwel de gemiddelde slaapgewoonten van de omgeving waar het misdrijf is gepleegd in acht kunnen nemen (T. Noyon, G. Langemeijer, *Het Wetboek van Strafrecht*, 7e druk, bewerkt door J. Remmelink, II, p. 200-201 i.v.m. nachtelijke huisvredebreuk). Criterium is dan wanneer de bewoners van een bepaalde gemeente, wijk of buurt slapen. Er zijn aanwijzingen dat het hof deze betekenis in het achterhoofd had. Men verwijst naar de parlementaire voorbereiding waar o.a. gezegd wordt dat het alarm 's nachts groter is en de hulpverlening trager op gang komt en moeilijker te verkrijgen is (J. Nijpels, *Législation criminelle de la Belgique*, III, p. 559). Welnu, dit laatste wordt eerder bepaald door de slaapgewoonten in de buurt dan door de slaapgewoonten van de bewoner van een welbepaald huis.

Doch er rijzen hier grote moeilijkheden om juist te bepalen wanneer de nacht begint en eindigt. In sociaal homogene gemeenten of wijken (b.v. een landbouwersdorp) zal men tamelijk gemakkelijk kunnen bepalen wanneer de bewoners in het algemeen slapen. Maar op plaatsen waar deze sociale homogeniteit ontbreekt, zal het zeer moeilijk zijn te bepalen wanneer de bewoners in het algemeen slapen, juist omdat daar geen modale bewoner bestaat. Men denke hierbij aan een wijk waar zowel studenten, bejaarden als (ploeg)arbeiders wonen.

Zoals gezegd steunt het arrest om tot deze definitie te komen op de parlementaire voorbereiding waar o.a. wordt gezegd dat de hulpverlening dan trager en moeilijker op gang komt. Twee bemerkingen zijn hierbij te maken. In de eerste plaats zijn er elders in de parlementaire voorbereiding van het Strafwetboek aanduidingen te vinden dat de wetgever interpretaties als bovenstaande heeft afgewezen.

Toen bij de behandeling van het nieuwe artikel 478 de door rechtspraak en rechtsleer voorgestelde definities van het begrip nacht in de vroegere Code pénal (m.n. die van 1810, waar dit begrip ook niet bij diefstal werd gedefinieerd) werden besproken, werd over de definitie die de nacht liet beginnen op het moment waarop in iedere plaats de bewoners naar huis gaan om er zich ter ruste te begeven, het volgende gezegd: «Il est difficile que cette opinion puisse être accueillie comme une interprétation juridique du code existant. La nuit se lie trop intimement, dans la pensée de tous, au phénomène naturel du lever et du coucher du soleil, pour que l'on puisse faire abstraction dans la détermination de sa durée» (J. Nypels, *op. cit.*, 3, 542).

Bij de parlementaire voorbereiding van artikel 513 zijn er geen aanduidingen te vinden dat de wetgever hier aan een specifieke, afwijkende betekenis van het begrip nacht dacht, zodat de bovenstaande overwegingen hier ook toepassing kunnen vinden.

Ten tweede wordt de vermindering van de sociale controle niet zozeer veroorzaakt doordat de bewoners slapen, maar eerder wegens het uitsterven van het sociale leven, van de beweging in de omgeving van de plaats van de brandstichting. Het slapen en het uitsterven van de beweging buitenshuis vallen niet noodzakelijk samen. Om 10 uur 's avonds zal de modale bewoner op vele plaatsen nog niet slapen, doch zal de beweging buitenshuis reeds zijn uitgestorven. Wanneer het dan duister is, zullen potentiële brandstichters de brandstichting gemakkelijker en met meer kans op straffeloosheid kunnen uitvoeren. Wegens het feit dat niemand meer op straat is zal de brand misschien minder vlug worden ontdekt, zodat ook de hulpverlening later op gang zal komen. Toch gaat de brandstichting volgens de hier besproken definitie niet gepaard met de verzwarende omstandigheid dat ze gepleegd is bij nacht.

Omgekeerd is het mogelijk dat de bewoners op een bepaalde plaats nog slapen, terwijl het reeds licht is en de beweging op straat reeds opnieuw is begonnen (bijv. omdat de mensen op weg naar hun werk voorbijtrekken). Toch zou hier aanleiding zijn tot strafverzwaring, terwijl de redenen die hiertoe aanleiding geven niet aanwezig zijn.

Verder komt men bij de toepassing van deze definitie toch tot eigenaardige resultaten. Zo zou de nacht in bepaalde wijken pas tegen de morgen beginnen om tot laat in de morgen te duren (bijv. uitgaanswijken). Hoewel begrippen flexibel zijn, is het toch zeer de vraag of een bepaling die tot zulke resultaten leidt, nog onder het begrip nacht kan worden ondergebracht. Volgens Garçon is het zelfs onmogelijk om bij wijze van interpretatie van het woord nacht tot de hier besproken definitie te komen (E. Garçon, *op. cit.*, II, 679).

Ten slotte kan men als fundamenteel bezwaar tegen deze definitie inbrengen dat ze enkel toepasbaar is op brandstichting in of in de omgeving van plaatsen waar een reeks woningen bij elkaar staan, want enkel daar kan men refereren aan de gemiddelde slaapgewoonten. Wanneer de nacht een verzwarende omstandigheid wordt bij brandstichting van bv. een alleenstaande, afgezonderde woning, een afgelegen brug of spoorweg, of in een bos, kan aan de hand van deze definitie niet worden bepaald. Toch maakt de nacht ook een verzwarende omstandigheid uit voor brandstichtingen op deze plaatsen.

Om al deze redenen lijkt de definitie die de nacht doet

samenvallen met de tijd waarin de gemiddelde bewoner slaapt niet aangewezen inzake brandstichting.

6. Het Franse Hof van Cassatie beschouwt de nacht in een vaste rechtspraak als de tijd die verstrijkt tussen zonsopgang en zonsondergang (basisarrest: Cass. fr., 12 februari 1813, *Sir.*, 1812-1814, 1, 284; zie voor verdere verwijzingen E. Garçon, *op. cit.*, II, 679; adde Cass. fr., 19 december 1913, *Bull. Crim.*, nr. 568 geciteerd door *Enc. Dalloz*, *Pénal*, IV, tw. «Vol», nr. 103). Het Hof redeneert hierbij als volgt: daar de wetgever geen specifieke betekenis heeft gegeven aan het begrip nacht, moet het in zijn gewone en natuurlijke betekenis worden genomen (zie ook Hof Luik, 31 januari 1877, *Pas.*, 1877, II, 191, betreffende de betekenis van het begrip nacht in de jachtwetgeving).

Doch het is ten eerste betwistbaar of het begrip nacht deze betekenis in het gewone spraakgebruik heeft (J. Nypels en J. Servais, *op. cit.*, p. 526; L. Lambert, *Traité de droit pénal spécial*, p. 264). Wanneer de nacht wordt tegengesteld aan de dag, betekent nacht de tijd waarin de (natuurlijke) duisternis heerst. Welnu, in onze streken is het niet direct duister na zonsondergang, en begint het reeds een tijdje voor zonsopgang licht te worden. Er is een tussenperiode die men schemering noemt (J. Nypels en J. Servais, *op. cit.*, loc. cit.). Dit heeft als gevolg dat er ook op teleologisch vlak geen reden is om deze bepaling aan te nemen: er is geen enkel motief om een brandstichting die enige minuten na zonsondergang — wanneer het, zeker in de zomer, nog volledig licht is — zwaarder te straffen dan een brandstichting die enige minuten voor zonsondergang is gepleegd.

7. Het Belgische Hof van Cassatie besliste dat onder nachtgerucht of nachtruomoer moet worden verstaan het gerucht of ruomoer dat voortgebracht wordt in de tijd die verloopt tussen het einde van de avondschemering en het begin van de ochtendschemering (Cass., 12 juni 1944, *Pas.*, 1944, I, 385), dit is de periode waarin de natuurlijke duisternis heerst. Dit nachtbegrip gaat terug op een oud arrest van het Hof van Beroep te Nîmes betreffende diefstal (Hof Nîmes, 7 maart 1829, *Sir.*, 1828-1830, 2, 228, o.a. geciteerd door E. Garçon, *op. cit.*, II, p. 679).

Is deze definitie nu ook bruikbaar bij het bepalen van de betekenis van het begrip nacht in artikel 513 Sw.? Logisch gezien is deze definitie toepasselijk op al de brandstichtingen die omschreven zijn in de artikelen 510 tot 512 Sw. Verder moet worden onderzocht of ze ook beantwoordt aan de bedoeling van de wetgever. In de parlementaire voorbereiding wordt enerzijds gewezen op het feit dat de hulpverlening trager en moeilijker op gang komt, met als gevolg het risico dat de brand een grotere omvang aanneemt en het gevaar voor personen groter is, anderzijds dat de brandstichting gemakkelijker zal kunnen worden gepleegd en dat de dader minder kans loopt om gevat te worden (J. Nypels, *op. cit.*, p. 559).

Wat dit laatste betreft is het zo dat de dader wegens de heersende duisternis de brandstichting gemakkelijker zal kunnen uitvoeren (hij zal met minder kans op ontdekking de nodige voorbereidingen kunnen treffen) en dat hij minder kans loopt te worden erkend.

Wat het eerste motief betreft was het in de 19e eeuw zo dat het invallen van de duisternis in de meeste plaatsen het nagenoeg volledig stilvallen van de beweging op straat tot gevolg had. In zulke omstandigheden is de kans groot dat

de hulpverlening trager en moeilijker op gang komt. Potentiële hulpverleners zullen minder talrijk dan overdag aanwezig zijn, de brand zal misschien minder vlug worden ontdekt zodat ook de hulpverlening later op gang zal komen. Er mag dus worden besloten dat de motieven die aangehaald zijn in de parlementaire voorbereiding de hier besproken definitie kunnen gronden.

Men kan echter de vraag stellen of deze motieven ook nu nog even pertinent aanwezig zijn.

Enerzijds blijft de duisternis op zichzelf de brandstichter natuurlijk voordelen verschaffen. Maar anderzijds is het wel zo dat het intreden van de duisternis op sommige plaatsen in mindere mate dan vroeger het geval was, samenvalt met het einde van de beweging buitenshuis. Daarom lijkt strafverzwaring niet in alle gevallen waarin het volgens de hier besproken definitie nacht is gerechtvaardigd. Er zullen namelijk situaties zijn waarin de dader weinig of geen voordeel haalt uit het feit dat de duisternis is ingetreden. Zo bijv. bij een brandstichting die in het hartje van de winter in een drukke winkelstraat om 6 uur 's avonds, wanneer er nog volop activiteit heerst, wordt gepleegd. Daarom lijkt de definitie enigszins te moeten worden aangepast, en wel met de toevoeging van een negatief criterium eraan: benevens het feit dat de brand werd gesticht tussen het einde van de avondschemering en het begin van de ochtendschemering, is ook vereist dat er op de plaats waar de brand werd gesticht geen of weinig sociale activiteit, beweging was of dat deze dermate was verminderd dat de dader effectief voordeel kon halen uit het feit dat het duister was. In feite komt dit erop neer dat de rechter in concreto moet nagaan of de duisternis de brandstichting effectief gemakkelijker of gevaarlijker heeft gemaakt (vgl. M. Weil, *op. cit.*, p. 114-115). Aldus wordt de ratio legis van de strafverzwaring volkomen gerespecteerd.

Jan Smets

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 8 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Palms

Rechters: mevr. Beeckman en de h. Schollaert

Openbaar ministerie: de h. De Bus

Advocaten: mrs. Van der Graesen en Mommen

Echtscheiding op grond van bepaalde feiten — Wijziging van de juridische kwalificatie — Berust op feit dat reeds in het oorspronkelijk verzoekschrift werd aangevoerd — Toelaatbaar.

Een wijziging tijdens de procedure van de juridische kwalificatie van een echtscheidingsvordering, m.n. van een echtscheiding op grond van bepaalde feiten naar een echtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding, is toelaatbaar op voorwaarde dat de feiten waarop de nieuw gekwalificeerde vordering berust reeds aangevoerd zijn in het oorspronkelijk verzoekschrift.

H. t/ S.

Nopens de eis tot echtscheiding

Overwegende dat eiser in zijn verzoekschrift van 6 april 1978 de echtscheiding vorderde op basis van artikel 231 B.W. en meer bepaald o.m. op grond van het feit dat verweester op 13 oktober 1961 het echtelijk dak heeft verlaten en zij nog steeds afzonderlijk woont ;

Overwegende dat hij in zijn conclusie van 27 augustus 1981 de juridische kwalificatie van zijn eis wijzigt en thans vraagt de echtscheiding toe te staan op basis van artikel 232, eerste lid, B.W. ;

Overwegende dat verweester stelt dat zulks niet opgaat gezien de totaal verschillende juridische achtergrond van deze echtscheidingsgrond ;

Overwegende dat de vordering tot echtscheiding mag worden uitgebreid en gewijzigd in haar voorwerp of in haar oorzaak, voor zover zij gebaseerd is op een feit aangevoerd in het verzoekschrift ;

Overwegende dat in casu noch het voorwerp van de eis (ontbinding van het huwelijk) noch de juridische oorzaak van deze (verlating van de echtelijke woning) wordt gewijzigd ;

dat enkel de juridische kwalificatie van de vordering wordt gewijzigd door de aanvankelijk ingeroepen wettelijke rechtsgrond, artikel 231 B.W. — grove beledigingen —, te vervangen door een andere wettelijke rechtsgrond, namelijk tien jaar feitelijke scheiding (artikel 232, eerste lid, B.W.) ;

Overwegende dat een dergelijke wijziging toelaatbaar is daar eiser reeds in zijn verzoekschrift van 6 april 1978 de tien jaar feitelijke scheiding inriep (zie Hof Antwerpen, 19 mei 1976, *Rev. Trim. de Droit familial*, 1978, 155, met noot M.F.L.) ;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat partijen sinds 28 december 1961 ononderbroken gescheiden leven en dat zij sedertdien niet meer feitelijk herenigd zijn geweest ;

Overwegende dat de voorhanden zijnde gegevens van de zaak toelaten te besluiten dat er geen hoop op verzoening meer bestaat, zodat de duurzame ontwrichting van het huwelijk vaststaat ;

Overwegende dat uit dit huwelijk geen thans nog minderjarige, ongehuwde en niet ontvoogde kinderen geboren zijn, noch kinderen die partijen hebben geadopteerd, of wettige kinderen van een hunner door de andere geadopteerd ;

Overwegende dat alle wettelijke formaliteiten van artikel 232, eerste lid, B.W. zijn vervuld zodat de echtscheiding op deze grond kan worden toegestaan ;

(...)

NOOT—De wijziging van de juridische kwalificatie van een vordering tot echtscheiding

Over de mogelijkheden tot wijziging van de juridische kwalificatie van een echtscheidings eis tijdens de procedure bestaat in de rechtspraak en de rechtsleer enige onenigheid, hoofdzakelijk teweeggebracht door de uiteenlopende definitie die gegeven wordt aan het begrip *oorzaak* van een rechtsvordering (over deze problematiek, zie inz. Rigaux, F., «L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé», noot bij Cass., 4 mei 1972, *R.C.J.B.*, 1973, 239-259 ; Lampe-Franzen, M.-F., «La notion de cause juridi-

que de divorce : pierre d'angle de l'extension de la demande», noot bij Hof Brussel, 16 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 37-61).

Definieert men de oorzaak van een rechtsvordering als de juridische fundering ervan (in die zin : Cass., 4 mei 1972, *Pas.*, 1972, I, 806, *J.T.*, 1972, 501, *R.C.J.B.*, 1973, 233), dan moet natuurlijk in het inleidend verzoekschrift de juridische kwalificatie van de echtscheidingsvordering (overspel ; gewelddaden en mishandelingen ; grove beledigingen ; feitelijke scheiding van meer dan tien jaar) worden aangegeven, en komt het niet aan de rechter toe om tijdens het echtscheidingsgeding gebaseerd op een bepaalde wettelijke oorzaak (bv. overspel), een andere oorzaak toe te voegen of de oorspronkelijke oorzaak door een nieuwe te vervangen (bv. grove beledigingen), ook al zouden de aangevoerde feiten aan deze nieuwe kwalificatie beantwoorden (in die zin : Cass., 4 maart 1954, *Pas.*, 1954, I, 575 ; Rigaux, *Les Personnes*, I, 1971, nrs. 2068-2069 ; Lampe-Franzen, o.c., p. 47). Een dergelijke mogelijkheid staat dan slechts open voor de eisende echtgenoot voor zover de voorwaarden van art. 807 Ger. W. vervuld zijn, m.n. dat de wijziging verricht wordt bij op tegenspraak genomen conclusies en dat de feiten waarop de nieuw gekwalificeerde vordering berust, reeds zijn aangevoerd in het oorspronkelijk verzoekschrift. Dit geldt dan ook m.b.t. de wijziging van de juridische kwalificatie van de tegeneis tot echtscheiding nadat de rechter van die tegeneis kennis heeft genomen na het neerleggen van de conclusies. Hetzelfde mechanisme is ook toepasselijk m.b.t. de wijziging van de kwalificatie van de echtscheidings eis in hoger beroep, op grond van de algemene bepaling van art. 1042 Ger. W. (toepassing : Hof Luik, 11 januari 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 161, *J.T.*, 1977, 504, noot Panier ; Hof Antwerpen, 19 mei 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 155, noot M.F.L.).

Deze zienswijze waarbij de juridische kwalificatie van een rechtsvordering deel uitmaakt van de oorzaak ervan, wordt evenwel meer en meer verlaten. In de opvatting die allengs de bovenhand haalt, moet onder de oorzaak van een vordering verstaan worden het geheel van de feiten en/of akten die worden ingeroepen om in rechte het gewenste resultaat te verkrijgen (in die zin : Fettweis, A., Kohl, A., en De Leval, G., *Droit judiciaire privé*, Presses Univ. Liège, 5e ed., 1980, II, nr. 185, p. 182-183 ; De Leval, G., «Droit judiciaire privé et divorce pour cause déterminée», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 293 e.v., nr. 8, p. 298-300 ; Vieujean, E., «Examen de la jurisprudence — Personnes (1970 à 1975)», *R.C.J.B.*, 1978, nr. 85, p. 322-323). Recente arresten van het Hof van Cassatie — in andere materies dan de echtscheiding — sluiten aan bij deze zienswijze (Cass., 3 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1010 ; Cass., 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2877 ; *Pas.*, 1979, I, 352 ; Cass., 10 januari 1979, *Pas.*, 1979, I, 520, *Journ. Dr. Fisc.*, 1980, 31 ; Cass., 30 maart 1979, *Pas.*, 1979, I, 902). De juridische omschrijving van de vordering vormt dan geen element van de oorzaak ervan, en kan dan ook door de rechter soeverein aangepast of gewijzigd worden, binnen de grenzen van het voorwerp van de vordering zoals het door de betrokken partij naar voren is gebracht : het is in beginsel immers aan de rechtbank om recht te spreken en om op de door de partijen ingeroepen feiten de adequate juridische norm toe te passen, zelfs als dit niet door de partijen wordt voorgesteld («Jura novit curia»).

Aangezien in het huidige echtscheidingsrecht de gevolgen van de echtscheiding op grond van bepaalde feiten niet langer afhankelijk zijn van de toegepaste juridische kwalificatie (er zijn wel nog enkele minieme procedurale verschillen: zie de artt. 1271 en 1272 Ger. W.), moet op deze zienswijze geen uitzondering meer gemaakt worden inzake echtscheiding. Er bestaat derhalve geen verplichting voor de eisende echtgenoot om zijn echtscheidingsvordering te kwalificeren (cf. De Gavre, J., «Le divorce et la séparation de corps», *T.P.R.*, 1975, 185 e.v. op p. 199), en zelfs als een juridische kwalificatie wordt aangegeven, bindt zij de rechter niet: deze kan steeds, zowel op vraag van de partijen als ambtshalve, de aangegeven kwalificatie verbeteren of wijzigen (in die zin: Rb. Nijvel, 5 mei 1966, *Rec. Niv.*, 1965-66, 161; Rb. Nijvel, 5 december 1967, *Rec. Niv.*, 1968, 10; De Leval, *art. cit.*, p. 298-300; Vieujeun, *art. cit.*, nr. 85, p. 323-324). Deze opvatting is overigens de enige die in overeenstemming is met de versoepeling van de vormvoorschriften welke door de ontwerpers van het Gerechtelijk Wetboek gewild werd.

Het voorgaande is evenwel niet van toepassing in de verhouding tussen aan de ene kant de schuldgronden tot echtscheiding en aan de andere kant de schuldloze echtscheidingsgrond van art. 232 B.W., omdat de gevolgen van beide vormen van echtscheiding niet dezelfde zijn (cf. De Leval, G., *Jurisprudence du Code judiciaire*, Brugge, Die Keure, p. 1254/6 *in fine*). Een wijziging van de kwalificatie in deze zin heeft een — zij het bijkomstige — wijziging van het voorwerp van de echtscheidingsvordering tot gevolg, en het spreekt vanzelf dat de rechter ze niet ambtshalve zal kunnen doen. Door de betrokken echtgenoot zal zij slechts doorgevoerd kunnen worden binnen het kader van art. 807 Ger. W., zulks met het oog op de vrijwaring van de rechten van de verdediging. Het is derhalve terecht dat de rechtspraak, zoals ook het geannoteerde vonnis, vereist dat de wijziging van de juridische kwalificatie in een dergelijk geval plaatsheeft bij op tegenspraak genomen conclusies (Hof Luik, 11 januari 1977, *aangeh.*; Hof Antwerpen, 19 mei 1976, *aangeh.*; cf. Hof Brussel, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1979-80, 1923, en Rb. Brussel, 6 september 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 399, waar uit de context kan worden afgeleid dat dit bij op tegenspraak genomen conclusie gebeurde; anders, ten onrechte: Lampe-Franzen, *art. cit.*, p. 46-47, en noot bij Hof Antwerpen, 19 mei 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, p. 157-158).

Patrick Senaeve

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUGGE AFDELING OOSTENDE

2e KAMER — 10 JUNI 1980

Voorzitter: de h. Ampe

Rechters in sociale zaken: de hh. Vansteenkiste en Vanderhispallie

Advocaten: mrs. Vanleenhove en Porta loco Cant

Verjaring in burgerlijke zaken — Vordering tot betaling van achterstallig loon — Eenjarige verjaringstermijn —

Minderjarige werknemer — Schorsing tegenover minderjarigen — Uitzonderingen van artikel 2252 B.W. niet toepasselijk.

Het verloop van de eenjarige verjaring bepaald in art. 6 van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden (thans overgenomen in artikel 15 van de Arbeidsovereenkomstenwet) wordt gestuit en geschorst volgens de gewone regels van het Burgerlijk Wetboek.

Krachtens art. 2252 B.W. loopt de verjaring niet tegen minderjarigen, behoudens hetgeen in artikel 2278 B.W. is bepaald, en met uitzondering van de andere bij de wet bepaalde gevallen.

Nu de «andere bij de wet bepaalde gevallen» niet in art. 2278 B.W. zijn begrepen, moeten de verjaringen die niet meer dan vijf jaar belopen, bepaald in speciale wetten, beschouwd worden als geschorst tegenover de minderjarigen, tenzij deze bijzondere wetten er anders over beschikken.

Daar het ten deze gaat om een verjaring van één jaar, minder dan vijf jaar, bepaald in een bijzondere wet, namelijk de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden (thans de Arbeidsovereenkomstenwet), dient deze verjaring te worden beschouwd als geschorst tegenover minderjarigen, daar deze wet er niet anders over beslist.

H. en B. t/ F.

Onderwerp van de vordering en uiteenzetting van de middelen en conclusies

Bij dagvaarding van 10 juli 1979 vorderen eisers q.q. de veroordeling van verweerders om aan hen te betalen de som van 15.323 fr. vermeerderd met de gerechtelijke interesten, de wettelijke interesten vanaf 1 augustus 1976 en de kosten van het geding.

Deze vordering steunt op volgende overwegingen: dat hun minderjarige dochter in dienst was van verweerder tijdens de periode van 1 juli 1976 tot en met 31 juli 1976 als jobstudente-werkster; dat verweerder tot hiertoe nagelaten heeft de minderjarige dochter van eisers q.q. het voorziene wettelijk loon te betalen voor de door haar geleverde prestaties; (...)

Bij besluiten van 1 oktober 1979 voert verweerder aan dat de vordering niet ontvankelijk is wegens verjaring krachtens artikel 6 van de wet van 6 november 1969 op het arbeidscontract, zoals hernomen door artikel 15 van de wet van 3 juli 1978, daar er immers meer dan één jaar verlopen is sinds het einde van het arbeidscontract en de datum van het inleiden van de vordering.

(...)

Gronden van het vonnis

Het verloop van de eenjarige verjaring bepaald in artikel 6 van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden wordt gestuit en geschorst krachtens de gewone regels van het Burgerlijk Wetboek. Zie A.P.R. Steyaert, *Arbeidsovereenkomst (handarbeiders)*, nr. 554, uitgave 1961, en A.P.R. Steyaert, *Arbeidsovereenkomst (bedienden)*, nr. 675, uitgave 1966.

Krachtens artikel 2252 van het Burgerlijk Wetboek loopt de verjaring niet tegen minderjarigen, behoudens hetgeen in artikel 2278 bepaald is, en met uitzondering van de andere bij de wet bepaalde gevallen.

Artikel 2252 van het Burgerlijk Wetboek houdt dus twee uitzonderingen in op zijn algemene regel, nl. 1) artikel 2278 van het Burgerlijk Wetboek; 2) de andere bij de wet bepaalde gevallen.

Artikel 2278 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de verjaringen waarover in deze afdeling (artt. 2271 tot 2278) gehandeld wordt, lopen tegen minderjarigen, onder andere de in artikel 2271, laatste lid, van het Burgerlijk Wetboek geregelde verjaring van zes maanden van de rechtsvordering van arbeiders en werklieden tot betaling van hun uurloon, hun leveringen en hun loon.

De «andere bij de wet bepaalde gevallen» zijn niet in artikel 2278 van het Burgerlijk Wetboek begrepen daar artikel 2252 van het Burgerlijk Wetboek wel het woord en gebruikt en artikel 2278 stelt tegenover de andere bij bijzondere wetten bepaalde gevallen.

Bijgevolg moeten de verjaringen die niet meer dan vijf jaar belopen, bepaald in speciale wetten, beschouwd worden als geschorst tegenover de minderjarigen, tenzij deze bijzondere wetten er anders over beschikken (zie De Page, VII, nr. 1357, p. 1208, uitgave 1957).

Welnu, aangezien het om een verjaring gaat van één jaar, minder dan vijf jaar, bepaald in een speciale wet, nl. de wet op de arbeidsovereenkomst voor arbeiders, dient deze verjaring als geschorst te worden beschouwd tegenover minderjarigen, nu deze wet er niet anders over beslist.

Bijgevolg is de vordering niet verjaard, dient er niet onderzocht te worden in hoever de burgerlijke vordering ex delicto verjaard is en dient de vordering gegrond te worden verklaard, daar verweerder geen enkel argument ten gronde aanhaalt.

(...)

VREDEGERECHT TE SINT-GILLIS-BRUSSEL

30 JUNI 1981

Rechter: de h. Rommel

Advocaten: mrs. De Backer en Van Damme loco Van Lint

Overeenkomst — 1. Spel en weddenschap — Burgerrechtelijk statuut — Strijdig met de openbare orde en de goede zeden — Ongeoorloofde oorzaak — 2. Overeenkomsten met het oog op het spel «kogelcarrousel» of de exploitatie ervan — Huur — Huurder speculeert op buitensporige winsten uit spelactiviteit — Verhuurder krijgt buitensporige huurprijs — Ongeoorloofde oorzaak — 3. Nietige overeenkomst — Rechtsgevolgen — a) Facultatieve toepassing van het adagium «In pari causa ...» — Beoordeling door de rechter — b) Nietige huurovereenkomst — Gevolgen voor de huurwaarborg — Zekerheidstelling — Teruggave.

1. In het burgerlijk recht (artt. 1131, 1133 en 1965 B.W.) zijn spel en weddenschap strijdig met de openbare orde en de goede zeden; voor de toepassing van deze wetsbepalingen is het onderscheid tussen kansspelen en behendigheids spelen niet dienend, noch de eventuele strafbaarheid ervan.

Met uitzondering van sport en voor zover het bedrag niet buitensporig is, beoogt het burgerlijk statuut van spel en

weddenschap het ontnemen van elk rechtsgevolg aan overeenkomsten zonder sociaal en economisch nut, hetzij wegens hun speculatieve aard, hetzij wegens hun onbeduidendheid.

2. Immoreel en ongeoorloofd zijn de overeenkomsten gesloten met het oog op het spel «kogelcarrousel» genaamd, of de exploitatie ervan, wanneer ze als resultaat hebben dat het de spelers mogelijk wordt gemaakt zich over te leveren aan hun speelzucht of hen ertoe aanmoedigen.

Wanneer de verhuurder bewust meewerkt aan de verwezenlijking van de onwettige spelactiviteit en door het bedingen van een volkomen buitensporige huurprijs indirect deelneemt in de hoge winsten die de huurder uit de ongeoorloofde spelactiviteit verwacht, is de huurovereenkomst door een ongeoorloofde oorzaak aangetast en derhalve nietig, daar het onmiddellijk en wezenlijk motief van het contract bij beide partijen duidelijk de uitbuiting van de speelzucht uitmaakt.

3.a) De rechter beschikt over de faculteit de restitutio in integrum, logisch gevolg van een nietige overeenkomst, te beletten door ambtshalve het adagium «In pari causa turpitudinis cessat repetitio» op te werpen wanneer de teruggave schokkende gevolgen zou hebben.

Bij zijn beoordeling zal de rechter de terugvordering weigeren wanneer het voordeel door een van de contractanten gehaald uit de nietigheid de preventieve functie van de sanctie in het gedrang brengt of het maatschappelijk belang beveelt dat een van de contractanten strenger getroffen wordt, en zal hij omgekeerd de terugvordering toestaan wanneer het behoud van de toestand, geschapen ten gevolge van de uitvoering van de onwettige prestaties, op permanente wijze de sociale orde verstoort of de weigering van teruggave een aanmoediging zou uitmaken voor het sluiten van onwettige overeenkomsten.

b) De zekerheid verleend door de huurwaarborg maakt een afzonderlijke overeenkomst uit en wordt niet automatisch aangetast door het ongeoorloofd karakter van de huurovereenkomst zelf.

De zekerheidsovereenkomst verdwijnt door de vernietiging van de hoofdovereenkomst van huur en het adagium «in pari causa...» is hierop niet van toepassing, tenzij de zekerheidsovereenkomst zelf ongeoorloofd zou zijn en de vrijwaring van de sociale orde de terugvordering zou beletten.

V.Z.W. R. t/ N.V. A.

Overwegende dat A. bij overeenkomst van 15 juli 1979 de Weense zaal van het hotel A. onderverhuurde aan de Club R. voor zeventien maanden met bestemming van privé-club met het oog op de exploitatie van behendigheids spelen voorbehouden aan de clubleden (art. 2);

Dat desaaangaande de overeenkomst bedingt dat de Club R. nauwgezet de wettelijke en reglementaire bepalingen op haar bedrijvigheid zal naleven en kansspelen verbiedt (art. 2), dat de onderhuurster steeds de huur mag opzeggen mits een termijn van drie maanden in acht wordt genomen, dat de maandelijkse huur 150.000 fr. en de huurwaarborg eveneens 150.000 fr. belooft (artt. 3, 4 en 5); dat de huur ten slotte bepaalt dat de onderhuurster de kosten zal dragen van de werken die het bestuur eventueel zou bevelen wegens

haar bedrijvigheid, inzonderheid met het oog op de veiligheid en de gezondheid (art. 9);

Overwegende dat, daar artikel 90 van het gemeentelijk politiereglement het plaatsen van behendigheids spelen in hotels verbiedt zonder uitdrukkelijke en voorafgaande toelating van het college van burgemeester en schepenen, de Club R. op 23 juli 1979 om die machtiging verzocht en dat het college op 4 september 1979 weigerde;

Dat, insgelijks, krachtens het gemeentelijk politiereglement, de opening van de club onderworpen is aan het gunstig advies van de brandweerdienst van de agglomeratie Brussel die op 16 augustus 1979 meedeelde een dergelijk advies slechts te kunnen overwegen na uitvoering van een aantal aanpassingswerken met het oog op de brandveiliging;

Dat ten slotte het reglementair verslag over de elektrische installatie door een erkend organisme ongunstig was;

Overwegende dat de Club R. op 2 september 1979 A. liet weten dat ze de huurovereenkomst als nietig beschouwde en de terugbetaling eiste van de huur daar de genaamde Van E. niet de bevoegdheid had om alleen de Club R. te verbinden door de ondertekening van de huur, dat artikel 90 van het gemeentelijk politiereglement de verhuring verbiedt van lokalen bestemd voor behendigheids spelen zonder voorafgaande machtiging van het college en dat de huur de wijziging verbiedt van die bestemming;

Dat A. de verhuurde plaatsen in oktober 1979 opnieuw in gebruik nam als televisiezaal (oorspronkelijke bestemming vóór de huur);

Overwegende dat de Club R. nu de reeds betaalde huur (juli, augustus, september, hetzij 450.000 fr.) en de huurwaarborg (150.000 fr.) terugvordert mitsgaders een schadevergoeding van 100.000 fr. vordert, terwijl A. de afwijzing van de hoofdvordering vraagt en op tegenvordering 450.000 fr. wederverhuringvergoeding vordert, zijnde een bedrag gelijk aan drie maand huur; dat de Club R. desontrent opwerpt dat de huurovereenkomst nietig is wegens onwettige oorzaak, nl. de strijdigheid met het gemeentelijk verbod op behendigheids spelen, en subsidiair de ontbinding vordert van de huur wegens de ongeschiktheid van de gehuurde plaats voor de voorgenomen bestemming, zoals blijkt uit het verslag van de brandweer en de elektriciën; dat de Club R. bovendien de vordering tot schadevergoeding motiveert door de «zeer hoge baten waarop ze mocht rekenen zoals reeds blijkt uit de maandelijkse huurprijs zelf»; dat de Club R. ten slotte de tegenvordering tot het betalen van een wederverhuringvergoeding afwijst bij gebrek aan schade omdat A. het lokaal in september 1979 beweerdelijk opnieuw in gebruik nam;

Dat A. aanvoert dat de huurovereenkomst nietig is daar de gemeente behendigheids spelen niet absoluut verbiedt doch enkel aan een voorafgaande machtiging onderwerpt, en dat de Club R. zich ertoe verbonden had alle wettelijke en reglementaire voorschriften na te leven; dat A. de ontbinding van de huur en de vermelde wederverhuringvergoeding vordert;

Overwegende dat in het burgerlijk recht spel en wedenschap strijdig zijn met de openbare orde en de goede zeden (B.W. artt. 1131, 1133 en 1965; De Page, V, nrs 297, A. in fine, 300 en 301);

Dat voor de toepassing van artikelen 1131 en 1133 B.W. het onderscheid tussen kansspelen en behendigheids spelen

noch de eventuele strafbaarheid ervan dienend zijn (De Page, V, nr. 286);

Dat, met uitzondering van sport (B.W. 1966) en voor zover het bedrag niet buitensporig is (De Page, V, nr. 303), het burgerlijk statuut van spel en wedenschap het ontnemen van elk rechtsgevolg beoogt van overeenkomsten zonder sociaal en economisch nut, hetzij wegens hun zuiver speculatieve aard, hetzij wegens hun onbeduidendheid (zie noot De Gavre onder Hof Brussel, 27 jan. 1965, *R.C.J.B.*, 1968, 323);

Dat in casu het spel «kogelcarrousel», waarover de Club R. drie verslagen van deskundigen beweert te bezitten, vermoedelijk geen kansspel doch een behendigheids spel is;

Dat voor een dergelijk spel een onderscheid dient te worden gemaakt tussen gewoon spel en ontspanningsspel (bv. «trekbiljart»);

Dat het ontspanningsspel een onschuldig vermaak is en niet als hatelijk en ongeoorloofd mag worden bestempeld (memorie van toelichting van Portalis, in Locré, VII, p. 342, nr. 7);

Dat voor de auteurs van het Burgerlijk Wetboek immers de winsten bepalend zijn en dat buitenmatige winsten onrechtvaardig zijn daar ze geen andere oorzaak hebben dan «la corruption du coeur et l'égarément de l'esprit» (Portalis, o.c., nr. 8, p. 343);

Dat bij onbeduidende inzet, de speelschuld geen aanleiding kan geven tot gerechtelijke vordering («de minimis non curat praetor») (zie Portalis, o.c., nr. 7; Kh. Brussel, 22 nov. 1950, *J.Comm.B.*, 1951, 213);

Dat deswege de overeenkomsten in verband met het ontspanningsspel niet noodzakelijk verstoken zijn van rechtsvordering (zie Hof Brussel, 26 nov. 1954, *J.T.*, 1956, 440; Hof Brussel, 10 dec. 1955, *J.T.*, 1956, 441 en de merkwaardige noot van R. Philips);

Dat, bijaldien uit de inzet van het spel blijkt dat het gaat om ongezonde speelzucht die familiale en sociale ruïnes kan veroorzaken, het spel volkomen immoreel is;

Dat uit het bedrag van de huur (150.000 fr. per maand), het bedrag van de door de Club R. gevorderde schadevergoeding (100.000 fr.), het privé-karakter van de club en de betekenis in de conclusie van de Club R. dat hij «op zeer hoge baten mocht rekenen» voldoende blijkt dat het spel met hoge inzetten gebeurt zodat het de kwalificatie van ontspanningsspel niet verdient;

Dat de door de Club R. ontwikkelde spelbedrijvigheid deswege immoreel en ongeoorloofd was;

Dat die immoraliteit de contracten aantast die gesloten zijn met het oog op dat spel of zijn exploitatie (Hof Brussel, 13 feb. 1899, *Pas.*, 1899, II, 265; Hof Brussel, 7 nov. 1896, *Pas.*, 1897, III, 10; De Page, V, nr. 300, B; Rb. Dinant, 10 jan. 1901, *P.P.*, 1901, nr. 63; Hof Luik, 3 mei 1904, *P.P.*, 1904, nr. 858; Hof Gent, 17 juni 1948, *Pas.*, II, 84), die als resultaat hebben dat het de spelers mogelijk wordt gemaakt zich over te leveren aan hun speelzucht of die hen ertoe aanmoedigen en dat ze even gevaarlijk en immoreel zijn als het spel zelf (Dalloz, *Encyclopédie droit civil*, v° Jeu-pari, nrs. 65 en 66);

Dat indien het voorwerp van de overeenkomst, nl. de huur wel geoorloofd is, het doel, nl. het uitbaten van kogelcarrousel, ongeoorloofd is en aldus in strijd is met artikel 1131 B.W.;

Overwegende dat de nietigverklaring van de overeenkomst onder bezwarende titel niet alleen onderstelt dat het ongeoorloofd doel van de Club R. door A. gekend was;

Dat de maandelijkse huurprijs van 150.000 fr. voor een lokaal met een oppervlakte van 50⁻² in een gebouw van minstens 500 m² dat in zijn geheel voor 57.791 fr. per maand wordt gehuurd door A. volkomen buitensporig is ten opzichte van de huurwaarde en bewijst dat zowel de Club R. als A. niet zozeer een huurprijs, dan wel de winsten van het spel beoogden;

Dat bovendien elke wijziging van de bestemming van het lokaal contractueel uitgesloten was;

Dat het onmiddellijk en wezenlijk motief van de huur-overeenkomst bij beide contractanten dan ook duidelijk de uitbuiting van de speelzucht uitmaakt, verslaafdheid die steeds steunt op het ongeluk van een ander;

Dat A. aldus bewust medewerkte aan de verwezenlijking van het onwettig doel en door het bedingen van een volkomen buitensporige huurprijs een onrechtstreekse participatie nam in de hoge door de Club R. stellig verwachte winsten van de ongeoorloofde spelactiviteit tot de verwezenlijking waarvan A. rechtstreeks en noodzakelijk haar medewerking verleende (Hof Luik, 11 jan. 1949, *R.C.J.B.*, 1950, met noot De Bersaques, 331, nrs. 14-21; zie noot Dabin, nr. 8, *R.C.J.B.*, 1967, 29, ondeer Cass., 8 dec. 1966);

Dat de onderhavige huurovereenkomst deswege nietig is en daarom geen gevolg kan hebben zodat de uitvoering ervan niet het voorwerp kan uitmaken van een rechtsvordering (Cass., 4 juni 1903, *Pas.*, 1903, I, 276; Hof Brussel, 10 feb. 1954, *J.T.*, 1956, 443);

Overwegende dat de vernietiging van al wat uitgevoerd werd en de restitutio in integrum het logisch aan de nietigheid verbonden gevolg is (*Novelles, Droit civil*, IV, nr. 1988);

Dat immers de weigering van teruggave tot resultaat zou hebben dat de ongeoorloofde overeenkomst wel gevolgen sorteert, wat in strijd zou zijn met art. 1131 B.W.;

Dat desalniettemin de rechter over de faculteit beschikt de restitutio in integrum te beletten door de ambtshalve opwerping van het adagium «in pari causa turpitudinis cessat repetitio» (Cass., 8 dec. 1966, met advies van P.-G. Hayoit de Termicourt, *Pas.*, 1976, I, 434; Planiol en Ripert, VI, door Esmein, nr. 279, p. 356, noot 1; Capitant, *De la cause des obligations*, nrs. 111 en 118), wanneer de teruggave schokkende gevolgen zou hebben;

Dat de weigering tot teruggave een middel is tot bescherming van de sociale orde (Cass., 8 dec. 1966, *Pas.*, 1967, I, 446; Demogue, *Obligations*, I, nr. 349);

Dat, bij zijn soevereine beoordeling, de rechter de terugvordering weigert bijaldien het voordeel door een van de contractanten gehaald uit de nietigheid de preventieve functie van de sanctie in het gedrang brengt of het maatschappelijk belang beveelt dat een van de contractanten strenger getroffen wordt, en hij de terugvordering toestaat wanneer het behoud van de toestand geschapen ten gevolge van de uitvoering van de onwettige prestaties op permanente wijze de sociale orde verstoort of de weigering van teruggave een aanmoediging zou uitmaken voor het sluiten van onwettige overeenkomsten (Renard, Vieujean en Hannequart, in *Novelles, Droit civil*, IV, Théorie générale des obligations, nrs. 2037-2042);

Dat de sociale orde verbiedt dat een onwettige handeling renderend zou zijn en beveelt dat de respectieve schuld van de contractpartijen wordt afgewogen (noot Dabin, nr. 15, onder Cass., 8 dec. 1966, *R.C.J.B.*, 1976, 35; Beudant, VIII, nr. 289bis);

Dat er geen bezwaar is tegen de afwezigheid van duidelijke criteria daar de partners bij een onwettige overeenkomst geen aanspraak kunnen maken op rechtsveiligheid omwille van de door hen veroorzaakte storing van de openbare orde (*Novelles, Droit civil*, IV, nr. 2003 in fine; advies P.-G. Hayoit de Termicourt bij Cass., 8 dec. 1966, *R.C.J.B.*, 1967, 23);

Dat aldus de nietigheid een sanctie is met een in wezen repressieve maar tevens preventieve functie;

Dat hij die voordeel haalt uit de toepassing van de sanctie aangemoedigd wordt tot herhaling;

Dat de facultatieve toepassing door de rechter van het adagium «in pari causa...» de teruggave aleatoir maakt en deswege een krachtig preventief karakter heeft (*Novelles, Droit civil*, IV, nr. 1915);

Overwegende dat, wegens de nietigheid, de vorderingen van beide partijen tot ontbinding van de huur en de tegenvordering van A. tot betaling van een wederverhuringsvergoeding ontoelaatbaar zijn (art. 1131 B.W.);

Dat de terugvordering door de Club R. van de voor drie maanden betaalde huur (450.000 fr.) eveneens als ontoelaatbaar moet worden bestempeld zowel uit preventief oogpunt als omdat de Club R. strenger moet worden getroffen daar ze als doel heeft de speelzucht te exploiteren;

Dat de toewijzing van de door de Club R. gevorderde schadevergoeding haar voordeel zou verschaffen naar aanleiding van haar ongeoorloofde activiteit zodat het preventief karakter van de sanctie teloor zou gaan (*Novelles, Droit civil*, IV, nr. 1997);

Dat die vordering aldus eveneens ontoelaatbaar is;

Overwegende dat de zekerheid verleend door de huurwaarborg een afzonderlijke overeenkomst uitmaakt en niet automatisch wordt aangetast door het ongeoorloofd karakter van de huurovereenkomst zelf;

Dat de zekerheidstelling immers in wezen neutraal is en ontsnapt aan elke wettelijke of morele kwalificering (noot Dabin, nr. 19, onder Cass., 8 dec. 1966, *R.C.J.B.*, 1967, 39);

Dat de overeenkomst tot zekerheid verdwijnt door de vernietiging van de hoofdovereenkomst van huur;

Dat, tenware de overeenkomst tot zekerheid ongeoorloofd zou zijn en de vrijwaring van de sociale orde de terugvordering zou beletten, het adagium «in pari causa...» er niet op toepasselijk is (advies P.-G. Hayoit de Termicourt bij Cass., 8 dec. 1966, *R.C.J.B.*, 1967, 24);

Dat overigens de teruggave weigeren van de huurwaarborg de verhuurder eigenaar zou maken van een zaak waarvan de vernietigde overeenkomst hem niet eens het genot verschafte (*Novelles, Droit civil*, IV, nr. 2091);

Mitsdien:

1. Verklaren de huurovereenkomst van 15 juli 1979 tussen de V.Z.W. Club R. en N.V. A. ambtshalve nietig;
2. Verklaren de vordering van de V.Z.W. Club R. tot veroordeling van de N.V. A. tot betaling van 150.000 fr. (huurwaarborg) toelaatbaar en gegrond; veroordelen de

N.V. A. deswege tot betaling aan de V.Z.W. Club R. van het bedrag van 150.000 fr. met de gerechtelijke interest; verklaren de overige vorderingen van de V.Z.W. Club R. ontoelaatbaar;

3. Verklaren de vordering van de N.V. A. ontoelaatbaar;

4. Verwijzen beide partijen in de helft van de kosten.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 juni 1981

Handelshuur — Hernieuwing — Geen aanvraag tot hernieuwing binnen wettelijke termijn — Nadien tussen partijen gesloten overeenkomst over de hernieuwing van de huur — Geldig.

«Overwegende dat de eisers aanvoerden dat zij, na het verstrijken van de eerste periode van negen jaar van hun handelshuurovereenkomst tijdens welke zij geen hernieuwing van de huur hadden aangevraagd, in het gehuurde goed waren gebleven en dat met de verhuurders, thans de verweerders, een akkoord was gesloten om de huur te hernieuwen op één enkele voorwaarde dat de huur op 6.300 fr. per maand zou worden gebracht;

«Overwegende dat het vonnis (Rb. Brussel, 21 maart 1980), na te hebben vastgesteld dat de eisers geen aanvraag om hernieuwing tot de verweerders hebben gericht, zegt dat er geen hernieuwing is zonder aanvraag en beslist dat de eisers derhalve het goed in gebruik hebben krachtens een huurovereenkomst van onbepaalde duur die kan worden ontbonden mits zij deze ten minste achttien maanden vooraf opzeggen;

«Overwegende dat de dwingende wetsbepalingen betreffende de hernieuwing van de handelshuurovereenkomsten zich er niet tegen verzetten dat een huurder die niet binnen de wettelijke termijnen een aanvraag om hernieuwing heeft gedaan met de verhuurder een overeenkomst over de hernieuwing van de huur kan sluiten;

Dat het vonnis derhalve, op de erin vermelde gronden, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: ridder de Schaetzen — Raadsheer-rapporteur: de h. Meeüs — Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven — Advocaten: mrs. van Ommeslaghe en De Bruyn — In de zaak: K. en B. t/ R. en H.)

NOOT—Zie en vergelijk: Cass., 12 juni 1953, *R.W.*, 1953-54, 794, *J.T.*, 1953, 584; Cass., 15 maart 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 936, *R.W.*, 1967-68, 2000; Cass., 18 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 916, *R.W.*, 1975-76, 316, met noot; M. La Haye en J. Vankerckhove, *Le louage de choses*, II, «Les baux commerciaux», in *Les Nouvelles, Droit Civil*, VI-2, Brussel, 1970, nrs. 1580, 1748 en 1770; A. Pauwels, *Handelshuur*, A.P.R., Brussel, 1971, nrs. 262 en 285.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 september 1981

Brugpensioen — Bedrag wettelijk brugpensioen — Werkloosheidsuitkering zonder vermindering — Art. 7 K.B. 27 dec. 1977 — Onwettig.

Verwerping van het cassatieberoep van de R.V.A. tegen het arrest, op 8 mei 1980 door het Arbeidshof te Brussel gewezen:

«Overwegende dat, krachtens het ten deze toepasselijke artikel 73, eerste lid, van de wet van 22 december 1977 betreffende de budgettaire voorstellen 1977-1978, het eerste element voor de vaststelling van het bedrag van het brugpensioen moet worden berekend op grond van de werkloosheidsuitkering waarop de werknemer zonder vermindering aanspraak zou hebben kunnen maken, indien hij ontslagen was;

«Dat de woorden 'zonder vermindering', die zijn ingevoegd bij voornoemde wet waardoor artikel 26 van de wet van 20 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen wordt gewijzigd, wegens hun algemene strekking, de uitsluiting tot gevolg hebben van elke vermindering die kan worden toegepast, met name overeenkomstig artikel 146, § 1, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, wegens samenvoeging met een pensioen dat de werknemer geniet, of overeenkomstig artikel 160, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit volgens hetwelk het bedrag van de dagelijkse werkloosheidsuitkering was vastgesteld op 40 percent in plaats van op 60 percent van het gemiddelde dagloon van een werknemer, met uitzondering van een werknemer gezinshoofd, wanneer hij sedert meer dan één jaar werkloos was;

«Dat sommige verklaringen tijdens de parlementaire voorbereiding volgens welke de woorden 'zonder vermindering' enkel betrekking zouden hebben op de vermindering waarvan sprake in voormeld artikel 160, geen steun vinden in de tekst, waarin geen enkel onderscheid wordt gemaakt, en derhalve niet in aanmerking kunnen worden genomen;

«Dat daaruit volgt dat artikel 7 van het koninklijk besluit tot uitvoering van 27 december 1977, voor zover het voorziet in de toepassing van de vermindering bedoeld in artikel 146 van het koninklijk besluit van 20 december 1963, onverenigbaar is met artikel 73 van de wet van 22 december 1977 en niet kan worden toegepast.»

(Voorzitter: de h. Meeüs — Raadsheer-rapporteur: de h. Closon — Advocaat-generaal: de h. Duchatelet — Advocaten: mrs. Simont en Bützler — In de zaak: Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening t/ E)

NOOT—Art. 74, § 1, van de wet van 22 dec. 1977 werd vervangen bij art. 13 van de Programmawet van 2 juli 1981 (*B.S.*, 8 juli 1981). De woorden «zonder vermindering» zijn weggelaten. Het huidige uitvoeringsbesluit is het K.B. 22 augustus 1979 (*B.S.*, 31 aug. 1979).

Hof van Cassatie (2e Kamer), 7 oktober 1981

Wegverkeer — Kruisen — Art. 15.2 Wegverkeersreglement — Bestuurder die verplicht is te vertragen of te stoppen.

Eiser verwijt aan het bestreden vonnis schending van art. 15.2 Wegverkeersreglement doordat het verweerder vrijspreekt, ofschoon deze wegens een wegversmalling die hij ingereden was, de verplichting had eiser doorgang te verlenen.

«Overwegende dat het vonnis, waar het erop wijst, enerzijds, dat verweerder op de plaats van de botsing goed rechts hield, en anderzijds, dat er rechts van eiser een gelijkgrondse parkeerstrook was die hij mocht volgen, impliciet vaststelt dat verweerder aan zijn linkerkant een voldoende zijdelingse afstand vrij liet en dat bijgevolg de wegenwerken voor hem geen hindernis waren die hem noodzakten te vertragen en, zo nodig, te stoppen om de tegevoetkomende weggebruikers doorgang te verlenen;

«Dat het vonnis aldus de vrijspraak van verweerder die vervolgd werd wegens overtreding van artikel 15.2 van het Wegverkeersreglement, naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Legros — Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit — Advocaat-generaal: de h. Krings — Advocaat: mr. De Bruyn — In de zaak: W. t/C.)

NOOT—Zie Cass., 5 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 266.

Hof Gent (10e Kamer), 19 september 1980

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Huwelijksvermogensstelsels — Verkeersongeval waarvan de echtgenoot het slachtoffer is — Borgtocht van de N.M.B.S. tot zekerheid van de toekomstige schulden van een derde voortspruitende uit onrechtmatige daad — Regresvordering tegen de aansprakelijke echtgenote — Vergoedingen voor medische en farmaceutische kosten en voor louter inkomstenverlies wegens arbeidsongeschiktheid — Gemeenschappelijke inkomsten — Niet verhaalbaar tijdens het wettelijk stelsel.

«1. Door de Nationale Maatschappij van de Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.) werd aan Werner W., haar werknemer, echtgenoot van verweester, een bedrag van 38.381 fr. uitgekeerd, dat voor een deel, te weten 35.371 fr., het loon vertegenwoordigt voor de periode van tijdelijke arbeidsongeschiktheid, en voor het overige deel, te weten 3.510 fr., de uitgaven vertegenwoordigt voor geneeskundige en farmaceutische kosten.

«2. Deze uitkeringen werden verricht overeenkomstig hoofdstuk XIV, «Ongevallen met aansprakelijkheid van derden», van het reglement van het maatschappelijk werk, dat deel uitmaakt van het statuut van het personeel van de N.M.B.S. hetwelk gevolg heeft ten aanzien van derden, en dat bepaalt dat alle bedragen die wegens een ongeval met aansprakelijkheid van derden door de N.M.B.S. betaald

worden aan de getroffene, haar agent, betaald worden door de maatschappij handelende als borg van de dader van het schadegeval, dat die stortingen het karakter hebben van voorschotten die op de dader van het ongeval, hoofdschuldenaar, verhaalbaar zijn en dat dientengevolge de maatschappij zich alle persoonlijke of krachtens in de plaatsstelling ontstane verhaalmiddelen tegen de dader van het ongeval voorbehoudt.

«Het is duidelijk dat deze bepalingen van het maatschappelijk reglement aangemerkt moeten worden als een borgtocht door de N.M.B.S. aangaan tot zekerheid van een gedeelte van de toekomstige schulden van een derde voortspruitende uit misdrijven of oneigenlijke misdrijven, hetgeen rechtsgeldig is, zelfs indien de borgtocht gesteld wordt zonder opdracht van die derde of zelfs buiten zijn weten (Cass., 25 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1074).

«Welnu, overeenkomstig de artikelen 2028 en 2029 B.W. heeft de borg die de schuld van de hoofdschuldenaar betaald heeft een verhaal tegen deze laatste en treedt hij in alle rechten die de schuldeiser had tegen de schuldenaar.

«3. In het onderhavig geval is de schuldeiser, Werner W., de echtgenoot van verweester, daderes van het schadegeval.

«Krachtens artikel 1407 van het Burgerlijk Wetboek zijn de schulden ontstaan uit een strafrechtelijke veroordeling of uit een onrechtmatige daad begaan door een der echtgenoten, eigen schulden. Terecht merkt de burgerlijke partij ook op dat, overeenkomstig artikel 1450 B.W., eigen schuldvorderingen (en niet «schulden» zoals verkeerdelijk door de burgerlijke partij uitgedrukt in haar conclusie) van de ene echtgenoot op de andere verhaald kunnen worden tijdens het wettelijk stelsel op de eigen goederen van de schuldenaar en alleen op die goederen.

«Vergoedingen die voor het herstel van een der echtgenoten, zoals medische en farmaceutische kosten, uitgekeerd worden, vallen zonder enige betwisting in het gemeenschappelijk vermogen daar zij kosten vertegenwoordigen die effectief door het gemeenschappelijk vermogen gedragen worden.

«De vergoeding uitsluitend voor inkomstenverlies wegens arbeidsongeschiktheid (en niet de vergoeding wegens de aantasting van de fysieke integriteit die eigen is) behoort eveneens tot het gemeenschappelijk vermogen (art. 1405, 1, B.W.).

«Daar de schuldvorderingen die als voorwerp hebben vergoedingen voor medische en farmaceutische kosten en voor louter inkomstenverlies wegens arbeidsongeschiktheid, niet behoren tot het eigen vermogen van een van de echtgenoten, kan deze ze dan ook niet verhalen, tijdens het wettelijk stelsel, op de eigen goederen van de andere echtgenoot en zou de rechtsvordering tegen deze laatste tot het verkrijgen van dergelijke vergoedingen niet ontvankelijk zijn.

«Het voorwerp van de vordering van de burgerlijke partij in de onderhavige zaak is nu juist het recupereren op verweester van de aan de echtgenoot van deze laatste gedane voorschotten die medische en farmaceutische kosten en uitbetaald loon vertegenwoordigen.

«Daar de burgerlijke partij die getreden is in alle rechten van de echtgenoot van verweester, maar slechts in die rechten, niet meer rechten kan uitoefenen dan die echtge-

noot zelf, is haar vordering thans dan ook niet ontvanke-
lijk.»

(Voorzitter : de h. Maes — Raadsheren : de hh. Denys en
Casier (rapporteur) — Advocaat-generaal : de h. Colpaert
— Advocaten : mrs. Bruynooghe loco Verschoore en Van
Assche — In de zaak : N.M.B.S. t/ P.)

EUROPEES RECHT

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

Zaak 93/81 — Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeits-
verzekering/ Peter Knoeller (prejudicieel) — *Sociale zeker-
heid: voltooide verzekeringstijdvakken* — 11 maart 1982

Het Belgische Hof van Cassatie heeft een prejudiciële
vraag gesteld over de uitlegging van de artikelen 33 en 34
van verordening nr. 4 van de Raad inzake de sociale zeker-
heid van migrerende werknemers.

Met de vraag wordt beoogd te vernemen of op het for-
mulier E 26, bedoeld in verordening nr. 3 van de Raad,
vermelde gegevens later door middel van andere documen-
ten kunnen worden aangevuld.

Het Hof wijst erop dat de artikelen 33 en 34 van veror-
dening nr. 4 en de door de Administratieve commissie met
betrekking tot het betreffende formulier vastgestelde voor-
schriften moeten worden uitgelegd in het licht van de arti-
kelen 48 tot 51 EEG-Verdrag, die de grondslag en het kader
vormen voor verordeningen op het gebied van de sociale
zekerheid.

Deze artikelen beogen het vrije verkeer van werknemers
binnen de gemeenschappelijke markt te bevorderen door
hen de mogelijkheid te bieden hun rechten geldend te ma-
ken, die zij door hun verblijf in verschillende Lid-Staten
hebben verworven. De aan het formulier E 26 toe te kennen
juridische waarde mag derhalve geen afbreuk doen aan het
nuttig effect van deze artikelen en van de verordeningen
betreffende de rechten van werknemers inzake sociale ze-
kerheid.

Het Hof, uitspraak doende, verklaart voor recht :

«Het formulier bedoeld in artikel 34 van verordening nr.
4 van de Raad van 3 december 1958 kan later door nadere
gegevens worden aangevuld of toegelicht, ook indien die
gegevens niet zijn ingekleed als een rectificatie van het
voordien toegezonden formulier.»

Zaak 129/81 — Fa. Fratelli Fancon/Società Industriale
Agricole Tresse (prejudicieel) — *Tariefindeling* — 11 maart
1982

De Corte Suprema di Cassazione heeft een prejudiciële
vraag gesteld over de uitlegging van artikel 1, lid 2, van
verordening nr. 136/66 van de Raad houdende de totstand-
brenging van een gemeenschappelijke ordening der mark-
ten in de sector oliën en vetten.

Deze vraag is opgeworpen in een geding tussen twee Itali-
aanse ondernemingen, waarvan de ene van de andere meel

van Braziliaanse soja-extract had gekocht, te leveren tussen
eind juli en september 1973. Tussen de sluiting en het begin
van uitvoering van deze overeenkomst stelde de Italiaanse
regering bij wetsbesluit nr. 425 van 24 juli 1973 een prijsre-
geling vast voor ondernemingen van een bepaalde omvang.
In geding is de vraag of de overeenkomst moet worden
uitgevoerd volgens de daarin vervatte voorwaarden dan wel
of deze met het oog op wetsbesluit nr. 425 moeten worden
herzien.

De beantwoording van deze vraag hangt af van de aard
van het betrokken produkt. Immers indien dit onder een
gemeenschappelijke ordening der markten valt, kunnen de
Lid-Staten niet meer door eenzijdig vastgestelde nationale
voorschriften ingrijpen in het prijsvormingsmechanisme
zoals dit uit de gemeenschappelijke ordening voortvloeit.
Deze vaststelling was voor de Corte Suprema di Cassazione
aanleiding, het Hof de vraag voor te leggen «of meel van
soja-extract behoort tot de produkten vermeld in artikel 1,
lid 2, van verordening (EEG) nr. 136/66 van de Raad van
2 september 1966, en inzonderheid in de posten 12.02,
15.07 of 23.04 van het gemeenschappelijk douanetarief.»

Het Hof, uitspraak doende, verklaart voor recht :

«Sojameel moet worden ingedeeld onder post ex 23.04
van het gemeenschappelijk douanetarief en behoort derhal-
ve tot de produkten genoemd in artikel 1, lid 2, van veror-
dening nr. 136/66 van de Raad van 22 september 1966 hou-
dende de totstandbrenging van een gemeenschappelijke or-
dening der markten in de sector oliën en vetten (PB 1966,
blz. 3025).»

Zaak 102/81 — Firma «Nordsee» Deutsche Hochseefische-
rei GmbH/1. Firma Reederei Mond Hochseefischerei
Nordstern AG en Co. KG. 2. Firma Reederei Friedrich
Busse (prejudicieel) — *Bijstand uit het EOGFL voor de
bouw van vissersschepen — Poolovereenkomst* — 23 maart
1982

In een scheidsrechterlijke procedure tussen drie in Bre-
men gevestigde vennootschappen naar Duits recht heeft de
arbiter het Hof twee prejudiciële vragen gesteld over de
uitlegging van artikel 177 EEG-Verdrag en van de verorde-
ningen van de Raad betreffende de bijstand uit de afdeling
Oriëntatie van het EOGFL.

In het kader van een gezamenlijk plan voor de bouw van
13 fabrieksschepen voor de visserij hadden verscheidene
Duitse rederijen in 1973 een overeenkomst gesloten volgens
welke alle bijstand die partijen bij de overeenkomst uit het
EOGFL zouden ontvangen, zo zou worden verdeeld dat elk
schip 1/13 van de totale bijstand zou krijgen.

Uiteindelijk werden slechts 6 van 9 verzoeken om bij-
stand door de Commissie gehonoreerd.

Een van de partijen bij de overeenkomst vorderde van
twee andere partijen betaling van de haar ingevolge de
poolovereenkomst toekomende bedragen.

Dit geschil werd aan een scheidsgerecht voorgelegd, aan-
gezien de overeenkomst van 1973 een clausule bevatte vol-
gens welke bij gebreke van overeenstemming tussen partij-
en in verband met uit de overeenkomst voortvloeiende pro-
blemen, een arbiter moest beslissen met uitsluiting van de
gewone rechter.

In het bodemgeschil betoogden verweersters dat de pool-
overeenkomst nietig was in zoverre zij beoogde met de hulp

van het EOGFL de bouw van schepen te begunstigen, waarvoor de Commissie geen bijstand had toegekend.

Aangezien de arbiter meende dat de geldigheid van de poolovereenkomst naar Duits recht afhing van de vraag of in een dergelijke verdeling van bijstand uit het EOGFL een onregelmatigheid in de zin van de toepasselijke gemeenschapsverordeningen is gelegen, heeft hij het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht.

Toepasselijkheid van artikel 177 EEG-Verdrag

Aangezien het scheidsgerecht dat het Hof heeft geadieerd bij een tussen particulieren gesloten overeenkomst is aangewezen, moet worden onderzocht of het als een rechterlijke instantie van een Lid-Staat in de zin van artikel 177 kan worden beschouwd.

De eerste vraag van het scheidsgerecht luidt als volgt :

«Is een Duits scheidsgerecht dat niet naar billijkheid, doch volgens de wet heeft te beslissen en welks beslissing voor partijen dezelfde werking heeft als een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijke vonnis (§ 1040 ZPO) krachtens artikel 177, tweede alinea, EEG-Verdrag bevoegd het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen om een prejudiciële uitspraak te verzoeken?».

Het is juist dat de functie van het betrokken scheidsgerecht bepaalde overeenkomsten vertoont met de rechterlijke functie in zoverre als de scheidsrechterlijke procedure bij wet is geregeld, de scheidsman volgens wet en recht moet beslissen, en zijn beslissing tussen partijen de werking van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis heeft en een executoriale titel kan opleveren.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat het partijen bij het sluiten van de poolovereenkomst vrij stond zich ter beslechting van tussen hen opgekomen geschillen tot de gewone rechter of tot een scheidsgerecht te wenden door een daartoe strekkend beding in de overeenkomst op te nemen.

In de tweede plaats moet erop worden gewezen dat de Duitse overheid niet betrokken is geweest bij de beslissing de scheidsrechterlijke weg te kiezen en dat zij niet ambts-halve in de scheidsrechterlijke procedure kan ingrijpen.

Hieruit volgt dat de band tussen de onderhavige scheidsrechterlijke procedure en het algemene stelsel van rechtsbescherming in de betrokken Lid-Staat onvoldoende nauw is om de scheidsman als «rechterlijke instantie van een Lid-Staat» in de zin van artikel 177 te kunnen aanmerken.

Mitsdien heeft het Hof zich onbevoegd verklaard.

Zaak 53/81 — D.M. Levin/Staatssecretaris van Justitie (prejudicieel) — *Recht van verblijf* — 23 maart 1982

De Nederlandse Raad van State heeft het Hof een drietal prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging van artikel 48 EEG-Verdrag en van enige bepalingen van communautaire verordeningen en richtlijnen inzake het vrije verkeer van personen binnen de Gemeenschap.

Verzoekster in het hoofdgeding, D.M. Levin, Brits onderdaan en gehuwd met een onderdaan van een derde land, verzocht om een vergunning tot verblijf in Nederland. Deze vergunning werd haar overeenkomstig de Nederlandse wettelijke regeling geweigerd, onder meer omdat zij in Nederland geen beroepswerkzaamheden verrichtte en daarom niet kon worden beschouwd als «begunstigd EEG-onder-

daan» in de zin van die wettelijke bepaling.

Levin verzocht de staatssecretaris van Justitie om herziening van die beschikking. Toen dit verzoek was afgewezen, stelde zij beroep in bij de Raad van State. Zij voerde daarbij aan dat zij in tussentijd in Nederland arbeid in loondienst was gaan verrichten en dat zij en haar echtgenoot in elk geval over meer dan voldoende vermogen en inkomen beschikten om ook zonder arbeid te verrichten in hun onderhoud te voorzien.

De eerste en tweede vraag

De nationale rechter wil in wezen vernemen of de bepalingen van het gemeenschapsrecht betreffende het vrije verkeer van werknemers mede gelden voor een onderdaan van een Lid-Staat, die op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in loondienst verricht, waarmee hij minder inkomen verwerft dan wat volgens de wettelijke regeling van laatstbedoelde staat als bestaansminimum wordt beschouwd.

Meer bepaald wordt gevraagd of zo iemand onder die bepalingen valt, wanneer hij zijn uit arbeid in loondienst verkregen inkomsten tot dat minimum aanvult met andere inkomsten, dan wel genoeg neemt met bestaansmiddelen beneden het minimum.

Volgens artikel 48 EEG-Verdrag wordt binnen de Gemeenschap het vrije verkeer van werknemers tot stand gebracht. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

Hoewel de uit het vrije verkeer van werknemers voortvloeiende rechten, en inzonderheid het recht om het grondgebied van een Lid-Staat te betreden en er te verblijven, dus verbonden zijn met de hoedanigheid van werknemers, respectievelijk van persoon die arbeid in loondienst verricht of wenst te aanvaarden, worden de begrippen «werknemer» en «arbeid in loondienst» in geen enkele met deze materie verband houdende bepaling uitdrukkelijk omschreven.

De Nederlandse en de Deense regering hebben respectievelijk gesteld dat slechts die personen een beroep kunnen doen op artikel 48 EEG-Verdrag, wier loon tenminste gelijk is aan de bestaansmiddelen die door de wettelijke regeling van de Lid-Staat waar zij werken, als noodzakelijk worden beschouwd, of die tenminste zoveel uren werken als voor een volledige dagtaak in de betrokken sector normaal wordt geacht. Nu de communautaire wetgeving ter zake niets bepaalt, zou een beroep moeten worden gedaan op nationale criteria om zowel het minimum loon als het minimum aantal uren te bepalen.

Dit argument kan echter niet worden aanvaard. Zoals het Hof reeds heeft verklaard in zijn arrest van 19 maart 1964 (zaak 75/63, Unger, Jurispr. 1964, blz. 375), kunnen de begrippen «werknemer» en «arbeid in loondienst» niet worden bepaald door verwijzing naar de wetgevingen der Lid-Staten, doch hebben zij een gemeenschapsrechtelijke betekenis.

Zin en strekking van de begrippen «werknemer» en «arbeid in loondienst» moeten derhalve worden verduidelijkt in het licht van de beginselen van de communautaire rechtsorde.

De considerans van verordening nr. 1612/68 bevestigt in algemene bewoordingen het recht van alle werknemers der

Lid-Staten om de arbeid van hun keuze binnen de Gemeenschap te verrichten, om het even of het gaat om vaste werknemers, seizoen- of grensarbeiders dan wel werknemers die werkzaam zijn in het kader van een dienstverrichting.

Bijgevolg moeten de begrippen werknemer en arbeid in loondienst aldus worden verstaan, dat de bepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers mede betrekking hebben op personen die slechts deeltijdarbeid in loondienst verrichten.

Opgemerkt zij echter dat, hoewel deeltijdarbeid niet buiten het toepassingsgebied van de bepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers valt, deze bepalingen slechts gelden voor het verrichten van reële en daadwerkelijke arbeid, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken.

Uit de formulering van het beginsel van het vrije verkeer van personen en uit de plaats van de daartoe betrekkelijke bepalingen in de gehele systematiek van het Verdrag blijkt dat deze bepalingen het vrije verkeer slechts waarborgen aan personen die een bezigheid van economische aard verrichten of wensen te verrichten.

De derde vraag

De derde vraag strekt er in wezen toe te vernemen, of het recht van toegang tot en verblijf op het grondgebied van een Lid-Staat kan worden ontzegd aan een werknemer die met zijn binnenkomst of verblijf hoofdzakelijk andere doeleinden nastreeft dan het verrichten van arbeid in loondienst, zoals in het antwoord op de eerste en tweede vraag omschreven.

Naar de bewoordingen van artikel 48, lid 3, EEG-Verdrag hebben de werknemers het recht zich vrij binnen het grondgebied der Lid-Staten te verplaatsen «teneinde» in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling. Krachtens dezelfde bepaling zijn zij gerechtigd in een der Lid-Staten te verblijven «teneinde» daar een beroep uit te oefenen.

Uit deze formuleringen blijkt echter slechts het aan het beginsel zelf van het vrije verkeer van werknemers inherente vereiste dat op de door het gemeenschapsrecht uit hoofde van deze vrijheid toegekende voordelen slechts een beroep kan worden gedaan door personen die daadwerkelijk arbeid in loondienst verrichten of die dit serieus wensen. Die formuleringen impliceren evenwel niet dat het genot van die vrijheid afhankelijk kan worden gesteld van de doeleinden die door een onderdaan van een Lid-Staat worden nagestreefd bij het vragen van toegang tot of verblijf op het grondgebied van een andere Lid-Staat, zolang hij er arbeid verricht of wenst te verrichten die aan bovenbedoelde criteria voldoet, dat wil zeggen reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst.

Het Hof, uitspraak doende op de gestelde vragen, verklaart voor recht:

«1. De bepalingen van het gemeenschapsrecht betreffende het vrije verkeer van werknemers gelden mede voor een onderdaan van een Lid-Staat, die op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in loondienst verricht waarmee minder inkomen wordt verworven dan in laatstbedoelde Lid-Staat als bestaansminimum wordt beschouwd, onverschillig of de betrokkene zijn uit arbeid in loondienst verkregen inkomsten tot dat minimum aanvult met andere inkomsten dan wel genoegen neemt met bestaansmiddelen

beneden het minimum, zolang hij maar reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst verricht.

2. De mogelijke bedoelingen waarmee een werknemer van een Lid-Staat werk zoekt in een andere Lid-Staat, zijn irrelevant voor zijn recht van toegang tot en verblijf op het grondgebied van laatstgenoemde staat, zolang hij er reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst verricht of wenst te verrichten».

Zaak 79/81 — M. Baccini/Rijksdienst voor Arbeidsvoorzieningen (RVA) (prejudicieel) — *Cumulatie van een werkloosheidsuitkering met een invaliditeitspensioen* — 23 maart 1982

Het Arbeidshof te Bergen heeft het Hof een aantal prejudiciële vragen gesteld over de sociale zekerheid van migrerende werknemers. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen mevrouw Baccini en de RVA.

Baccini, Italiaanse, heeft achtereenvolgens in Italië en in België gewerkt; op 5 juli 1973 kreeg zij in België recht op een invaliditeitspensioen.

Overeenkomstig de communautaire voorschriften heeft het bevoegde Belgische orgaan, de Rijksdienst voor Ziekten en Invaliditeitsverzekering, het Italiaanse bevoegde orgaan INPS daarvan op de hoogte gebracht.

Volgens artikel 40 van verordening nr. 1408/71 is «de door het orgaan van een Lid-Staat genomen beslissing omtrent de toestand van invaliditeit van de aanvrager bindend voor het orgaan van iedere andere betrokken Lid-Staat, mits in bijlage IV is vermeld dat de voorwaarde van de wettelijke regelingen van deze Lid-Staten met betrekking tot de toestand van invaliditeit met elkaar overeenstemmen».

Met ingang van 1 augustus 1974 kende het INPS Baccini een Italiaanse prorata-uitkering uit hoofde van invaliditeitspensioen toe.

Enige tijd later werd Baccini in België weer arbeidsgeschikt verklaard en werd de Belgische invaliditeitsuitkering stopgezet. In plaats daarvan kreeg zij van 28 april 1975 tot en met 4 juni 1975, en vanaf 1 september 1977, een Belgische werkloosheidsuitkering.

De Belgische wetgeving bepaalt dat de werknemer die een uitkering ingevolge een vreemde ziekte- of invaliditeitsverzekering ontvangt wegens een arbeidsongeschiktheid die 50 % of meer bedraagt, geen aanspraak op een werkloosheidsuitkering wegens arbeidsongeschiktheid kan maken.

Op basis van deze voorschriften heeft de RVA Baccini's werkloosheidsuitkering ingetrokken en terugbetaling van de reeds uitgekeerde bedragen gevorderd.

Met de gestelde vragen beoogt de nationale rechter in wezen te vernemen:

— of artikel 51 EEG-Verdrag en de verordeningen nrs. 1408/71 en 574/72 aldus moeten worden uitgelegd dat de weigering, ingevolge de nationale anti-cumulatie bepalingen, een migrerende werknemer een werkloosheidsuitkering toe te kennen in een Lid-Staat waar hij niet langer arbeidsongeschikt wordt geacht op grond dat hij in een andere Lid-Staat een met inachtneming van de communautaire verordening vastgestelde prorata-invaliditeitsuitkering ontvangt, verenigbaar is met de doelstellingen van het Verdrag;

— zo ja, of deze situatie zelf niet het gevolg is van het feit dat een invaliditeitspensioen krachtens verordening nr. 1408/71 is toegekend zodat deze verordening de door artikel 51 EEG-Verdrag gewilde beschermende werking mist en dus strijdig is met de doelstellingen van het EEG-Verdrag.

Op deze vragen heeft het Hof verklaard:

«Artikel 51 EEG-Verdrag, verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, en verordening nr. 574/72 tot vaststelling van de wijze van toepassing van voorgaande verordening, moeten aldus worden uitgelegd dat wanneer, volgens de nationale wettelijke regeling van een Lid-Staat, het recht van een migrerend werknemer op werkloosheidsuitkering afhankelijk is van zijn arbeidsgeschiktheid en de bevoegde instanties van bedoelde Lid-Staat deze arbeidsgeschiktheid hebben erkend, deze instanties de betrokken werknemer niet de werkloosheidsuitkering mogen weigeren op grond dat hij in een andere Lid-Staat een invaliditeitspensioen ontvangt dat volgens de gemeenschappelijke regels door samentelling en proratisering is vastgesteld.»

ERRATA

Dwangsom

In de noot van prof. Storme (kol. 311 van de lopende jaargang) moeten de eerste regels van de voorlaatste alinea als volgt worden gelezen:

«2. Opmerkelijk is bovendien dat het Beneluxhof de toepassing van de dwangsom op de ruimste wijze interpreteert ...»

BERICHTEN

Promotie

Aan de Katholieke Universiteit te Leuven, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, zal op donderdag, 18 november 1982, om 17.00 uur in de Promotiezaal van de Universiteit, Naamse straat 22 te Leuven, mevrouw Katlijn Malfliet, haar proefschrift en de bijgevoegde stellingen verdedigen met het oog op het behalen van de graad van doctor in de rechten.

Het proefschrift handelt over «Persoonlijk eigendomsrecht in de Sovjetunie».

Promotor is professor W. Van Gerven, buitengewoon hoogleeraar aan de Katholieke Universiteit Leuven (Faculteit Rechtsgeleerdheid). Copromotor is professor F. Gorré, hoogleeraar aan de Universitaire Instelling Antwerpen (Departement Rechten) en docent aan de Vrije Universiteit Brussel (Faculteit Rechtsgeleerdheid).

Buitenlandse Francqui-Leerstool aan de Vrije Universiteit Brussel

Aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Brussel werd de Buitenlandse Francqui-Leerstool voor het academiejaar 1982-1983 toegekend.

De organisatie van deze leergang — onder de auspiciën van het Francqui-Fonds — strekt ertoe een buitenlands hoogleeraar in de gelegenheid te stellen het resultaat van zijn oorspronkelijke wetenschappelijke opzoekingen en werkzaamheden aan de universitaire gemeenschap en andere belangstellenden mee te delen.

Professor mr. E.A.A. Luijten, hoogleeraar in het notarieel recht en het privaatrecht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen (Nederland), werd aangewezen om gedurende de maanden november, december en januari de buitenlandse Francqui-Leerstool te bekleeden. Professor mr. E.A.A. Luyten is een eminente wetenschappelijke persoonlijkheid op het vlak van het Nederlands notarieel recht.

In 1947 legde hij het notarieel staatsexamen af, waarna hij als kandidaat-notaris op verscheidene notariskantoren in Nederland werkzaam was. Van 1955 tot 1963 was hij voorzitter van de Afdeling Limburg van de Broederschap der Kandidaat-Notarissen. In dezelfde periode werd hij lector in het notarieel recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen. Sinds 1963 is hij titularis van deze leerstoel in de hoedanigheid van buitengewoon hoogleeraar. In 1964 werd hij benoemd tot notaris met standplaats Heerlen. Intussen promoveerde hij cum laude tot doctor in de rechtsgeleerdheid, zodat zijn leeropdracht uitgebreid werd tot het burgerlijk en notarieel recht.

Van 1971 tot 1979 zat hij de Ring Maastricht der Koninklijke Notariële Broederschap voor.

Professor mr. E.A.A. Luyten heeft tevens waardevolle bijdragen geleverd tot de Nederlandse doctrine. Hij is tot op heden vast medewerker voor de sector huwelijksgoederenrecht bij het bekende Nederlandse tijdschrift *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, een uitgave van de Koninklijke Notariële Broederschap. Anderzijds verschenen van zijn hand in de *Nederlandse Jurisprudentie* talloze annotaties van arresten van de Hoge Raad der Nederlanden. Hij verzorgde bovendien heel wat boekbesprekingen en rechtspraakoverzichten naast meerdere wetenschappelijke artikelen in *Ars Aequi*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* en andere juridische periodieken. Tot zijn voornaamste publikaties behoren: *De ouderlijke boedelverdeling* (1958), *De rechtsvorm der onderneming* (1963), *Handboek Huwelijksvermogensrecht* (1964), *Het nieuwe Personen- en Familierecht* (1970).

In overeenstemming met zijn specialiteit doceert professor mr. E.A.A. Luyten, als titularis van de Buitenlandse Francqui-Leerstool aan de V.U.B. een reeks colleges over: «Het nieuwe Burgerlijk Wetboek in Nederland».

De openingsles heeft plaats op vrijdag 29 oktober 1982 om 15 uur in de aula van de Vrije Universiteit Brussel (lokaal Q A), Pleinlaan 2, 1050 Brussel.

De volgende colleges worden telkens om 15 uur gegeven in lokaal B.301 van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid op 5, 19, 26 november 1982, 3, 10, 17 december 1982, 14, 21 en 28 januari 1983.

Stichting Fernand Lazard

De Stichting Fernand Lazard heeft ten doel aan jongelieden van Belgische nationaliteit die hun universitaire studie hebben geëindigd, bij de aanvang van hun beroepsleven een financiële steun toe te kennen in de vorm van leningen, vrij van intresten.

De interventies van de Stichting Fernand Lazard beogen: 1° het vergemakkelijken van de aankoop van de door het beroep vereiste nieuwe werkbenodigdheden, welke die ook mogen zijn (bijvoorbeeld: instrumentaria, onmisbare boeken, enz.); 2° het ten laste nemen van de installatiekosten van een kantoor, met uitzondering van huurkosten en die van wijzigingen aan onroerende goederen.

Een eerste terugbetaling van de lening zal moeten worden gedaan vanaf het derde jaar, door een erkenningsakte die minstens het tiende vertegenwoordigt van de toegestane lening. De daaropvolgende terugbetalingen zullen jaarlijks moeten worden verricht zodat op het einde van het negende jaar alleen een tiende van de lening nog moet worden terugbetaald; de schuld moet vereffend zijn in tien jaar.

De kandidaten moeten, vóór 1 januari of 1 juni van elk jaar, hun aanvraag richten tot het Secretariaat van de Stichting Fernand Lazard, Egmontstraat 11 te 1050 Brussel.