

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

JURIDISCHE PROBLEMEN ROND ERFELIJKHEIDSVOORLICHTING

1. In dit artikel wordt getracht juridische vraagstukken te belichten die gesteld worden door de spectaculaire vooruitgang die de laatste decennia werd bereikt op het gebied van de erfelijkheid. Dank zij de ontwikkeling van de genetica, de biologie en de biochemie is de mogelijkheid ontstaan genetische afwijkingen vroegtijdig op te sporen en kunnen tijdig maatregelen worden genomen om dergelijke afwijkingen bij de nakomelingen te voorkomen. Centraal in dit proces van opsporing en voorkoming staat de genetische advisering of erfelijkheidsvoorlichting. De belangrijkste juridische problemen houden niet zozeer verband met de advisering als dusdanig, maar wel met het opsporen van de gegevens waarop het uitgebrachte advies steunt, en de maatregelen die na het advies worden genomen. Daarom zullen deze drie elementen van de erfelijkheidsvoorlichting in ruime zin: diagnose, advies en therapie afzonderlijk worden behandeld.

Met het bespreken van juridische problemen rond de erfelijkheidsvoorlichting, zelfs opgevat in ruime zin, is de juridische problematiek die wordt gesteld door de vooruitgang in de genetica zeker niet uitputtend behandeld. Men denke aan DNA-recombinatie, genetic engineering, octrooiering van «zelfontworpen leven» e.d.m. Genoemde onderwerpen bevinden zich echter nog in een experimenteel stadium, terwijl de erfelijkheidsvoorlichting dagelijkse praktijk is geworden. Daarom ook verdient een aparte behandeling aanbeveling.

1. De diagnostiek van erfelijke afwijkingen

1.1. De gegevensverzameling in het licht van het medisch beroepsgeheim

2. De methodes van de genetica voor het opsporen van genetische afwijkingen zijn zowel van individuele als van collectieve aard. Van individuele aard is het onderzoek van pasgeborenen naar phenylketonurie of PKU, en het prenataal onderzoek d.m.v. een amniocentesis¹. In andere geval-

len kan slechts «op grond van nauwkeurige diagnostiek van de betrokkene, aangevuld met gegevens uit de familie en soms van een (zeer tijdrovend) stamboomonderzoek» uitspraak worden gedaan over genetische risico's².

Zowel de individuele als de collectieve diagnostische methodes stellen juridische problemen. Toch liggen deze hoofdzakelijk op het vlak van de collectieve methodes. Het onderzoek van pasgeborenen, het prenataal onderzoek d.m.v. een amniocentesis en andere individueel gerichte onderzoeken zijn te beschouwen als medische handelingen en als dusdanig aan de hiervoor geldende vereisten onderworpen. Pas in de fase dat een beslissing wordt genomen, na het individueel onderzoek, komen belangenconflicten duidelijk aan het licht.

Wordt daarentegen van meer collectief georiënteerde onderzoeksmethodes gebruik gemaakt, dan kunnen belangenconflicten zich reeds tijdens de onderzoeksfase op uitgesproken wijze voordoen. Kenmerkend voor dergelijke methodes is namelijk het gebruik van genetische gegevens van derden.

De vraag is in hoeverre het medisch beroepsgeheim zich verzet tegen dit gebruik.

3. Is de persoon, van wie men genetische gegevens wenst te gebruiken, reeds overleden, dan kan hij uiteraard geen toestemming meer geven. Mag de geneesheer die over deze gegevens beschikt, ze doorgeven aan zijn collega die om een genetisch advies wordt gevraagd? Algemeen wordt aanvaard dat de dood van een patiënt diens geneesheer niet ontslaat van de wettelijke verplichting het beroepsgeheim te eerbiedigen³. Ook de erfgenamen kunnen niet beschikken over het geheim van de overledene⁴. Het meedelen van ge-

² GALJAARD, H., «Erfelijkheidsvoorlichting: een veronachtzaamd facet in de gezondheidszorg», *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid*, 1976, 447.

³ Zie artikel 65 Code van geneeskundige plichtenleer: «De dood van een zieke ontheft de geneesheer niet van zijn beroepsgeheim.»

⁴ Zie voor recente bevestigingen van deze regel in de rechtspraak: Brussel, 7 juni 1979, *Rev. Not. B.*, 1982, 43; Luik 22 jan. 1981, *Jur. Liège*, 1981, 233. Zie voorts artikel 65 Code voor geneeskundige plichtenleer: «De erfgenamen kunnen er hem evenmin van ontslaan of erover beschikken».

¹ Dit is een punctie, door de buikwand van de baarmoeder heen, tot het verkrijgen van amnionvloeistof of vruchtwater: BUYSE, K., «Ethische en legale beschouwingen over prenatale diagnose», *Seksuologische Actualiteiten*, 1982, 20.

netische gegevens van een overleden persoon aan een geneesheer die om genetisch advies werd gevraagd, stoot op juridische bezwaren. Het feit dat dit inmiddels dagelijkse praktijk is geworden in de erfelijkheidsvoorlichting, neemt zulks niet weg. Wat geldt voor het Nederlandse recht gaat ook op voor het Belgische: «Binnen de bestaande theorieën omtrent het geheim in de gezondheidszorg lijkt het amper mogelijk tot bevredigende antwoorden te komen»⁵.

Indien de adviserend geneesheer gebruik wenst te maken van genetische gegevens van een familielid dat nog in leven is, dan is de vraag die hier dient te worden beantwoord, of iemand zijn geneesheer toestemming mag geven medische, met name genetische, gegevens aan een ander geneesheer mee te delen. Zo gesteld, is het antwoord ondubbelzinnig positief op grond van artikel 13 van het K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst. Hoewel het niet met zoveel woorden wordt gezegd, mag toch worden aangenomen dat in dit artikel uitsluitend wordt gedacht aan de situatie waarin een patiënt zijn geneesheer toestemming geeft medische gegevens mee te delen aan een ander geneesheer met het oog op het onderzoek of behandeling van deze zelfde patiënt.

4. De feitenconstellatie in het geval dat hier wordt besproken ziet er echter anders uit. Het gaat hier niet om het uitwisselen tussen twee geneesheren van medische gegevens omtrent een zelfde patiënt, maar wel om de uitwisseling van genetische gegevens van een individu met het oog op de diagnosestelling van een ander individu. Is een dergelijke uitwisseling mogelijk? Uiteraard kan een geneesheer niet op eigen initiatief dergelijke gegevens meedelen zonder het beroepsgeheim te schenden.

Mag de geneesheer deze genetische gegevens meedelen met toestemming van de betrokkene? Dit betreft de vraag of een patiënt zijn geneesheer van het beroepsgeheim mag ontslaan. De Belgische rechtspraak is op enkele uitzonderingen na⁶ van oordeel dat «de geneesheer niet wordt ontheven van het geheim door de omstandigheid dat de zieke zou hebben ingestemd met het verspreiden van de door hem aan de geneesheer gedane confidenties»⁷. Persoonlijk vind ik deze opvatting, in haar algemeenheid, te ver gaan⁸.

Sommigen hebben de verwachting uitgedrukt dat het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap van 10 juni 1980 de absolute opvatting die de Belgische rechtspraak er op nahoudt m.b.t. het beschikkingsrecht van de patiënt, zal doorbreken⁹. Deze verwachting steunt op een onjuiste interpretatie van het arrest van 10

juni 1980. Niet zozeer het beschikkingsrecht van de patiënt over zijn eigen medische gegevens staat hierin centraal, maar wel het inzagerecht van de patiënt in zijn medisch dossier. De voornaamste vraag was of een keurend geneesheer zich op zijn medisch beroepsgeheim kan beroepen om te weigeren aan de gekeurde, en nadien aan de rechtbank, medische gegevens ter beschikking te stellen. Zelfs over deze vraag spreekt het Hof zich niet ten gronde uit. Het beperkt zich ertoe te stellen dat «het feit dat de vertrouwensartsen van de Commissie met een beroep op hun medisch beroepsgeheim elke bruikbare informatie weigeren, tot gevolg heeft dat het Hof de hem opgedragen rechterlijke controle niet kan uitoefenen».

5. Het blijkt dus dat het gebruiken van genetische gegevens van derden voor het uitbrengen van een genetisch advies ook hier op juridische problemen stuit. Zelfs als men aanneemt dat een patiënt zijn toestemming kan geven om een geneesheer van zijn geheim te ontheffen, kunnen zich problemen voordoen omdat de geneesheer niet verplicht is een positief gevolg te geven aan deze toestemming, terwijl uiteraard een patiënt zijn toestemming ook kan weigeren.

Ten einde het verzamelen van genetische gegevens met het oog op erfelijkheidsvoorlichting te vergemakkelijken zijn verschillende oplossingen denkbaar, zoals verplichte aangifte van erfelijke afwijkingen, verplichte screening van pasgeborenen, verplichte keuringen en verplichte bevolkingsonderzoekingen. Dergelijke voorstellen roepen op hun beurt juridische vragen op.

1.2. Aangifte van erfelijke en aangeboren afwijkingen

6. Voordat op de verplichte aangifte verder wordt ingegaan, is het eerst noodzakelijk uitleg te geven over enige begrippen uit de genetica¹⁰. De erfelijke aanleg van een kind wordt bepaald door de combinatie van de erfelijke eigenschappen die in de twee geslachtscellen waaruit het ontstaat, aanwezig zijn. Deze erfelijke eigenschappen liggen vast in de celkern en wel in de chromosomen. Een vrouwelijke geslachtscel heeft 22 plus een X-chromosoom, een mannelijke ofwel 22 plus een X-chromosoom, ofwel 22 plus een Y-chromosoom. In de chromosomen kunnen zich afwijkingen voordoen. Bekend is bv. het Down's syndroom of mongolisme ten gevolge van een extra X-chromosoom.

Het kleinste chromosomaal onderdeel, dat draagster is van één enkele erfelijke eigenschap, noemt men gen. Ieder van ons is drager van genafwijkingen of genmutaties. We merken daar echter meestal niets van omdat elke erfelijke eigenschap dubbel gecodeerd is. Pas wanneer man en vrouw toevallig drager zijn van precies dezelfde genmutatie is er een grote kans (1 op 4 of 25 %) dat ze een kind dat lijdt aan een erfelijke aandoening, ter wereld brengen. Naast deze zgn. recessief-overervende aandoeningen bestaan ook mutaties met een dominant overervingspatroon.

⁵ LEENEN, H.J.J., *Rechten van mensen in de gezondheidszorg. Een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen aan de Rijn, Brussel, Samsom, 1978, 200.

⁶ Zie Rb. Leuven, 5 jan. 1979, *VI. T. Gez.*, 1980-1981, 32-33.

⁷ Cass., 30 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2232.

⁸ Zie mijn opmerkingen bij het cassatiearrest van 30 okt. 1978, «Het geheimzinnig beroep op het geheim van het beroep», *R.W.*, 1978-79, 2604-2606, en voorts ook NYS, H., «Het medisch beroepsgeheim en de aflevering van een geneeskundige verklaring», *VI. T. Gez.*, 1981-1982, 35-38.

⁹ GLANSDORFF, F., en LAGASSE, D., «Le secret médical administratif et ses prolongements», *J.T.*, 1981, 738.

¹⁰ GALJAARD, H., «Erfelijkheidsonderzoek: waar zijn de grenzen?», in *Medische experimenten met mensen. Mogelijkheden en gevaren*, WOLTERS, W.H.G. (ed.), Utrecht, Bohn, Scheltema en Holkema, 1980, 27-30; SPORKEN., *Ethiek en Gezondheidszorg*, Baarn, Ambo, 1979, 122.

Hier leidt een mutatie in één der chromosomen van een paar al tot afwijkingen.

Behalve ziekten die een gevolg zijn van chromosomale afwijkingen en genmutaties, bestaan er ook nog aangeboren misvormingen, zoals hartgebreken, open ruggetje, klompvoet of hazelip die vermoedelijk veroorzaakt worden door een combinatie van erfelijke en uitwendige factoren.

7. Ter rechtvaardiging van een aangifteverplichting voor erfelijke afwijkingen zou men kunnen aanvoeren dat verplichte aangiften in ons recht niet onbekend zijn. Artikel 4, tweede lid, van de besluitwet van 24 januari 1945 betreffende de profylaxe van geslachtsziekten (*B.S.*, 26 januari 1945) verplicht iedere geneesheer een door hem vastgestelde geslachtsziekte te melden bij de gezondheidsinspecteur. Een soortgelijke verplichting bestaat t.a.v. de besmettelijke ziekten (*K.B.* 1 maart 1971 betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten, *B.S.* 23 april 1971).

Het ingrijpen van de Staat in het individueel gedrag is in deze beide gevallen niet ingegeven door het streven de betrokkenen tegen zichzelf te beschermen. De verplichte aangifte is nodig om de bevoegde overheid in staat te stellen de maatregelen te nemen die vereist zijn om de bevolking tegen verdere verspreiding te beschermen. Omdat het gevaar voor anderen concreet is, en omdat effectieve beschermingsmaatregelen kunnen worden genomen, kan een aangifteplicht in beide gevallen verantwoord worden geacht.

Beide elementen: het concrete gevaar en beschermingsmaatregelen ontbreken waar het om erfelijke afwijkingen gaat. Het is dan ook niet verantwoord de wettelijke aangifteverplichting voor besmettelijke en geslachtsziekten als rechtvaardiging in te roepen. Ook wegens de unieke wijze van verspreiding van erfelijke ziekten, nl. via voortplanting, is een aparte benadering noodzakelijk¹¹. Nog een punt van onderscheid is dat de aangifte van erfelijke afwijkingen mede gebeurt in het belang van het wetenschappelijk onderzoek.

Ten slotte dient nog met het volgende rekening te worden gehouden. De verplichte aangifte van besmettelijke en geslachtsziekten is niet gebaseerd op een verplicht, systematisch onderzoek naar deze ziekten bij het geheel van de bevolking, of bij bepaalde bevolkingscategorieën. De aangifte van de ziekte moet slechts gebeuren nadat zij door een geneesheer is vastgesteld tijdens een onderzoek waartoe de betrokkene zelf het initiatief heeft genomen. Het is uiteraard duidelijk dat een verplichte aangifte gekoppeld aan een verplicht onderzoek heel anders dient te worden beoordeeld dan enkel een verplichte aangifte.

8. In België worden wel sedert enige jaren alle pasgeborenen in ziekenhuizen onderzocht naar het voorkomen van erfelijkheidsafwijkingen. Is de uitslag positief, dan worden de gegevens opgeslagen in het nationaal genetisch register. Dit werd opgericht op initiatief van de «Hoge Raad voor de antropogenetica», die zelf werd ingesteld bij *K.B.* 7 novem-

ber 1973 (*B.S.*, 6 december 1973). Die Raad heeft onder meer als taak «de systematische registratie van de erfelijke ziekten en van de embryopathiën in te voeren en voort te zetten» (artikel 2, e).

Het is duidelijk dat de centrale registratie nog eens aparte problemen stelt, naast de verplichte aangifte. De meningen over centrale registratie van genetische gegevens lopen erg uiteen. Sporken acht «de verzameling van eugenetische gegevens in een centrale informatiebank vanuit ethisch oogpunt niet per se onjuist maar wel een aanvechtbare zaak. De individuele privacy kan men weliswaar veilig stellen door het gebruik sterk aan banden te leggen en de betrokkenen daarbij inspraak te verlenen. Het aanvechtbare is veeleer gelegen in het risico, dat er ooit een 'Big Brother' komt, die het dan aanwezige informatiesysteem naar eigen goeddunken zou kunnen gebruiken»¹². Schuyt vreest een koppeling van het nationaal genetisch register met het strafregister en spreekt over «een privacyprobleem in het kwadraat»¹³.

1.3. Genetische keuringen

9. Het typisch kenmerk van keuringen is dat het medisch onderzoek niet plaatsheeft om medische gegevens te verzamelen, maar wel om d.m.v. die gegevens een oordeel te kunnen uitspreken over bv. de geschiktheid van de onderzochte¹⁴.

De vraag die dan rijst, is of een keuring wel een geschikt instrument is om inlichtingen te verzamelen over iemands genetische gegevens. Het feit dat iemand drager is van een genetische afwijking, zegt namelijk niets over zijn geschiktheid om een bepaalde job te vervullen.

Zou de nadruk bij de keuring toch op de gegevensverzameling komen te liggen, en niet op de beoordeling van geschiktheid, dan is er sprake van oneigenlijk gebruik van de keuringsfunctie. De genetische keuring dient dus te worden afgewezen, zowel als de nadruk ligt op de gegevensverzameling (in welk geval de keuringsfunctie oneigenlijk wordt gebruikt), als wanneer het gaat om het beoordelen van een of andere geschiktheid, omdat er tussen het voorkomen van een genetische afwijking en geschiktheid geen verband bestaat.

1.4. Genetic screening

10. Anders dan al of niet wettelijk verplichte keuringen is het verplichte geneeskundig onderzoek in ons recht nogal zeldzaam. Tot voor enige tijd bestond voor schoolgaande kinderen de verplichting zich te onderwerpen aan de tuberculinehuidproef en het radiologisch borstsonderzoek op grote schaal. Een besluit van de Vlaamse executieve van 21 april 1982 (*B.S.*, 26 mei 1982) heeft die verplichting afgeschaft voor de Vlaamse Gemeenschap.

De rechtsgrond voor een dergelijke maatregel dient te worden gezocht in het zogenaamde schadebeginsel. De per-

¹¹ REILLY, Ph., «Genetic screening legislation», in *Advances in human genetics*, HARRIS, H., en HIRSCHHORN, K. (ed.), New York-London, Plenum Press, 1975, 325-326. In dezelfde zin, TWISS S.B., «Problems of social justice in applied human genetics, in *Genetic counseling: facts, values and norms*, CAPRON, A.M. (ed.), New York, Alan R. Liss, 1979, 263.

¹² SPORKEN, o.c., 124.

¹³ SCHUYT, C.J.M., «Veroordeeld tot criminaliteit?», *N.J.B.*, 1978, 396.

¹⁴ DE JONG, N., en LEUFTINK, A., «De rechtspositie van de keurling», *Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, 1978, 3.

soonlijke vrijheid mag worden ingeperkt als daardoor schade aan derden wordt voorkomen. Het Hof te Luik heeft onlangs deze zienswijze bevestigd in een geval van weigering van de tuberculinetest¹⁵.

De verenigbaarheid van de verplichte tuberculinetest met artikel 8 E.V.R.M. wordt door het hof aanvaard met een beroep op lid 2 van hetzelfde artikel.

Het hof beroept zich bovendien ten onrechte op een arrest van het Hof van Cassatie, waarin dit laatste de verplichte bloedproef billijkt voor gewetensbezwaarden¹⁶. Deze bloedproef maakt deel uit van de keuring van dienstplichtigen. Een dergelijke keuring, waarbij de beoordeling van de geschiktheid voor het vervullen van een of andere taak toch centraal staat, mag niet worden verward met een verplicht medisch onderzoek, waar het accent op de gegevensverzameling en de diagnosestelling zelf ligt.

Ook de verplichte bloedmonsterneming in het kader van de verkeerswetgeving kan bezwaarlijk als een voorbeeld van verplicht medisch onderzoek worden beschouwd. Het betreft hier een technisch middel om te bewijzen dat een misdrijf, het zgn. promillemisdrif of intoxicatiemisdrif werd begaan¹⁷.

Hier rijst de vraag of verplicht genetisch onderzoek rechtens geoorloofd kan zijn. Tot nu toe beschikt men nog niet over een eenvoudige, betrouwbare en snelle techniek voor het massaal onderzoeken van substantiële delen van de bevolking op genetische afwijkingen¹⁸. Dit betekent dat men is aangewezen op meer individu-gerichte onderzoeksmethodes, nl. screening van toekomstige echtparen, prenatale screening en screening van pasgeborenen.

1.4.1. Voorhuwelijksonderzoek

11. Het screenen van toekomstige echtparen, of voorhuwelijks onderzoek, is in sommige landen verplicht (bv. artikel 63 van het Franse Burgerlijk Wetboek). Uit recente onderrichtingen blijkt dat het onderzoek vooral is bedoeld om syfilis op te sporen, en om de immuniteit van de vrouw voor rubella en toxoplasmose te bepalen¹⁹.

In de Verenigde Staten daarentegen hebben talrijke Staten een prenuptiaal bloedonderzoek naar sicklecell anemia, een erfelijke ziekte die vooral onder de zwarte bevolking voorkomt, verplicht gesteld²⁰. Een voorhuwelijks onderzoek naar het dragerschap van erfelijke afwijkingen, ten einde de geboorte van kinderen met erfelijke ziekten te voorkomen, stuit overigens op praktische bezwaren. Zo bv. het feit dat vrouwen soms zwanger zijn vóór ze huwen, en de geboorte van kinderen buiten het huwelijk. Er zijn ook juridische bezwaren verbonden aan een verplicht voorhuwelijks onderzoek. Met name de eventuele sanctie roept vervelende vragen op. Wat als blijkt dat man en vrouw

drager zijn van een zelfde genmutatie? Volgt dan een huwelijksverbod, een procreatieverbod, of een verplicht onderzoek op de eventuele foetus? Bij het ontdekken van syfilis kan eventueel worden volstaan met een tijdelijk huwelijks- of procreatieverbod, totdat de ziekte is verdwenen. Bij het dragen van erfelijke afwijking is van ziekte of behandeling echter geen sprake.

1.4.2. Prenataal onderzoek

12. Voor het onderzoek van de foetus is een techniek ontwikkeld die zowel betrouwbaar als weinig riskant wordt genoemd, nl. de amniocentesis. Is deze diagnostische techniek juridisch toelaatbaar? Volgens sommigen zou een amniocentesis onwettig zijn indien ze wordt uitgevoerd onder de voorwaarde dat een abortus wordt verricht op de aangestaste foetus²¹. In het beginstadium werd deze techniek inderdaad slechts uitgevoerd bij vrouwen die eventueel met een abortus zouden instemmen. Dat is nu niet meer het geval²². Derhalve mag bij de beoordeling van de wettigheid van amniocentesis geen rekening worden gehouden met de onwettigheid van een maatregel waartoe eventueel wordt besloten na de amniocentesis. Men kan zich op het standpunt stellen dat een (medische) handeling slechts onwettig is als zij uitdrukkelijk door de wetgever is verboden, zoals bv. abortus provocatus. In dit geval is de amniocentesis zonder twijfel een wettige medische handeling. Veel verspreid is de mening dat handelingen, verricht door een geneesheer, niet onwettig zijn als zij aan de volgende voorwaarden voldoen: er moet een curatief of diagnostisch doel zijn; de patiënt moet, na toereikende en begrijpelijke informatie, zijn vrije toestemming hebben gegeven; er moet een voldoende belang zijn en de geneesheer mag geen professionele fout begaan²³. In verband met de informatieplicht van de geneesheer kan men de vraag stellen naar de reikwijdte. Moet de geneesheer de vrouw (het echtpaar) vooraf reeds wijzen op de mogelijkheid dat de foetus erfelijke afwijkingen vertoont? In welke mate moet, en mag, worden gewezen op eventuele oplossingen als abortus, opvang in een instelling e.d.? Het probleem hangt samen met een andere voorwaarde voor de immuniteit van de geneesheer, nl. dat er «voldoende belang» moet zijn bij het uitvoeren van de handeling. Als men nl. aanneemt dat amniocentesis slechts mag worden uitgevoerd in geval van een riskante zwangerschap (bv. als reeds een kind met een erfelijke ziekte werd geboren), dan doet dit informatieprobleem zich uiteraard anders voor. Voor sommigen is amniocentesis echter ook geïndiceerd als er geen duidelijk aanwijsbare risico's voor genetische afwijkingen zijn, bv. om angst bij de vrouw weg te nemen, of om het mogelijk te maken het geslacht van de foetus te bepalen²⁴. Is er in dit geval van «voldoende belang», en «diagnostisch doel» überhaupt nog sprake?

¹⁵ Luik, 10 febr. 1982, *J.T.*, 1982, 481.

¹⁶ Cass., 4 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 839, *J.T.*, 1977, 554.

¹⁷ HUTSEBAUT, F., «Glaasje op ... laat je rijden. Over de ademtest en de bloedproef in het Belgisch recht», *Panopticon*, 1981, 309-334.

¹⁸ REILLY, Ph., *Genetics, law and social policy*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 60.

¹⁹ *Revue de droit sanitaire*, 1978, 318-319.

²⁰ REILLY, o.c., 62.

²¹ BAUDOUIN, J.L., «L'impact juridique des recommandations de Hastings», in *Le diagnostic prénatal*, Québec, La presse de l'Université Laval, 1980, 103-104.

²² BUYSE, o.c., 22.

²³ ARNOU, P., «De strafrechtelijke immuniteit van de medicus: grondslag en grenzen», *Iura Falconis*, 1979-1980, 434.

²⁴ FLETCHER, J., «Prenatal diagnosis, selective abortion and the ethics of withholding treatment from the defective newborn», in *Genetic counseling: facts, values and norms*, o.c., 241.

13. Ten slotte is er het probleem van de *verplichte* prenatale diagnose.

Er zijn uit de literatuur wel voorbeelden bekend van wettelijk verplicht prenuptiaal onderzoek, en wettelijk verplichte screening van pasgeborenen, maar niet van wettelijk verplichte prenatale diagnose. Rekening houdend met de praktische en juridische bezwaren die zo'n verplichting oproept, is dat niet verbazingwekkend. Toch moet ernstig rekening worden gehouden met de kans dat een buitenwettelijke everplichting tot prenatale diagnose zich ontwikkelt.

Tegenover het recht op procreatie staat de verplichting «zich in te spannen dat een redelijk welgeschapen mens ontstaat en handelingen na te laten, welke redelijkerwijze een nadelig gevolg voor de vrucht hebben»²⁵. Tot deze inspanningsverplichting behoort het beroep doen op de aanwezige voorzieningen voor prenatale diagnose, zeker indien er aanwijzingen voor een riskante zwangerschap bestaan²⁶.

1.4.3. Neonataal onderzoek

14. In de Verenigde Staten bestaat in vrijwel alle Staten een verplichte screening van pasgeborenen naar phenylketonurie (P.K.U.)²⁷. Dit onderzoek is het meest te vergelijken met verplicht onderzoek zoals de tuberculinetest. P.K.U. is namelijk een ziekte, die ongeveer bij 1 op 12.000 pasgeborenen voorkomt, en die gepaard gaat met ernstige lichamelijke en geestelijke invaliditeit. Bovendien is P.K.U. behandelbaar: door het vroegtijdig volgen van een speciaal dieet kan deze invaliditeit worden voorkomen. Voorts is de inbreuk op de lichamelijke integriteit zoals bij de tuberculinetest, van relatief beperkte aard, nl. het nemen van een druppel bloed, en weinig riskant. Dat alles heeft het verplichte P.K.U.-onderzoek tot de minst bekritiseerde van alle verplichte genetische onderzoeken gemaakt. Daarbij heeft ook het kostenelement een belangrijke rol gespeeld²⁸.

Bij dit soort onderzoek rijst de vraag of het geoorloofd is te screenen naar niet behandelbare ziekten. Leenen vindt dat screening slechts mag gebeuren voor afwijkingen waarvoor een therapie beschikbaar is²⁹. Galjaard ziet in een dergelijke screening zowel voordelen (tijdige informatie over een verhoogd genetisch risico) als nadelen (het besef dat het kind lijdt aan een ziekte en dat hiertegen niets kan worden gedaan)³⁰. Bij het beantwoorden van de vraag is van belang wat onder therapie wordt verstaan. Therapie kan ook ruim worden opgevat, nl. als het voorkomen van de geboorte

van lijdens aan een genetische ziekte. In die richting gaat ook de opvatting van Leenen³¹. De vraag is dan niet meer of de screening verantwoord is, maar de therapie. Ook in België bestaat de neiging om de beslissing over het onderzoek en de therapie van elkaar te scheiden. Aldus bv. ook Buyse³².

2. Erfelijkheidsvoorlichting

15. Als uitgangspunt kan gelden dat gezondheidsrechtelijk het genetisch advies niet op principiële wijze verschilt van ander medisch advies. Toch kunnen bij genetische advisering problemen rijzen, die zich elders minder voordoen.

Een van de belangrijkste vraagstukken in dit verband betreft de vraag aan wie de verzamelde genetische inlichtingen mogen, eventueel moeten, worden meegedeeld.

2.1. De genetische informatieplicht

16. De eerste die uiteraard voor mededeling in aanmerking komt is de adviesvragers zelf. De geneticus kan niet het medisch beroepsgeheim inroepen om de mededeling van bepaalde gegevens te weigeren. Het beroepsgeheim geldt nl. niet tegenover de patiënt zelf. Iets anders is het dat de geneesheer gerechtigd kan zijn bepaalde inlichtingen niet onmiddellijk aan de patiënt door te geven in het belang zelf van die patiënt. Dat is door de rechtspraak aanvaard³³ en ook door de deontologie³⁴. Gaat de analogie tussen de medische voorlichting in het algemeen, en genetische voorlichting, zover dat het achterhouden van genetische inlichtingen geoorloofd kan zijn?

Reilly meent van niet. De rechtspraak aanvaardt de beperking van de medische informatieplicht om te beletten dat de patiënt een behandeling zou weigeren. Is geen behandeling mogelijk, dan is er geen grond voor zo'n beperking. Voor anderen is het ontbreken van een behandeling juist een reden om tot een minder ruime informatieplicht te besluiten. Aldus bv. Leenen³⁵. Het onderscheid tussen informatie na verplicht en vrijwillig onderzoek is hierbij niet erg relevant. Het is de vraag of de vrijwillige medewerking wel had kunnen worden verkregen indien men vooraf geweten had dat er eventueel niet behandelbare afwijkingen aan het licht zouden komen. Zo bekeken is er naar mijn mening een grotere analogie tussen medische en genetische voorlichting dan Reilly vooropstelt. Zoals soms de toestemming voor een operatieve ingreep slechts kan worden verkregen door bepaalde informatie i.v.m. de risico's of de consequenties van de ingreep achter te houden, zo zal soms de toestemming voor genetische screening maar kunnen worden verkregen als over de mogelijkheid dat niet-behandelbare afwijkingen kunnen worden gevonden, wordt gezweigd. Aanvaardt men het stilzwijgen in dit geval, dan lijkt het aanvaardbaar dat achteraf een niet behandelbare afwijking wordt verzweigd.

²⁵ LEENEN, o.c., 68.

²⁶ SPORKEN, P., «Problemen rond procreatie», in *Welzijnsgids*, afl. 10, 4.

²⁷ Zie voor een kritische bespreking hiervan, BESSMAN, S.P., en SWAZEY, J.P., «Phenylketonuria: a study of biomedical legislation, in *Human aspects of biomedical innovations*, Mendelsohn, E. (ed.), Massachusetts, Harvard University Press, 1971, 49-76.

²⁸ GALJAARD, «Erfelijkheidsonderzoek: waar zijn de grenzen», o.c., 40.

²⁹ LEENEN, o.c., 70.

³⁰ GALJAARD, «Erfelijkheidsonderzoek: waar zijn de grenzen», o.c., 41.

³¹ LEENEN, o.c., 70.

³² BUYSE, o.c., 22.

³³ Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132.

³⁴ Zie artikel 33 Code van geneeskundige plichtenleer.

³⁵ LEENEN, o.c., 70.

17. Een andere problematiek, zij het dat de gelijkenis groot is, betreft de vraag of, als een ziekte toch wordt meegedeeld, ook al is zij niet behandelbaar, op het erfelijk karakter ervan moet worden gewezen. Klassiek is het voorbeeld van de huisarts van een echtpaar dat een kind krijgt met spierdystrofie, type Duchenne. De huisarts licht deze mensen in over het ongeneeslijk en invaliderend karakter van de ziekte. Hij verzuimt echter mee te delen dat het om een erfelijke ziekte gaat en dat er een groot risico bestaat van herhaling bij een volgend kind. Het volgende kind heeft inderdaad dezelfde ziekte. In dit verband zegt Dekkers dat de patiënt t.o.v. de huisarts doorgaans zal mogen vertrouwen dat deze zal waarschuwen als zich een situatie voordoet, die op een ernstig verhoogd erfelijkheidsrisico wijst. Wanneer een kind geboren wordt met een aangeboren, evident erfelijke afwijking, zal de huisarts doorgaans voor herhaling dienen te waarschuwen. Ook ongevraagd³⁶.

2.2. Genetische informatie over derden, en aan derden

18. Een volgende vraag in verband met de inhoud van het genetisch advies is of hierin gegevens mogen worden verwerkt die betrekking hebben op derden. Het recht op geheimhouding van de derde staat tegenover het recht op volledige informatie van de adviesvrager. Als deze volledige informatie slechts kan worden gegeven mits het geheim van een derde wordt doorbroken, dan wordt men geconfronteerd met een probleem waarvoor ons recht geen oplossing biedt³⁷.

Problematischer, vooral in de praktijk, is of de inhoud van een erfelijkheidsadvies aan belanghebbende derden, met name vooral familieleden, mag worden meegedeeld. Enigszins vergelijkbaar hiermee is het klassieke geval van de wantrouwige schoonfamilie die aan de geneesheer van de toekomstige schoonzoon of -dochter inlichtingen vraagt over diens gezondheidstoestand, onder meer op erfelijk gebied. Savatier is van mening dat een geneesheer zijn beroepsgeheim niet schendt door deze inlichtingen te geven³⁸. Ryckmans stelt zich daarentegen aarzelend op³⁹.

Als regel geldt dat een geneesheer het beroepsgeheim slechts mag doorbreken met toestemming van de patiënt, maar als een «dreigend gevaar» kan worden voorkomen — denk aan de epileptische treinbestuurder — is de schending van het geheim toelaatbaar. Is de geboorte van een kind met een erfelijke afwijking zo'n dreigend gevaar? Is het huwelijk van een vrouw die draagster is van spierdystrofie, type Duchenne, zo'n dreigend gevaar? En welke mogelijkheden bestaan er om dit dreigend gevaar te voorkomen? Men heeft wel eens voorgesteld dat de genetische adviseur vooraf de adviesvrager op de hoogte brengt van zijn voorname eventueel de familieleden in te lichten over een genetische afwijking⁴⁰. De vraag is of op die manier de advies-

vrager niet al te zeer onder druk wordt gezet. Ook krijgt een dergelijk genetisch onderzoek meer het karakter van een keuring, verricht in het belang van derden. Voorts kan men nog opwerpen dat partijen niet van tevoren over het beroepsgeheim kunnen beschikken, zodat een dergelijke «afpraak» weinig waarde heeft.

2.3. Het «bindend» genetisch advies

19. Ten slotte kan enige aandacht worden gegeven aan het bindende genetisch advies. Uiteraard is dan van een advies geen sprake meer. Men heeft dan te maken met een verplichte maatregel, waarop in de volgende paragraaf zal worden ingegaan. In de literatuur is uitvoerig gediscussieerd hoever een genetisch adviseur kan gaan in het begeleiden van de adviesaanvrager⁴¹. Men is het er wel over eens dat «genetic counseling» meer is dan louter adviseren, en ook begeleiding inhoudt. Begeleiding kan omslaan in gedragsmanipulatie. Het is niet eenvoudig om vast te stellen wanneer dit punt is bereikt, en er kunnen daarover ook geen algemene uitspraken worden gedaan. Anderzijds zal het vermogen van mensen om in dergelijke situaties van grote onzekerheid op zelfstandige wijze beslissingen te nemen niet moeten worden overschat.

3. De «therapeutische fase»: maatregelen na de erfelijkheidsvoorlichting

20. Welke maatregelen zijn juridisch geoorloofd wanneer uit het genetisch advies blijkt dat een al dan niet verwekt kind met grote kans op waarschijnlijkheid genetische afwijkingen zal vertonen? En wie is het die de beslissing over de maatregel die geboden is, neemt? Om met het laatste te beginnen: gezondheidsrechtelijk ligt de beslissing over wat er na een genetisch advies dient te gebeuren bij de adviesaanvrager(s) zelf. Dat is een regel die uit het zelfbeschikkingsrecht voortvloeit, maar die ook kan worden gebaseerd op het medisch beroepsgeheim. In beginsel zijn namelijk slechts de genetisch adviseur en diens team en de adviesvrager(s) op de hoogte van de inhoud van het advies. Dit maakt het feitelijk voor derden onmogelijk te interfereren in de te nemen beslissing. Bemoeienis van derden, bv. de overheid, met de maatregelen die worden genomen na een genetisch advies, kan dan ook in het algemeen niet los worden gezien van verplichte aangifte van afwijkingen e.d. (zie hierboven). Welke mogelijke maatregelen staan open als uit het genetisch advies een ernstig risico voor een genetische afwijking blijkt? Laten we het geval nemen van het nog niet verwekte kind.

21. Een eerste mogelijkheid is dat besloten wordt geen kinderen te hebben. Juridisch valt hiertegen niets in te brengen. De beslissing geen kinderen te hebben kan worden genomen in een ruimer kader, waardoor juridisch wel vragen kunnen worden opgeroepen. Men denke aan sterilisatie, feitelijke scheiding of echtscheiding, adoptie, gastmoe-

³⁶ DEKKERS, F., «Juridische aspecten van erfelijkheidsvoorlichting», *Huisarts en Wetenschap*, 1981, 18-19.

³⁷ LEENEN, o.c., 69.

³⁸ SAVATIER, R., *Traité de droit médical*, Parijs, Librairies Techniques, 1956, 283.

³⁹ RYCKMANS, X., en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, I, Brussel, Larcier, 1972, 130.

⁴⁰ CAPRON, A.M., «Autonomy, confidentiality and quality in genetic counseling», in *Genetic counseling: facts, values and norms*, o.c., 325.

⁴¹ Zie onder meer CAPRON, o.c., 319; REILLY, o.c., 156-162; WALTZ, J.A., en THIGPEN, C.R., «Genetic screening and counseling: the legal and ethical issues», *Northwestern University Law Review*, 1973, 733-736.

derschap, K.I.D., in vitro inseminatie⁴² e.d. Gezondheidsrechtelijk stellen al die maatregelen overigens niet zo belangrijke problemen. Er is wel eens gesuggereerd dat de overheid echtparen in een dergelijke situatie een extra steuntje in de rug zou kunnen geven door zgn. «economic coercion»; bv. belastingvoordelen als beslist wordt af te zien van een kind met groot risico op erfelijke afwijkingen⁴³, of voorrang bij het adopteren van een kind. Hoe redelijk al die voorstellen ook klinken, zij vertonen het gevaar dat ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend bij het nemen van de beslissing, of dat het eugenetisch motief van de beslissing een publiek geheim wordt.

22. De andere mogelijkheid is dat het echtpaar beslist toch een kind te verwekken. Positiefrechtelijk kan ook op deze beslissing niets worden aangemerkt. Het huwelijksverbod van de artt. 161-163 B.W. en de minimumhuwelijksleeftijd van art. 144 B.W. zijn geen argumenten om beperkingen te stellen aan het procreatierecht. Toch kan de vraag worden gesteld of er goede gronden zijn te bedenken op basis waarvan de overheid zich met deze beslissing kan bemoeien.

Theoretisch zijn er twee interferentiemogelijkheden: ofwel een voortplantingsverbod, ofwel een gebod, nl. een sterilisatieverplichting.

Ten einde beide mogelijkheden te beoordelen is het wellicht nuttig iets dieper in te gaan op andere gevallen van zgn. «verplichte gezondheidszorg».

23. Bekijken we globaal de overheidsmaatregelen die worden genomen om de gezondheid van de burgers te vrijwaren, te beschermen en eventueel te herstellen, dan kunnen hierin drie categorieën worden onderscheiden:

— Verbodende bepalingen, die handelingen verbieden welke de gezondheid van zichzelf of van anderen kunnen schaden.

— Gebodsbepalingen, die voorschrijven wat moet worden gedaan om de gezondheid van zichzelf of van anderen te beschermen.

— Bepalingen waardoor voorzieningen ter beschikking worden gesteld van het individu of van bevolkingscategorieën met het oog op bescherming, vrijwaring en herstel van de gezondheid.

Verbodsbepalingen ten einde de eigen gezondheid te beschermen, komen zelden voor en zijn veeleer van oudere datum. Dat dergelijke paternalistische verbodsbepalingen vrij zeldzaam zijn, is goed verklaarbaar omdat zij een niet geringe inbreuk op de privacy en de integriteit van het individu met zich brengen. Daarom wordt veel meer gebruik gemaakt van verbodsbepalingen ter bescherming van de gezondheid op basis van het schadebeginsel. Deze verbodsbepalingen zijn politiek veel meer haalbaar, omdat zij niet rechtstreeks op het gedrag inwerken.

24. Gebiedende bepalingen ter beveiliging en bescherming van de eigen gezondheid zijn eerder van recente datum.

De twee meest recente paternalistische gebodsbepalingen zijn de draagplicht van helm en gordel⁴⁴. Of zo'n maatregel in concreto aanvaardbaar is hangt uiteindelijk af van de wettelijke en/of feitelijke ontsnappingsmogelijkheden. Bij wettelijke ontsnappingsmogelijkheden denkt men dan aan gewetensbezwaarclausules, vrijstelling op medische grond e.d. Bij feitelijke ontsnappingsmogelijkheden gaat het erom dat iemand zich feitelijk kan onttrekken aan de verplichting, zij het op risico van bestraffing van zijn handelen. Het recht om de wet te overtreden en terecht te staan is essentieel in een democratische samenleving. Om deze reden moet massamedicatie, zoals bv. fluoridering van het drinkwater, op principieel andere wijze worden beoordeeld dan de gordelplicht, of de inentingsplicht. Immers, aan het drinken van geïsoleerd leidingwater kan men zich in redelijkheid niet onttrekken⁴⁵.

Ook de vierde categorie, nl. gebiedende bepalingen gebaseerd op het schadebeginsel: het beschermen van de gezondheid van anderen, komt voor. Men denke bv. aan de wettelijk voorgeschreven behandelingsplicht van geslachtsziekten, en van sommige besmettelijke ziekten.

25. Uit dit zeer korte overzicht van dwingende overheidsbepalingen ter bescherming van de gezondheid kunnen twee basiscategorieën worden afgeleid: de verbodsbepalingen om zichzelf en vooral anderen in een voor de gezondheid gevaarlijke positie te brengen (a), en de bepalingen die voorschrijven in een voor de gezondheid gevaarlijke situatie (bv. het rijden met een wagen, het lijden aan een besmettelijke ziekte e.a.) verplichtingen in acht te nemen die het gevaar voor de eigen gezondheid en/of die van anderen kunnen verminderen of voorkomen (b).

Kan de analogie worden ingeroepen om bepalingen die betrekking hebben op de bescherming van de gezondheid van het erfelijke materiaal, uit te vaardigen? M.i. tot op zekere hoogte wel.

Bepalingen waarbij wordt verboden gevaarlijke situaties te creëren die de gezondheid van het erfelijk materiaal kunnen aantasten, zijn zeer goed denkbaar en aanvaardbaar. Denk bv. aan een verbod van blootstelling aan externe factoren (stralen, geneesmiddelen) die schadelijke invloeden kunnen hebben op het erfelijk materiaal. Het verbod kan zich zowel richten op de betrokkene zelf als op de producent van de schadelijke factoren. In dezelfde gedachten-gang ligt het verbieden van experimenten die schadelijke invloed kunnen hebben op het erfelijk materiaal. In dezelfde lijn liggen ook bepalingen welke verbieden dat gevaarlijke situaties worden geschapen die de gezondheid van (het erfelijk materiaal van) een vrucht bedreigen.

Wat de tweede categorie betreft, is het denkbaar dat voorschriften worden uitgevaardigd om de schadelijke gevolgen van voor het erfelijk materiaal gevaarlijke situaties zoveel mogelijk in te dijken.

⁴² Zie i.v.m. K.I.D., GULDIX, E., «Artificiële afstamming of het recht in gebreke», *VI. T. Gez.*, 1980-1981, afl. 4, 2-32, en i.v.m. in vitro inseminatie, SENAEVE, P., «Het juridisch statuut van het na buitenlichamelijke bevruchting en/of na embryotransplantatie geboren kind», te verschijnen in *VI. T. Gez.*, 1982-1983.

⁴³ TWISS, o.c., 267.

⁴⁴ LEMMENS, P., «De veiligheidsgordel en het recht op eerbiediging van het privé-leven», *R. W.*, 1979-80, 837-846.

⁴⁵ CARTIGNY, G.J.M., «Paternalisme in het recht — de fluorideringszaak», *Beleid en Maatschappij*, 1977, 201.

26. Hier houdt echter de analogie op. Een voor de gezondheid en het erfelijk materiaal gevaarlijke situatie kan niet alleen door externe factoren worden veroorzaakt, maar ook door fouten in het erfelijk materiaal van (één van) de ouders. Die situatie verschilt grondig van al de voorgaande. Externe factoren die het erfelijk materiaal bedreigen zijn in belangrijke mate vermijdbaar, terwijl het erfelijk materiaal van de ouders een gegevenheid is, waarvoor men zelf geen verantwoordelijkheid draagt. Van vermijdbaarheid is hier geen sprake. Men kan opwerpen dat de gevolgen: een kind met afwijkingen, toch vermijdbaar zijn. Maar in de bestaande verbods- en gebodsbepalingen gaat het niet om het vermijden van de gevolgen van een gevaarlijke situatie, wel om het vermijden van de schadelijke factoren zelf (wat hier dus niet kan) of om het verzachten van de gevolgen van deze schadelijke factoren (wat hier evenmin kan: slechts de gevolgen zelf kunnen worden vermeden).

Het analogisch aanvoeren van bestaande vormen van zgn. verplichte of opgedrongen gezondheidszorg gaat dus niet op, om gebiedende of verbiedende overheidsmaatregelen i.v.m. het procreatierecht te motiveren.

27. Soms is het pas mogelijk het risico vast te stellen bij de foetus, na de conceptie. Ook dan rijst weer de vraag naar de maatregelen die kunnen worden genomen. De vraag of abortus mag na een amniocentesis waarbij blijkt dat de foetus ernstige genetische afwijkingen vertoont, is maatschappelijk reeds positief beantwoord. Voor het dwingend opleggen van een dergelijke maatregel door de overheid kan echter geen deugdelijke grond worden gevonden.

Dr. Herman NYS
aangesteld navorser NFWO
afdeling burgerlijk recht K.U.Leuven

RECHTSPRAAK

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

31 MAART 1982

Voorzitter: de h. Mertens de Wilmars
Advocaat-generaal: de h. Reischl
Advocaten: mrs. Materne en De Bruyn

Europese Gemeenschappen — Alcohol — Verbod van verbruik en verkoop van ter plaatse te verbruiken sterke dranken in alle voor het publiek toegankelijke plaatsen — Niet in strijd met art. 30 EEG-Verdrag.

Het begrip maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen in art. 30 EEG-Verdrag moet aldus worden verstaan, dat onder het in deze bepaling vervatte verbod niet valt een nationale maatregel die zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde producten en waarbij wordt verboden het verbruiken, verkopen en aanbieden, zelfs kosteloos, van ter plaatse te verbruiken sterke dranken met een bepaald alcoholgehalte in alle voor het publiek toegankelijke plaatsen, alsmede het voorhanden hebben van dergelijke dranken zowel in de lokalen waarin de verbruikers toegelaten worden, als in de overige gedeelten der inrichting en in de belendende woning, voor zover dit verbod een accessoir is van het verbod van verbruik ter plaatse.

B. t/ Belgische Staat

1. Bij arrest van 18 maart 1981, ingekomen ter griffie van het Hof op 7 april 1981, heeft het Belgische Hof van Cassatie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag het Hof twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 30 en 36 EEG-Verdrag, om te kunnen beoordelen of enkele bepalingen van de Belgische wet van 29 augustus

1919 «op het regiem van den alcohol» verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

2. Deze vragen zijn gerezen in het kader van een door de Belgische overheid ingestelde strafvervolgning tegen een restauranthouder, ter zake dat deze, in strijd met de artikelen 1, 2 en 14 van voornoemde wet, als verkoper van ter plaatse te gebruiken dranken, in zijn inrichting dranken voorhanden had en verstrekke waarvan het alcoholgehalte hoger is dan 22° bij een temperatuur van 15°C.

3. Zowel voor het Hof van Cassatie als in zijn bij het Hof van Justitie ingediende opmerkingen, betoogde de klaagde dat de bepalingen van de artikelen 1 en 2 van de wet van 29 augustus 1919, ook al zijn zij zonder onderscheid van toepassing op nationale en ingevoerde producten, met artikel 30 van het Verdrag strijdige maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen van sterke drank zijn. Deze maatregelen zouden bovendien niet gerechtvaardigd zijn om een der in artikel 36 EEG-Verdrag genoemde redenen, met name niet uit hoofde van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, omdat niet kan worden aanvaard dat ze daartoe thans in de gehele Gemeenschap daadwerkelijk noodzakelijk zijn.

4. Van oordeel dat het geding problemen in verband met de uitlegging van het gemeenschapsrecht opwierp, heeft het Belgische Hof van Cassatie aan het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen gesteld:

«1. Moet het begrip 'maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen' bedoeld in artikel 30 EEG-Verdrag, aldus worden uitgelegd, dat onder het in bedoeld artikel voorziene verbod ook vallen:

a) wettelijke maatregelen waarbij verbruik, verkoop en aanbidding, zelfs kosteloos, van sterke dranken (dit wil zeggen dranken waarvan het alcoholgehalte gemeten bij een temperatuur van 15°C meer dan 22° bedraagt) wordt verboden in alle voor het publiek toegankelijke plaatsen, namelijk in drankslijterijen, hotels, spijshuizen, vermaakplaatsen, magazijnen, kramen, schepen, treinen, trams,

statiën, werkhuizen of werkplaatsen, alsmede op de openbare weg, ook wanneer dit verbod zonder onderscheid van toepassing is op nationale en op ingevoerde produkten en niet strekt tot bescherming van de nationale produktie?

b) wettelijke maatregelen waarbij het slijters van ter plaatse te verbruiken dranken wordt verboden enige hoeveelheid sterke drank (in de eerder aangegeven zin) voorhanden te hebben in de lokalen waarin de verbruikers worden toegelaten, noch in de overige gedeelten der inrichting of zelfs in de belendende woning, ook wanneer dit verbod zonder onderscheid van toepassing is op nationale en op ingevoerde produkten en niet strekt tot bescherming van de nationale produktie?»

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

«Moet het begrip 'maatregelen gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen' bedoeld in artikel 36 EEG-Verdrag, aldus worden uitgelegd, dat maatregelen als beschreven in de eerste vraag, sub a en b, kunnen of moeten worden geacht te zijn gerechtvaardigd op de eerder in het dictum van het onderhavige arrest genoemde gronden?»

De eerste vraag

5. De eerste vraag houdt in of onder het begrip «maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen» van artikel 30 EEG-Verdrag, ook maatregelen vallen waarbij het verbruik om niet of onder bezwarende titel (vraag 1, sub a) en het voorhanden hebben (vraag 1, sub b) van sterke dranken waarvan het alcoholgehalte hoger is dan 22° wordt verboden in alle voor het publiek toegankelijke lokalen, in de overige gedeelten der inrichting en in de belendende woning, ook wanneer dit verbod zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten en niet strekt tot bescherming van de nationale produktie.

6. Volgens de Belgische regering valt de betrokken wet niet onder het verbod van artikel 30 EEG-Verdrag omdat zij, wegens het ontbreken van elke discriminatie tussen ingevoerde en nationale produkten, geen beperkende invloed heeft op de intracommunautaire handel. De wet van 29 augustus 1919 heeft een algemene strekking en valt binnen het kader van de strijd tegen het alcoholisme. De Belgische regering merkt op dat het verbod op het voorhanden hebben en het verbruik ter plaatse van bepaalde sterke dranken in voor het publiek toegankelijke plaatsen is bedoeld om het alcoholisme en de verbreiding ervan te bestrijden, en met name de jeugd te beschermen tegen de op individueel en sociaal vlak schadelijke gevolgen daarvan. Het verbod houdt dus een gewettigde keuze van sociaal beleid in, en strookt met de door het Verdrag nagestreefde doeleinden van algemeen belang. Het ontbreken van een communautaire regeling ter zake rechtvaardigt een nationaal optreden voor zover dit noodzakelijk wordt geacht om te voldoen aan dwingende eisen die in elk geval voorrang hebben op de eisen van het vrije verkeer van goederen.

7. Artikel 30 EEG-Verdrag verbiedt kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking in de handel tussen de Lid-Staten. Daaruit volgt dat iedere nationale maatregel die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking is te beschouwen. Zoals het Hof

stelde in zijn arrest van 10 juli 1980 (zaak 152/80, Commissie/Frankrijk, Jurispr. blz. 2299) kan een wettelijke regeling inzake de verhandeling van produkten, zelfs indien ze niet rechtstreeks de invoerregeling betreft, naar gelang van de omstandigheden, de mogelijkheid tot invoer van deze produkten uit andere Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, en daardoor onder het verbod van artikel 30 van het Verdrag vallen.

8. Volgens artikel 3 van richtlijn nr. 70/50 van de Commissie van 22 december 1969 (PB 1970, L 13, blz. 29) houdende opheffing van de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, vallen overigens ook nationale maatregelen die een regeling inhouden voor het in de handel brengen van produkten, zelfs als ze zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en op ingevoerde produkten, onder het verbod van artikel 30 van het Verdrag, als hun invloed op het vrije goederenverkeer meer beperkend is dan hetgeen in het kader van een handelsregeling is beoogd.

9. Dit is echter niet het geval bij een wettelijk voorschrift dat slechts betrekking heeft op de verkoop voor gebruik ter plaatse van dranken met een hoog alcoholgehalte in alle voor het publiek toegankelijke plaatsen, en niet op de andere vormen van verhandeling van deze dranken. Bovendien moet worden opgemerkt dat de aan de verkoop van deze sterke dranken opgelegde beperkingen, geen verschillende behandeling van deze produkten naar gelang van hun aard of herkomst tot gevolg hebben. Een dergelijke maatregel houdt in werkelijkheid dus geen verband met de invoer van de produkten en is daarom niet van dien aard dat hij de handel tussen de Lid-Staten belemmert.

10. Dezelfde overwegingen gelden voor het verbod op het voorhanden hebben van de betrokken dranken in de lokalen die grenzen aan de voor het publiek toegankelijke inrichtingen. Voor zover dit verbod een accessoir is van het verbod van verbruik ter plaatse, kan het geen beperking van de invoer van uit andere Lid-Staten afkomstige produkten tot gevolg hebben.

11. Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen in artikel 30 EEG-Verdrag aldus moet worden verstaan, dat onder het in deze bepaling vervatte verbod niet valt een nationale maatregel die zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten en waarbij wordt verboden het verbruiken, verkopen en aanbieden, zelfs kosteloos, van ter plaatse te verbruiken sterke dranken met een bepaald alcoholgehalte in alle voor het publiek toegankelijke plaatsen, alsmede het voorhanden hebben van dergelijke dranken zowel in de lokalen waarin de verbruikers toegelaten worden, als in de overige gedeelten der inrichting en in de belendende woning, voor zover dit verbod een accessoir is van het verbod van verbruik ter plaatse.

De tweede vraag

12. Daar de tweede vraag slechts werd gesteld voor het geval dat de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord, behoeft zij niet te worden behandeld.

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 14 JANUARI 1982

Eerste voorzitter : de h. Wauters
Raadsheer-rapporteur : de h. Mahillon
Advocaat-generaal : de h. Velu
Advocaat : mr. Kirkpatrick

Minderjarige, voogdij en ontvoogding — Voogdij — Minnelijke verdeling — Homologatie geweigerd — Cassatieberoep — Machtiging door familieraad vereist.

Het cassatieberoep is een nieuw geding en niet de voortzetting van een reeds bestaand geding.

Derhalve is een machtiging door de familieraad vereist wanneer de voogd cassatieberoep instelt tegen het arrest dat homologatie weigert van de beslissing van de familieraad die de minnelijke verdeling toestaat van een terrein waarvan de voogd met zijn twee pupillen onverdeelde eigenaar is.

M. t/ Procureur-generaal bij Hof Brussel

Gelet op het bestreden arrest, op 21 januari 1981 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel van niet-ontvankelijkheid dat het openbaar ministerie ambtshalve tegen de voorziening heeft opgeworpen, overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek ter kennis is gebracht en hieruit is afgeleid dat uit de gedingstukken niet blijkt dat eiser door de familieraad gemachtigd is om een cassatieberoep in te stellen :

Overwegende dat in het oorspronkelijk verzoekschrift de homologatie werd gevraagd van de beslissing van de familieraad die de minnelijke verdeling toestond van een terrein waarvan eiser onverdeelde eigenaar was samen met zijn twee minderjarige kinderen, wier voogd hij is, en de toeziende voogd machtigde om opheffing te verlenen van de wettelijke hypothecaire inschrijving op de goederen van eiser ;

Overwegende dat het cassatiegeding een nieuw geding is en niet de voortzetting van een reeds bestaand geding ;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermacht te slaan niet blijkt dat eiser door de familieraad werd gemachtigd om een cassatieberoep in te stellen ;

Overwegende dat voormelde beslissing van de familieraad noch uitdrukkelijk noch impliciet machtiging gaf om een cassatieberoep in te stellen ; dat het derhalve noodzakelijk was dat een nieuwe beslissing die machtiging verleende ; dat deze beslissing, verre van een eenvoudige formaliteit te zijn zonder praktische draadwijdte, des te meer verantwoord was daar ze de familieraad in staat stelde om, nadat de rechters in eerste aanleg en in hoger beroep de homologatie hadden geweigerd, opnieuw de gegrondheid te onderzoeken van de beslissing die hij eerst had genomen ;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid gegrond is ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 19 MAART 1982

Eerste voorzitter : de h. Wauters
Raadsheer-rapporteur : de h. Sury
Advocaat-generaal : de h. Ballet
Advocaten : mrs. Bützler en Houtekier

Handelspraktijken — Reizende verkoop — Ambulante handel — Lokalen toegankelijk voor het publiek.

De toegankelijkheid voor het publiek in de zin van art. 2, eerste lid, 3°, van het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 is een objectief kenmerk van de plaats waar men verkoopt, dat niet afhangt van de enkele wil van de leurhandelaar die, zoals ten deze, een zaal in gebruik neemt om gedurende twee middagen zijn koopwaar aan te bieden en te verkopen en die zaal te dien einde openstelt. De vereiste toegankelijkheid impliceert dat de plaats, uit haar aard, gewoonlijk voor een ieder toegankelijk is.

Wettelijk niet verantwoord is het arrest dat oordeelt dat een handelaar niet aan reizende verkoop in de zin van artikel 53 Handelspraktijkenwet heeft gedaan, op de enige grond dat hij, in het bezit van een vergunning voor het uitoefenen van leurhandel, in de beschreven omstandigheden slechts die handel uitoefende.

V.Z.W. L. t/ P.V.B.A. B.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 oktober 1980 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen ;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 2, eerste lid, 3°, 10 van het koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939 houdende reglementering van de leurhandel, 20, 4°, 53, 55, h, 60 en 61 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken,

doordat het arrest de door eiseres ingestelde vordering tot het bevelen van de stopzetting van de door verweerster aangekondigde verkoop, aanbod tot verkoop en uitstalling met het oog op de verkoop aan de verbruiker, welke gepland is in de zaal D., te O., op 22 en 23 oktober 1978, alsook tot de stopzetting der desbetreffende publiciteit, ongegrond verklaart op grond : dat volgens artikel 53 van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken, onverminderd de toepassing van de reglementering inzake ambulante handel, en behoudens de afwijkingen verleend door de Koning voor produkten of op de voorwaarden die Hij stelt, elke reizende verkoop verboden is ; dat, volgens datzelfde artikel, als reizende verkoop wordt beschouwd elk aanbod tot verkoop, uitstalling met het oog op de verkoop aan de verbruiker door een handelaar of een tussenpersoon, buiten zijn voornaamste vestigingszetel, zijn bijhuizen of agentschappen vermeld in zijn inschrijving in het handelsregister of de lokalen gebruikt voor een handelsbeurs ; dat verweerster aanvoert dat zij onder toepassing valt van de reglementering inzake ambulante handel ; dat volgens artikel 2, 3°, van het koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939 houdende reglementering van de leurhandel, voor de toepassing van dat besluit als leurhandel wordt beschouwd de verkoop of het te koop aanbieden aan

de verbruiker van alle waren of goederen en, in het algemeen, van welke voorwerpen ook, gedaan onder andere op de openbare markten, inbegrepen de kermessen, foren, hallen, overdekte markten en de plaatsen toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd om gebruikt te worden voor de verkoop of voor verkoopaanbiedingen; dat in het gebouw, waarin de zaak gelegen is, klaarblijkelijk een drankgelegenheid gevestigd is en een zaal, die gehuurd kan worden voor verkopen, vergaderingen, enzovoort; dat dus, in vele gevallen, de zaal D. slechts toegankelijk zal zijn voor bepaalde deelnemers en/of bepaalde uitgenodigde personen en/of betalende toeschouwers; dat echter niet kan worden betwist dat ten deze, voor de duur van de door verweerster aangekondigde verkoop, de zaak vrij toegankelijk was voor het publiek; dat derhalve de zaal D. toegankelijk was voor het publiek en niet specifiek bestemd is om gebruikt te worden voor de verkoop of de verkoopaanbiedingen; dat het koninklijk besluit van 28 november 1939 geenszins vereist dat, op het ogenblik van de verkoop, de zaal ook nog voor ander publiek dan potentiële kopers of belangstellenden toegankelijk zou zijn, wat zou betekenen dat er in dezelfde plaats, tegelijkertijd nog andere activiteiten zouden moeten plaatshebben; dat het koninklijk besluit evenmin bepaalt dat het moet gaan om een plaats die steeds toegankelijk zou zijn; dat het mogelijk is dat de leurkaart een middel is om — op wettelijke wijze — aan de bepalingen van artikel 53 van de wet van 14 juli 1971 te ontsnappen; dat door het uitreiken van leurkaarten, geldig voor «openbare markten», verkopen als deze mogelijk worden gemaakt; dat voor de oplossing van het onderhavige geschil, daar de wetgever de leurhandel expliciet onttrokken heeft aan het begrip «reizende verkoop», de begrippen «plaatsen toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd om gebruikt te worden voor de verkoop of voor de verkoopaanbiedingen» moeten worden onderzocht, zoals gebeurd is, in het raam van het koninklijk besluit van 28 november 1939; dat verweerster ten deze aan toegelaten leurhandel doet en derhalve artikel 53 van de wet van 14 juli 1971 niet heeft overtreden; dat ten overvloede opgemerkt zij dat zowel het koninklijk besluit van 28 november 1939 (artikel 10) als de wet van 14 juli 1971 (artikel 61) strafbepalingen bevatten zodat, gelet op het principe van de enge interpretatie van de strafwet, voormelde twee voorwaarden zo nodig in het voordeel van een eventuele beklaagde dienen te worden uitgelegd,

terwijl, eerste onderdeel, (...)

tweede onderdeel, het arrest vaststelt dat de zaal D., die voor twee dagen gehuurd werd door verweerster om er aanbiedingen tot verkoop en verkoop van haar koopwaar te doen, in vele andere gevallen slechts toegankelijk zal zijn voor slechts bepaalde deelnemers of genodigden; dienvolge deze zaal niet toegankelijk is voor het publiek als dusdanig en het feit dat ze dit wel zou zijn gedurende de twee dagen, dat ze door verweerster gehuurd was, aan dit karakter geen afbreuk doet; immers de toegankelijkheid tot het publiek normaal dient te bestaan en een objectief criterium is te beoordelen los van de wil van verweerster (schending van de artikelen 2, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939 en 53 van de wet van 14 juli 1971);

(...)

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, in strijd met de aanvoering van verweerster, hoewel de feitenrechter weliswaar op onaantastbare wijze de feitelijke gegevens vaststelt op grond waarvan hij beslist dat een bepaalde plaats al dan niet toegankelijk is voor het publiek, het niettemin aan het Hof toekomt na te gaan of de rechter uit zijn vaststellingen wettig heeft kunnen afleiden dat die plaats toegankelijk was voor het publiek in de zin van artikel 2, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit nr. 82 van 28 november 1939;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat verweerster, volgens haar reclamefolder, in een zaal van het café D. tot verkoopaanbiedingen en verkopen overging op zondag 22 en maandag 23 oktober van 2 tot 8 uur, en dat in het gebouw, waarin de zaal gelegen is, een drankgelegenheid gevestigd is en een zaal, die kan worden gehuurd voor verkopen, vergaderingen, mogelijk ook voor bals, banketten, toneel- of filmvoorstellingen;

Dat het arrest dan oordeelt dat in vele gevallen, de zaal D. slechts toegankelijk zal zijn voor bepaalde deelnemers en/of bepaalde uitgenodigde personen en/of betalende toeschouwers, maar dat ten deze, «voor de duur van de door verweerster aangekondigde verkoop, de zaal vrij toegankelijk was voor het publiek»;

Overwegende dat het hof van beroep aldus oordeelt dat de toegankelijkheid voor het publiek enkel moet bestaan op het ogenblik dat verweerster in een privé-zaal tot de verkoopaanbiedingen en verkopen overgaat;

Overwegende echter dat de toegankelijkheid voor het publiek een objectief kenmerk is van de plaats waar men verkoopt, dat niet afhangt van de enkele wil van de leurhandelaar, die, zoals ten deze, naar de vaststellingen van het arrest, een zaal in gebruik neemt om gedurende twee namiddagen zijn koopwaar aan te bieden en te verkopen en die zaal te dien einde voor het publiek openstelt; dat de vereiste toegankelijkheid impliceert dat de plaats, uit haar aard, gewoonlijk voor een ieder toegankelijk is;

Overwegende dat het arrest dan ook, door te oordelen dat verweerster niet aan reizende verkoop deed in de zin van artikel 53 van de wet van 14 juli 1971, op de enige grond dat zij, in het bezit van een toelating voor het uitoefenen van leurhandel, in de beschreven omstandigheden slechts die handel uitoefende, de beslissing niet wettelijk verantwoordt;

Dat het onderdeel gegrond is;

(...)

NOOT—Leurhandel in lokalen toegankelijk voor het publiek

Sinds 1973 is het voor de rechtspractici duidelijk geworden dat de betekenis van de uitdrukking «lokalen toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd voor de verkoop of de verkoopaanbieding» voorkomend in art. 2, eerste lid, 3°, van het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 beslissend is voor de toepassing van art. 53 WHP houdende verbod van reizende verkoop (zie o.m. *Frz. Kh. Dendermonde*, 16 april 1973, *B.R.H.*, 1973, 497-501, met noot X. Leurquin; *Hof Gent*, 20 november 1973, *R.W.*, 1974-75, 50).

De omschrijving van reizende verkoop is immers zo ruim dat alle vormen van ambulante handel er onder vallen (zie

arrest nr. 18848 van 15 maart 1978 van de Raad van State). Terecht bepaalde de wetgever dan ook in voornoemd artikel 53 WHP dat de aldaar bedoelde handelspraktijk eerst diende te worden getoetst aan het bepaalde in de wetgeving inzake ambulante handel. Het denkmechanisme werd zodoende het volgende.

Bij een verkoop of een tekoopaanbieding die buiten de gebruikelijke handelsvestiging plaatsheeft, dient eerst te worden nagegaan of de wetgeving op de ambulante handel er toepassing op vindt. Pas zo dit onderzoek negatief uitvalt, dient te worden onderzocht of art. 53 WHP van toepassing is.

Zoals hierboven is gezegd, spitste de moeilijkheid zich toe op de in art. 2, eerste lid, 3°, van het K.B. nr. 82 van 28 november 1939 voorkomende uitdrukking «lokale toegankelijk voor het publiek en niet specifiek bestemd voor de verkoop of tekoopaanbieding».

Wat het tweede deel van de uitdrukking betreft werd heel vlug een gerechtelijke vrede vastgesteld. Het al dan niet specifiek bestemd zijn voor verkoop of tekoopaanbieding dient te worden beschouwd als een objectief gegeven. Het komt de inrichter van een verkoop niet toe te bepalen of de lokalen waarin men zich voorneemt te verkopen al dan niet een specifieke handelsbestemming hebben (Hof Gent, 27 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 931, met noot J. Stuyck).

Eigenaardig genoeg werd deze redenering niet gevolgd wanneer het erop aankwam uit te maken aan de hand van welke criteria de voorwaarde van toegankelijkheid voor het publiek diende te worden beoordeeld.

Vooraf onder invloed van de rechtspraak die m.b.t. de ambulante handel, maar vóór het bestaan van de WHP tot stand was gekomen, werd meestal aanvaard dat het voldoende was dat de toegankelijkheid voor het publiek bestond op het ogenblik van de verkoop of tekoopaanbieding (zie P. De Vroede, *Handboek van het Belgisch Economisch Recht*, 2e uitg., nr. 423).

Ik heb steeds voor een andere opvatting gepleit steunend op de twee volgende argumenten:

a. Het lijkt mij niet logisch te stellen dat de toegankelijkheid voor het publiek zou moeten worden beoordeeld op het ogenblik van de verkoop, wat er op neerkomt deze toegankelijkheid afhankelijk te stellen van de beslissing van de organisator van de verkoop, terwijl de verkoopbestemming van het lokaal niet van de wil van deze organisator mag afhangen.

b. Zo het voldoende is dat de toegankelijkheid voor het publiek bestaat op het ogenblik van de verkoop dan komt men er toe deze voorwaarde de facto uit te schakelen. Immers, kan men zich een tekoopaanbieding indenken als er geen publiek bij te pas komt? Zonder aanwezigheid van het publiek — en deze aanwezigheid kan slechts het gevolg zijn van de toegankelijkheid — is er van tekoopaanbieding of verkoop geen sprake. Als men derhalve de toegankelijkheid niet stelt in de zin van «in alle omstandigheden toegankelijk», dan kan men evengoed deze voorwaarde schrappen.

Mijn pleidooien zijn niet volledig onopgemerkt gebleven (zie referenties P. De Vroede, *Handboek*, bl. 137, noot 35). Bepaalde beslissingen vielen mijn stelling bij, in andere werd de indruk gewekt dat men er wel wat voor voelde maar niet wenste af te wijken van een bepaalde ingeslagen richting (zie o.m. Hof Antwerpen, 19 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 1792, met noot R. Van den Bergh).

Het Hof van Cassatie heeft in het hierboven afgedrukte arrest de knoop doorgemaakt: de toegankelijkheid voor het publiek is een objectief kenmerk van de plaats waar men verkoopt, het hangt niet af van de enkele wil van de leurrendelaar. De vereiste toegankelijkheid impliceert dat de plaats uit haar aard, gewoonlijk voor een ieder toegankelijk is.

Prof. Paul De Vroede
V.U.B.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 21 DECEMBER 1981

Voorzitter: de h. Meeùs

Raadsheer-rapporteur: de h. Sury

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont

**Sociale zekerheid werknemers — Toepassingsfeer —
Uitbreiding — Personen die vervoer van goederen verrichten — Vervoerder slechts eigenaar van trekker, niet van de oplegger.**

Personen die vervoer van goederen verrichten in opdracht van een ondernemer zijn slechts onderworpen aan de sociale zekerheid als voldaan is aan de voorwaarden bepaald in art. 3, 5°, K.B. 28 nov. 1969.

Wanneer de vervoerder eigenaar is van de trekker, en de ondernemer de aankoop ervan niet financiert of de financiering ervan niet waarborgt is er geen onderwerping aan de sociale zekerheid, ook al is de ondernemer eigenaar van de oplegger.

R.M.Z. t/ N.V. Transport C.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 september 1980 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, § 1, tweede lid, 1°, b, en 2°, b, 2, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders en 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, gewijzigd bij koninklijk besluit van 15 juni 1970, en, bij samenhang, van de artikelen 2, 8°, van het koninklijk besluit van 14 maart 1968, 2, 13°, van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, 1 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, 1, nrs. 2, 3, 10, 11, 2°, 13 en 14, en 2 van het koninklijk besluit van 15 maart 1968 houdende algemeen reglement op de technische eisen waaraan de auto's en hun aanhangwagens moeten voldoen,

doordat het arrest beslist dat artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 niet toepasselijk is en bijgevolg de vordering van eiser afwijst en hem in de kosten veroordeelt op grond: «dat voor de toepassing van

dit artikel vereist is dat de onderaannemers het opgedragen vervoer doen met voertuigen die hen niet toebehoren, ofwel de aankoop van deze voertuigen gefinancierd of gewaarborgd wordt door de hoofdondernemer, ten deze geïntimeerde (thans verweerster); dat niet wordt betwist dat de contractanten eigenaars zijn van de trekkers waarmee zij de opleggers, eigendom van geïntimeerde, slepen; dat het probleem rijst of de opleggers als voertuigen, bedoeld in artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, moeten worden beschouwd; dat op zichzelf een oplegger, uiteraard ontdaan van een vooras, niet kan worden beschouwd als een voertuig en dit zeker niet het geval is wanneer deze oplegger bovendien ontdaan is van banden; dat immers, zoals blijkt uit de slepingscontracten, de opleggers van geïntimeerde ter beschikking werden gesteld 'zonder banden'; dat de wetgever in artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 zeker dergelijke opleggers niet bedoeld heeft wanneer hij de benaming voertuigen heeft gebruikt; dat het eigenlijke voertuig de trekker is die de oplegger vervoert en ten deze moet worden aangenomen dat de onderaannemers met hun eigen voertuigen de vrachten vervoeren, zodat artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 niet toepasbaar is»,

terwijl artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 bepaalt, in algemene termen, dat de wet op de sociale zekerheid der werknemers van toepassing is «op de personen die vervoer van goederen verrichten dat hun door een onderneming opgedragen wordt, door middel van voertuigen waarvan zij geen eigenaar zijn...»; artikel 2.13 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer bepaalt dat een «voertuig» elk middel van vervoer te land, alsmede alle vrijdijbaar landbouw- of bedrijfsmaterieel is; dezelfde bepaling uit het koninklijk besluit van 14 maart 1968, dat hetzelfde onderwerp heeft, werd overgenomen; in de wetgeving, zowel betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering als de technische eisen waaraan de auto's en hun aanhangwagens moeten voldoen, de aanhangwagen of oplegger ook als «voertuig» wordt aangemerkt; in werkelijkheid artikel 3, 5°, niet alleen op autovoertuigen betrekking heeft, maar op ieder voertuig dat tot transport van goederen wordt gebruikt; de aanhangwagen of oplegger tot het vervoer van goederen bestemd is in dezelfde mate, en zelfs op een beter daartoe geschikte wijze, als de trekker; zodat het arrest niet wettig heeft kunnen beslissen dat, naar de zin van artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, alleen de trekker moet worden beschouwd als het voertuig waarmee het vervoer dat opgedragen was, door verweerster moest worden verricht en dat om deze reden de vordering van eiser afgewezen moest worden:

Overwegende dat, luidens artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, de toepassing van de wet van 27 juni 1969 wordt verruimd tot de personen die vervoer van goederen verrichten dat hun door een onderneming opgedragen wordt, door middel van voertuigen waarvan zij geen eigenaar zijn of waarvan de aankoop gefinancierd of de financiering gewaarborgd wordt door de ondernemer, alsmede tot die ondernemer;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de vervoerders «eigenaars zijn van de trekkers waarmee zij de opleggers, eigendom van (verweerster), slepen»;

Dat het middel niet opkomt tegen de beslissing dat verweerster de aankoop van de trekkers niet financiert of de financiering ervan niet waarborgt;

Overwegende dat een trekker een voertuig is; dat aan het bepaalde in genoemd artikel 3, 5°, derhalve niet is voldaan, wanneer de vervoerder het vervoer verricht door middel van een trekker waarvan hij eigenaar is en waarvan de ondernemer de aankoop niet financiert of de financiering ervan niet waarborgt;

Dat, wanneer de vervoerder het vervoer met zijn trekker onder die voorwaarden verricht, de toepassing van de sociale zekerheid is uitgesloten, ook al is de ondernemer eigenaar van de oplegger; dat het dan ook zonder belang is of de oplegger al dan niet een voertuig is;

Dat, nu de beslissing door de voornoemde vaststellingen naar recht verantwoord is, het middel niet tot cassatie kan leiden, zelfs indien het gegrond was;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, § 1, tweede lid, 1°, b, en 2°, b, 2, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, 1, 2, 3, 5°, gewijzigd door het koninklijk besluit van 15 juni 1970, 33, 34, 35 en 54, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders,

doordat het arrest beslist dat de betwiste bijdragen niet eisbaar waren met toepassing van artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969 op grond: dat «bij een grondige analyse van de aldus geheten slepingscontracten blijkt dat de betrokken personen zich verbonden hebben om gedurende 220 dagen per jaar 16 uur per dag arbeid te presteren voor geïntimeerde (thans verweerster), terwijl als loon voor deze prestaties een deel van de winst van geïntimeerde wordt afgestaan; dat partijen uitdrukkelijk overeengekomen zijn dat de betrokken personen met de in het contract aangeduide trekkers geen arbeid zullen verrichten voor zichzelf of voor andere personen; dat een aantal strenge voorwaarden en sancties worden opgelegd waardoor de contractanten bijna volledig afhankelijk zijn van de geïntimeerde op het economische vlak; dat uiteindelijk deze contracten nog een drastische formule inhouden, waarbij aan de contractanten verbod wordt opgelegd enig vervoer met deze trekkers te doen gedurende vijf jaar nadat de overeenkomst, om welke reden ook, zal worden verbroken; dat uit de elementen en voorwaarden van deze contracten blijkt dat een hele reeks personen zich economisch bijna volledig afhankelijk hebben gemaakt van geïntimeerde; dat nochtans deze economische afhankelijkheid die zij zelf uit eigen vrije wil hebben gekozen om waarschijnlijk aan de ondergang van hun onderneming te ontsnappen, echter nog niet de juridische band van ondergeschiktheid betekent die voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst vereist is; dat appellant (thans eiser) nalaat voldoende het bewijs te leveren van het bestaan van een verdoken arbeidsovereenkomst, wat hij nochtans wel had kunnen doen door een grondig onderzoek met betrekking tot de economische toestand van de contractanten»,

terwijl uit artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969

blijkt dat de onderwerping aan de sociale zekerheid der werknemers bij koninklijk besluit kan worden uitgebreid tot de personen die «zonder door een arbeidsovereenkomst te zijn verbonden, tegen loon arbeidsprestaties onder het gezag van een ander persoon verrichten, of die arbeid verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst»; om te beslissen dat een persoon arbeid verricht in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst, niet vereist is dat een juridische gezagsverhouding bestaat tussen hem en de persoon voor wie hij arbeid verricht, dat een feitelijke ondergeschiktheid volstaat; ten deze het arrest het bestaan van een feitelijke ondergeschiktheid afleidt uit het feit dat de transporteurs bijna volledig afhankelijk zijn van verweerster daar zij verplicht zijn voor haar te werken gedurende 220 dagen per jaar naar rato van 16 uur per dag; zodat, door te beslissen, zonder rekening te houden met de feitelijke ondergeschiktheid van de betrokken transporteurs, dat de wetgeving op de sociale zekerheid op hen niet toepasselijk is op grond namelijk dat tussen hen en verweerster geen juridische band van ondergeschiktheid bestaat, het arrest het wettelijk begrip van «arbeid verricht onder gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst» miskent en aldus de in de aanhef van het middel aangevoerde wettelijke bepalingen schendt:

Overwegende dat, krachtens artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969, de Koning bij in Ministerraad overlegd besluit en na het advies van de Nationale Arbeidsraad te hebben ingewonnen, de toepassing van de sociale zekerheid der werknemers kan uitbreiden tot de personen die, zonder door een arbeidsovereenkomst te zijn verbonden, tegen loon arbeidsprestaties onder het gezag van een ander persoon verrichten of die een arbeid verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst en de Koning in dit geval de persoon aanwijst die als werkgever wordt beschouwd;

Dat ter uitvoering van deze wetsbepaling artikel 3, 5°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 bepaalt onder welke voorwaarden de toepassing van de sociale zekerheid wordt verruimd tot de personen die goederen vervoeren in opdracht van een onderneming;

Overwegende dat, zoals uit het antwoord op het tweede middel blijkt, het arrest wettig beslist dat aan de voorwaarde bepaald door het genoemde artikel 3, 5°, niet is voldaan; dat deze redengeving volstaat om de verwerping van eisers vordering naar recht te verantwoorden; dat de door het middel aangevochten redengeving derhalve niet tot de onwettigheid van de beslissing kan leiden;

Dat het middel, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk is;

(...)

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 16 MAART 1982

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. De Vos

Wegverkeer — Vluchtmisdrijf — Bestanddelen.

Een veroordeling wegens vluchtmisdrijf vereist niet als voorwaarde dat de veroordeelde ook wegens een ander misdrijf tegen de Verkeerswet of het Wegverkeersreglement is vervolgd.

S.

Gelet op het bestreden vonnis, op 13 november 1981 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Gent;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 6, § 3, a, van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden,

doordat eiser vervolgd werd ter zake van: «als bestuurder van een voertuig, namelijk een lichte vrachtwagen, wetend dat dit voertuig oorzaak van, dan wel aanleiding is geweest tot een verkeersongeval op een openbare plaats, de vlucht te hebben genomen om zich aan de dienstige vaststellingen te onttrekken, zelfs wanneer het ongeval niet aan zijn schuld te wijten is, het misdrijf aan het persoonlijk toedoen van de dader te wijten zijnde»; het vonnis, met bevestiging van de beroepen beslissing, eiser veroordeelt tot een geldboete en tot een tijdelijk verval van het recht tot het besturen van een motorvoertuig,

terwijl eiser op grond van de gegevens van het strafdossier heeft geconcludeerd; hij als beklaagde geen andere verplichtingen heeft; het dossier enkel vermeldt: dat de genaamde Achiel B. bij de politie klacht heeft ingediend omdat hij aan zijn wagen schade had vastgesteld; de lichte vrachtwagen van eiser te dicht stond bij zijn wagen zodat er bij het instappen onvermijdelijk schade zou ontstaan door het openen van het portier van de linker vrachtwagendeur; hij vooraf de nummerplaat had genoteerd; eiser bij conclusie betoogde dat, om de telastlegging aan te houden, hij «als bestuurder van een voertuig moest hebben gehandeld» en vereist was «dat hij een verkeersongeval zou hebben gehad»; in de dagvaarding geen overtreding van het Wegverkeersreglement werd voorzien; de politierechtbank, noch de rechtbank in hoger beroep, de zaak naar het openbaar ministerie heeft verwezen voor aanvullend onderzoek; de rechtbank enkel kennis nam van het aan eiser ten laste gelegde vluchtmisdrijf; het vonnis eiser veroordeelt op grond «dat uit de schade van het voertuig van de burgerlijke partij blijkt dat deze niet veroorzaakt kan zijn door een openstaande autodeur, maar uitsluitend het gevolg kan zijn van een aanraking door een in beweging zijnde voertuig; dat hieruit moet worden afgeleid dat de beklaagde als bestuurder van een motorvoertuig handelde en zich van die aanrijding bewust moest zijn (zie de vaststellingen van de verbalisanten)»; de beklaagde niet de gelegenheid kreeg zich hieromtrent te verdedigen; het een zienswijze betreft die naderhand door de rechtbank zelf werd bepaald en waarvan geen voldoende elementen terug te vinden zijn in het onderzoek zelf; eiser zich enkel moest verdedigen op de elementen en bestanddelen, samengebundeld vóór het sluiten van het debat in hoger beroep, en niet op elementen die achteraf in het vonnis terug te vinden zijn; eiser zich niet heeft kunnen verdedigen omtrent het feit dat de schade uitsluitend het gevolg kan zijn van een aanraking door een in beweging

zijnde voertuig, wat volgens het vonnis impliceert dat eiser de bestuurder was :

Overwegende dat het middel, voor zover het schending van artikel 97 aanvoert, niet aangeeft welke eis, verweer of exceptie niet wordt beantwoord ;

Overwegende dat een veroordeling wegens vluchtmisdrijf niet als voorwaarde vereist dat de veroordeelde ook wegens een ander misdrijf tegen de Verkeerswet of het Wegverkeersreglement zou zijn vervolgd ;

Overwegende dat, voor het overige, eiser door de, in de bewoordingen van de wet omschreven dagvaarding tijdig en nauwkeurig op de hoogte werd gesteld van het hem ten laste gelegde feit ; dat de rechters hun beslissing uitsluitend laten steunen op de gegevens van de zaak, waartegen eiser tegenspraak heeft kunnen voeren ; dat de rechters, door de veroordeling van eiser onder meer te laten steunen op gegevens, waaromtrent eiser niet gemeend heeft te moeten concluderen, noch diens recht van verdediging, noch diens recht op een eerlijk proces schenden ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

(...)

NOOT—*Betreffende het vluchtmisdrijf*

Art. 33, § 1, van de Wegverkeerswet bestraft elke bestuurder van een voertuig die, wetend dat dit voertuig oorzaak van, dan wel aanleiding tot een ongeval op een openbare plaats is geweest, de vlucht neemt om zich aan de dienstige vaststellingen te onttrekken, zelfs wanneer het ongeval niet aan zijn schuld te wijten is.

Het ongeval moet niet noodzakelijk te wijten zijn aan een overtreding van de Verkeerswet of van het Wegverkeersreglement ; art. 33, § 1, vereist zelfs niet dat het om een «verkeersongeval» zou gaan.

Ook wordt niet vereist dat hij die de plaats van het ongeval heeft verlaten achter het stuur van zijn wagen om zich te onttrekken aan de dienstige vaststellingen, de bestuurder van het voertuig is geweest op het ogenblik van het ongeval (Cass., 13 december 1971, *R.W.*, 1972-73, 306 met noot van H. Persoons ; G. Schuind, *Traité pratique de droit criminel*, 4e ed., I, p. 632).

A. Vandeplas

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 6 APRIL 1982

Voorzitter : de h. Vermeulen (rapporteur)

Staatsraden : de hh. Vander Stichele en Suetens

Auditeur : de h. J. Borret

Raad van State — Procedure — Instructie — Belang.

Het wegvallen van de wil om een eis staande te houden kan blijken uit het door de rechtzoekende volgehouden verloop van een volkomen gebrek aan belangstelling voor het verloop van het door hem begonnen proces.

De late blijf van belangstelling die er in casu in bestaat in extremis — vóór de zitting — toch nog een briefje aan de

Raad van State te richten, sluit het gemis van belang evenwel niet uit. De reden voor deze rechtspraak is gelegen in de eigen aard van de procesvoering voor de Raad van State waarvan de kenmerken zijn dat ze summier is, schriftelijk en inquisitoriaal. Belangrijk daarbij is het verslag van het auditoraat dat door de partijen nog besproken en weerproken kan worden in een laatste memorie. Met een dergelijke procesvoering is een efficiënte afwikkeling van een rechtszaak maar mogelijk indien alle bij het proces betrokken partijen hun medewerking aan het onderzoek van de zaak verlenen op het ogenblik, in de vormen en binnen de termijnen die in de procedureregeling zijn bepaald. De voorschriften, die het instellen en afwickelen van rechtszaken regelen, die de vernietiging van administratieve beslissingen als inzet hebben, zijn van openbare orde : de partijen kunnen derhalve over de bevoegdheden die hun door het procedurereglement gegeven zijn, niet beschikken naar het hun zint.

Verzuimt de verzoekende partij de verplichte minimale blijf van belangstelling voor het verloop van haar proces — en voor het werk dat werd verricht door de organen van de Raad van State, meer in het bijzonder door de aangewezen auditeur —, dan is zij vervallen van de bevoegdheid om haar belangstelling te betuigen en blijft een brief, toegezonden na de aanzegging van de beschikking waarbij de zaak naar een openbare terechtzitting verwezen wordt, of een onverwachte verschijning op de openbare terechtzitting, zonder effect.

R. t/ Belgische Staat

Arrest nr. 22.183

Gezien het verzoekschrift dat M.R. op 26 juli 1978 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van een beslissing van de minister van Nationale Opvoeding (...);

1. Overwegende dat de instructie van deze zaak geen normaal verloop heeft gehad ; dat de reden daarvan bij verzoeker ligt, zoals blijkt uit het volgende :

1.1. Nadat hij de memorie van antwoord heeft ontvangen, is verzoeker het ter griffie door de verwerende partij neergelegd administratief dossier niet gaan inzien en heeft hij evenmin een memorie van wederantwoord ingediend, ook al wordt in de memorie van antwoord gesteld dat zijn vordering niet ontvankelijk aanhangig werd gemaakt en bovendien geen deugdelijke grondslag heeft.

1.2. Alvorens zijn verslag op te maken heeft de bevoegde auditeur zich de moeite gegeven om aan verzoeker een aangetekende brief toe te zenden, waarin hem gevraagd werd of hij nog enige belangstelling had voor de door hem ingestelde rechtsvordering. De brief werd verzoeker besteld op 7 mei 1981. Verzoeker heeft op die brief geen antwoord gegeven.

1.3. Nadat verzoeker het verslag van de auditeur was toegezonden — het verslag acht het beroep niet ontvankelijk — heeft verzoeker geen laatste memorie ingediend.

1.4. Pas nadat hij voor de openbare terechtzitting werd opgeroepen, heeft verzoeker een briefje aan de Raad gezonden, briefje dat 10 november 1981 gedagtekend is, maar dat pas vier dagen vóór de terechtzitting op de griffie toekwam. Daarin doet hij weten dat hij «wist dat (hij) geen aanspraak kon maken op de vacante betrekking van 9 u L.S.O. (waarop zijn verzoekschrift betrekking heeft)».

«Wat betreft het niet komen nazien van zijn administratief dossier» schrijft hij dat «hij de ganse week les geeft, en Veurne nogal ver van Brussel ligt. Is 't niet?». Hij besluit zijn brief met de volgende, al dan niet als leuk bedoelde zin: «In de hoop uw toch van dienst te zijn geweest, dank ik U bij voorbaat voor de interesse die U aan dit schrijven zult betonen en ik ben steeds bereid alle medewerking te verlenen».

2. Overwegende dat het onderhavige beroep als niet-ontvankelijk wegens ontstentenis van het rechtens vereiste belang moet worden afgewezen om de volgende redenen:

2.1.1. De eerste persoon die bepaalt of inderdaad een voldoende concreet, persoonlijk belang aanwezig is om een proces aan te spannen en het dan voort te zetten, is de rechtzoekende zelf die een vordering bij de rechter aanhangig heeft gemaakt: hij heeft niet alleen geoordeeld dat hem in zijn recht te kort werd gedaan of dat hij in zijn belangen werd geschaad, maar ook dat het verkrijgen van redres door een rechterlijke uitspraak een zodanige verbetering van zijn situatie zal opleveren dat die opweegt tegen de kosten en het ongemak van het voeren van een proces.

De uit het instellen van een rechtsvordering gebleken wil van een rechtzoekende om op te komen voor wat hij een hem betreffend belang acht, is also het eerste element — uiteraard niet het enige — dat nodig is om tot de vaststelling te kunnen komen dat die rechtzoekende inderdaad het concreet en persoonlijk belang heeft — van welke aard dat belang ook moge zijn — dat rechtens vereist is om ontvankelijk een proces te kunnen aanspannen.

2.1.2. Verdwijnt die wil in de loop van het proces, dan is niet langer voldaan aan de voorwaarde die het eerst vervuld moet zijn om te kunnen aannemen dat de litigant inderdaad nog een concreet, persoonlijk belang erbij heeft om een uitspraak over de door hem ingestelde rechtsvordering na te streven. Uit het niet langer vervuld zijn van die eerste voorwaarde volgt dan het besluit dat het beroep, wegens het wegvallen van het rechtens vereiste belang, niet langer ontvankelijk is.

2.1.3. De opvatting werd aangenomen — en zij wordt in dit arrest gevolgd —, dat het wegvallen van de wil om een eis staande te houden kan blijken uit het door de rechtzoekende volgehouden vertoon van een volkomen gebrek aan belangstelling voor het verloop van het door hem begonnen proces. Een zodanig gebrek aan belangstelling levert also de voldoende grond op om te beslissen dat het belang dat rechtens vereist is om over de gestelde eis een uitspraak te kunnen verkrijgen, niet langer aanwezig is en het beroep wegens het wegvallen van dat belang moet worden afgewezen als niet langer ontvankelijk.

2.2. Dat in de onderhavige rechtszaak verzoeker niet de minste belangstelling heeft betoond voor het verloop van het geding dat hij met zijn verzoekschrift van 26 juli 1978 aanhangig heeft gemaakt, blijkt uit het in de eerste considerans gegeven overzicht van het verloop van dit proces. Uit dat overzicht blijkt echter ook dat hij in extremis toch nog een briefje aan de Raad van State heeft gericht.

Die late blijk van belangstelling sluit evenwel de toepasbaarheid niet uit van de hiervoor in herinnering gebrachte opvatting volgens welke het volgehouden vertoon van een gebrek aan belangstelling voor een aangespannen proces het bewijs levert dat het rechtens vereiste belang van de litigant bij het proces vervallen is. De reden om voorgaande

opvatting ook in een geval als het onderhavige nog toepasbaar te achten is gelegen in de eigen aard van de procesvoering van de Raad van State waarvan de kenmerken zijn dat ze summier is, schriftelijk en inquisitoriaal.

2.3.1. Die procesvoering, ook al is ze summier, streeft er ongetwijfeld toch naar om aan de rechtzoekende ten volle de waarborgen van een goede rechtsbedeling te geven; niettemin, ten einde te beletten dat het in rechte ter verantwoording roepen van de overheid de goede werking van openbare besturen al te zeer in het gedrang zou kunnen brengen, wordt getracht te voorkomen dat het proces langs omwegen of dwaalwegen zou worden geleid, reden waarom, naar het voorbeeld van de procesvoering in civiele zaken voor het Hof van Cassatie, de rechtsstrijd in beginsel wordt samengedrukt tot drie bij geschrifte te verrichten proceshandelingen: een verzoekschrift, een memorie van antwoord en een memorie van wederantwoord.

2.3.2. Het gevolg van die vereenvoudigde, strakke procesorde is de partijen ertoe te dwingen om de bevoegdheden die hun voor het voeren van de rechtsstrijd gegeven zijn, ten volle en zonder uitstel te benutten en, meer bepaald, om reeds in de vroegste stand van het proces al de eisen, middelen en verweermiddelen die ze dan reeds kunnen doen gelden, ook effectief, duidelijk en op schrift, voor te leggen.

2.3.3. Het doel van dat strak geordende procesverloop is ertoe te komen dat een zaak, door de uitwisseling van de enkele, hiervoor vermelde procesgeschriften in staat van wijzen wordt gebracht en gereed is om door de bevoegde magistraten in studie te worden genomen.

2.3.4. Om te zorgen dat het strak geordend proces ook effectief vordert langs de voorgeschreven weg, is aan de jurisdictie zelf opgedragen op het verloop van de procesvoering toe te zien, wat o.m. meebrengt dat de uitwisseling tussen de partijen van verzoekschrift en memories verloopt door bemiddeling van de Raad van State.

2.3.5. Wat de procedure voor de Raad van State gans in het bijzonder kenmerkt is hierin gelegen dat de rapporteur van de tot beslissen bevoegde kamer de zaak niet zelf direct voor studie ter hand neemt, maar dat, als een bijzondere waarborg, eerst een daartoe aangewezen auditeur de zaak volledig en in volle onafhankelijkheid onderzoekt, en het resultaat van dat onderzoek neerschrijft in een «verslag» dat zich in werkelijkheid gemeenlijk voordoet als de grondig bestudeerde en beredeneerde oplossing van de verschillende door de zaak gestelde feitelijke en rechtsproblemen en also als een bijzonder uitvoerig gemotiveerd voorstel van beslissing.

2.3.6. Omdat dat «verslag» een essentieel element in de procesorde geworden is, werd door het koninklijk besluit van 15 juli 1956 aan elke partij de gelegenheid gegeven om, door het inzenden van een laatste memorie, haar standpunt te doen kennen zowel ten aanzien van de voorstelling die de auditeur geeft van de toedracht van de zaak in feite en in rechte, als ten aanzien van de oplossing van de opgeworpen rechtsvragen welke de auditeur aan de bevoegde kamer voorlegt.

De laatste memories zijn derhalve bijzonder belangrijk voor de bevoegde kamer; ze doen de laatste stand kennen van de stellingen en argumenten van de strijdende partijen: wat die partijen toegeven, wat ze staande houden. Die memories doen zich also in werkelijkheid voor als oneigenlijke

akten van beroep tegen de oneigenlijke beslissing die het «verslag» van de auditeur is.

2.3.7. Die laatste memories besluiten in beginsel — d.w.z. onder voorbehoud van verwickelingen — de schriftelijke procedure: na de laatste memories heeft de zaak haar definitieve gestalte gekregen. Het is op grond van wat dan voorligt dat de zaak door de bevoegde kamer wordt bestudeerd en dat, door de beschikking waarbij de zaak naar een openbare terechtzitting wordt verwezen, definitief wordt vastgesteld dat de zaak in staat van wijzen is gekomen.

2.3.8. Zulks betekent, het beginsel van de schriftelijke procedure in acht genomen, dat, wanneer eenmaal de beschikking tot verwijzing van de zaak naar een openbare terechtzitting is getroffen, het van dan af uitgesloten is dat nog nieuwe elementen aan de zaak worden toegevoegd. Zulks wordt bevestigd, eensdeels, door het derde lid van artikel 29, van de procedureregeling, waarin wordt bepaald dat het de partijen ontzegd is op de openbare terechtzitting nieuwe middelen te doen gelden en, anderdeels, door het tweede lid van datzelfde artikel dat zegt dat de partijen, na het verslag ter zitting uitgebracht door het daartoe aangevozen lid van de kamer, «opmerkingen» kunnen maken.

De commentaar die bij artikel 29 van de procedureregeling wordt gegeven in het verslag aan de Regent dat de op 23 augustus 1948 vastgestelde procedureregeling voorafgaat, verduidelijkt nog de positie van de strijdende partijen op de openbare terechtzitting en bevestigt alzo de regel dat die partijen, na de laatste memories, op eigen initiatief niets meer aan het proces toe te voegen hebben:

— «Gelet op het summier karakter der rechtspleging op de terechtzitting, zullen de partijen nog mondeling uitleg kunnen geven over de middelen die in hun memories werden uiteengezet.»

— «Aangezien het onderzoek schriftelijk geschiedt, zullen de mondelinge tussenkomsten dikwijls overbodig zijn. Nochtans kunnen de ... partijen en haar advocaten hun mondelinge opmerkingen voordragen. Deze zullen het raam van het verzoekschrift of van de memories niet te buiten gaan.»

— «Daar het onderzoek schriftelijk geschiedt, moeten al de bestanddelen van de zaak dan ook op het ogenblik der terechtzitting bijeengebracht zijn. Zo de regelmatig opgeroepen partijen of heren raadslieden ter zitting niet aanwezig zijn, kan de kamer bij hun afwezigheid de zaak onderzoeken, er over beraadslagen en uitspraak doen.»

2.3.9. Die commentaar doet bovendien begrijpen — wat reeds uit artikel 29, 3e lid, af te leiden valt — dat een normaal afgewikkelde zaak in staat van wijzen is — en dus zou kunnen worden afgedaan — voordat ze naar de openbare zitting verwezen wordt, en dat bijgevolg artikel 27 van de wet en artikel 33 van de procedureregeling enkel bepalen dat, na de schriftelijke procedure, de zaak op een openbare terechtzitting moet worden voorgebracht om te voldoen aan artikel 96 van de Grondwet dat de rechtsbedeling onder toezicht van de openbare opinie plaatst. Die openbare terechtzitting heeft derhalve slechts een beperkte functie die in principe niet is het onderzoek van de zaak voort te zetten. Maken verwickelingen een bijkomend onderzoek nodig, dan wordt dat onderzoek zo gestructureerd dat het uitloopt op een bijkomend «verslag», waarop de memories van de partijen volgen, d.w.z. dan wordt hoe dan ook op-

nieuw overgeschakeld naar het gewone schema van de schriftelijke procedure. Enkel indien de kamer aan wie de leiding van het onderzoek toekomt, inlichtingen nuttig vindt over de betekenis waarvan geen betwisting bestaat of ontstaat, zullen die inlichtingen worden verkregen door het stellen van vragen op de openbare terechtzitting.

2.4.1. Met een procesvoering, geordend zoals hiervoor werd beschreven, is een efficiënte afwikkeling van een rechtszaak — afwikkeling waardoor de doeleinden van de procedureregeling ook echt worden verwezenlijkt —, maar mogelijk indien alle bij het proces betrokken partijen hun medewerking aan het onderzoek van de zaak verlenen op het ogenblik, in de vormen en binnen de termijnen die in de procedureregeling zijn bepaald. Alleen op die wijze wordt het met een kort gehouden schriftelijke procedure mogelijk dat binnen het door de procedureregeling voorgeschreven schema, de auditeur als eerste en de bevoegde kamer nadien, de beschikking hebben over alle elementen die nodig zijn, voor de auditeur om met kennis van zaken een bruikbaar verslag op te maken, en voor de kamer om met kennis van zaken te kunnen vaststellen dat de zaak inderdaad, na het afsluiten van de schriftelijke procedure, in staat van wijzen is en dus verwezen kan worden naar een openbare terechtzitting, waar ze dan inderdaad in al haar elementen kan worden uiteengezet ten einde alzo, ondanks de schriftelijke vorm van de procedure, te kunnen voldoen aan het voorschrift van artikel 96 van de Grondwet dat de openbaarheid van de rechtsbedeling oplegt.

2.4.2. Omdat rechtszaken die de handhaving, dan wel de vernietiging van administratieve beslissingen als inzet hebben, aan het openbaar belang raken en daarom de voorschriften, die het instellen en afwickelen van die rechtszaken regelen, geacht worden van openbare orde te zijn, is de medewerking van de partijen die nodig is om die zaken af te doen en die door de procedureregeling wordt bepaald, voor die partijen een strikt verbindende verplichting.

De partijen kunnen derhalve over de bevoegdheden welke hun door het procedurereglement gegeven zijn, niet beschikken naar het hun zint. Zij moeten van die bevoegdheden gebruik maken zoals het hun door het procedurereglement is opgelegd.

2.4.3. Komt een partij aan haar verplichting tot de voorgeschreven medewerking te kort — door geen medewerking te verlenen of door de gestelde vormen of termijnen niet in acht te nemen — dan is die partij van de bevoegdheden welke het procedurereglement haar geeft, vervallen. De rechter wordt daardoor ontslagen van de verplichting om nog te beschikken op wat die partij onregelmatig heeft doen gelden:

— middelen, die een verzoekende partij geacht wordt in haar verzoekschrift te hebben kunnen aanvoeren, worden als niet ontvankelijk verworpen indien zij ze in een later geschrift doet gelden;

— krijgt de verzoekende partij in de loop van het proces kennis van feitelijke gegevens die, naar haar oordeel, de grondslag voor een nieuw annulatiemiddel opleveren, dan is ze niet meer ontvankelijk dat annulatiemiddel te doen gelden indien ze langer wacht om het nieuwe middel aan te voeren dan de termijn die bepaald is voor de memorie van wederantwoord of de aanvullende memorie;

— verzuimt de verzoekende partij helemaal, na de akte waarbij ze een vordering bij de Raad van State aanhangig

heeft gemaakt, om verder nog van enige, haar in het proces toekomende bevoegdheden gebruik te maken, dan moet zij geacht worden — zoals reeds in herinnering werd gebracht — niet langer belangstelling en dus niet langer belang bij het aangespannen geding te hebben, wat haar vordering in haar geheel niet-ontvankelijk maakt;

— de verweermiddelen welke de verwerende partij na het verstrijken van de haar gegeven termijn doet gelden, hebben enkel nog de waarde van een inlichting; de Raad is niet verplicht ze als echte verweermiddelen in aanmerking te nemen en er uitdrukkelijk op te beschikken;

— laat de verwerende partij helemaal na de documenten over te leggen welke het bestaan van de rechtens vereiste feitelijke grondslag van haar beslissing moeten bewijzen, terwijl de verzoekende partij die grondslag heeft betwist, dan wordt de bestreden beslissing geacht die grondslag niet te hebben en wordt die op dat motief vernietigd.

2.5.1. Wordt het voorafgaande betrokken op wat specifiek is in een zaak als de onderhavige, dan moet worden aangenomen dat de verzoekende partij om het bestaan van haar volgehouden belangstelling voor de afloop van het door haar aangespannen proces te bewijzen en dus het actueel belang dat ze bij haar vordering heeft aan te tonen, haar belangstelling regelmatig moet doen blijken in de loop van de schriftelijke procedure, m.a.w. ten laatste na de ontvangst van het verslag van de auditeur en voordat de zaak door de kamer naar een openbare terechtzitting wordt verwezen.

Verzuimt de verzoekende partij die verplichte minimale blijf van belangstelling voor het verloop van haar proces — en voor het werk dat werd verricht door de organen van de Raad van State, en meer in het bijzonder door de aangewezen auditeur —, dan is zij vervallen van de bevoegdheid om haar belangstelling te betuigen en blijft een brief, toegezonden na de aanzegging van de beschikking waarbij de zaak naar een openbare terechtzitting verwezen wordt, of een onverwachte verschijning op de openbare terechtzitting, zonder effect: de ontstentenis van belangstelling en dus van het rechtens vereiste belang is een vast gegeven geworden dat de echte, de verplichte schriftelijke procedure heeft opgeleverd. De «opmerkingen» die de verzoekende partij op de openbare terechtzitting kan maken, kunnen bevestigen wat de schriftelijke procedure heeft doen blijken, door gegevens of standpunten toe te lichten of te onderstrepen, maar kunnen niet goedmaken dat verzuimd werd de verplichte medewerking te geven aan het in staat van wijzen brengen van de zaak.

2.5.2. De brief van 10 november 1981 is gekomen nadat de zaak voor de openbare terechtzitting van 17 november 1981 werd opgeroepen. Die late brief kan in het kader van de voor de Raad van State georganiseerde procesorde niet als een geldige blijf van belangstelling worden beschouwd. Het beroep door verzoeker op 26 juli 1978 ingesteld, moet daarom geacht worden niet langer te strekken tot vrijwaring van een actueel belang en moet om die reden beschouwd worden niet langer ontvankelijk te zijn,

Besluit:

Het beroep wordt verworpen.

NOOT—*Stipt vereiste naleving van de procesgang voor de Raad van State*

In een reeks arresten, te beginnen met het arrest *Fraiture* nr. 19.083 van 27 juni 1978, gevolgd door meerdere andere — zie o.m. *R.v.St.*, Vyncke, nr 19.546 van 3 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 312, met noot W. Lambrechts — heeft de Raad van State de passiviteit van de verzoekende partij tijdens het geding gesanctioneerd met de onontvankelijkheidsuitspraak wegens gemis van actueel belang.

De Raad van State is nog strenger geworden in het hiervoor afgedrukt arrest. Het laattijdig weer wakker worden van de verzoeker die inmiddels de nauwkeurig voorgeschreven fasen in de procedure onbenut liet en niets van zich liet horen, kan niet beletten dat de ontstentenis van belangstelling en dus van het rechtens vereiste belang een vast gegeven is geworden. Wanneer men zich na het inleiden van het verzoekschrift onbetuigd laat door geen memorie van wederantwoord of laatste memorie in te dienen en enkel nog een brief stuurt juist voor, en met het oog op de openbare terechtzitting, blijft deze late brief zonder effect omdat hij in het kader van de voor de Raad van State georganiseerde procesorde niet als een geldige blijf van belangstelling kan worden beschouwd.

De Raad van State heeft enkele weken later, met een even uitgebreide beredenering, beslist dat wanneer, na de neerlegging van het verzoekschrift, het enig teken van leven, de aanwezigheid is van de advocaat op de openbare terechtzitting, deze verschijning, in het kader van de voor de Raad van State georganiseerde procesorde, evenmin als een geldige blijf van belangstelling kan worden beschouwd (*R.v.St.*, Vanvenckenray, nr. 22.197, 20 april 1982, en *R.v.St.*, Heremans, nr. 22.207, 27 april 1982).

De ervaring heeft geleerd dat talrijke verzoekers menen dat niet alleen zij, maar ook de advocaten, de procedurestukken — meer bepaald de memorie van antwoord en het verslag van het auditoraat — ontvangen. De advocaten doen er goed aan hun cliënten te verwittigen dat zij alle stukken moeten bezorgen aan hun raadsman.

W. Lambrechts

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER — 23 DECEMBER 1981

Voorzitter: de h. Wauters

Raadsheren: de hh. Thiry en Wynant

Advocaten: mrs. Van Vaerenbergh, Nelissen, Silance,
Moons loco Vandervondelen

Burgerlijke rechtspleging — Hoger beroep — Van verweerder tegen medeverweerder — Incidenteel beroep — Ontvankelijkheidsvereisten.

Op een vordering die tegen twee verweerders gericht was, heeft de eerste rechter de eis tegen de tweede verweerder gegrond verklaard, de eerste verweerder buiten de zaak gesteld en zijn vordering tot vrijwaring tegen de tweede verweerder zonder bestaansreden verklaard.

In zodanig geval is het hoger beroep van de tweede verweerder ontvankelijk voor zover het gericht is tegen de oorspronkelijke eiser, maar niet voor zover het gericht is tegen

de eerste verweerder. Nu over de ontvankelijkheid van het incidenteel beroep van de oorspronkelijke eiser tegen de eerste verweerder geen betwisting bestaat, is het principaal beroep dat hij later tegen de eerste verweerder heeft ingesteld, een nutteloze herhaling van het incidenteel beroep.

D. t/ L. e.a.

Herzien het op 10 september 1980 door deze kamer van het hof gewezen tussenarrest;

Gezien het op 2 februari 1981 door de echtgenoten Jozef L.M. en de N.V. R.V.S. ter griffie van het hof neergelegd onder nr. 267/81 van de algemene rol ingeschreven verzoekschrift, waarbij voornoemde partijen hoger beroep instellen tegen Jan G.;

Overwegende dat de onderhavige onder de nrs. 1421/77 en 267/81 van de algemene rol ingeschreven hogere beroepen, ingesteld tegen één en hetzelfde vonnis, als verknocht dienen samengevoegd te worden; dat aan de N.V. A.G. van 1830 akte dient te worden verleend, dat zij het door de N.V. Verenigde Eigenaars P.R. 1821 ingesteld geding hervat heeft;

I. Omtrent de toelaatbaarheid van de ingestelde hoofd- en incidentele beroepen

A. Het door Oscar D. ingesteld onder nr. 1421/77 van de algemene rol ingeschreven hoofdberoep

1) t.a.v. Jan G.

Overwegende dat de eerste rechter Jan G. — samen met Oscar D. door de echtgenoten Jozef L.-M. en de N.V. R.V.S. eisers op hoofdvordering in zake A.R. nr. 32.090 gedaagd — buiten de zaak heeft gesteld zonder kosten en vervolgens de door Jan G. tegen Oscar D. ingestelde tussenvordering in vrijwaring zonder voorwerp heeft verklaard;

Overwegende dat de gedingvoerende partijen slechts de voor hen grievende beschikkingen kunnen aanvechten; dat het door Oscar D. ten laste van Jan G. ingestelde hoger beroep derhalve niet toelaatbaar is, dit bij gebreke aan rechtsband wat betreft voormelde hoofdvordering en bij ontstentenis van belang wat betreft de eis in vrijwaring;

2) t.a.v. de N.V. A.G. van 1830

Overwegende dat het hof in zijn voormeld tussenarrest opmerkte, dat appellant geen enkele grief deed gelden tegen de beschikking van het bestreden vonnis, de door de N.V. Verenigde Eigenaars P.R. 1821, rechtsvoorgangster van huidige vijfde geïntimeerde de N.V. A.G. van 1830 tegen hem ingestelde vordering ambtshalve naar de bijzondere rol verwijzend; dat D. in zijn op 21 oktober 1981 ter griffie van het hof neergelegde aanvullende conclusie zijn grieven tegen voormelde beslissing laat kennen en meer bepaald de eerste rechter verwijt voormelde tegen hem ingestelde vordering, in acht genomen het feit dat de door Jan G. tegen hem gerichte tussenvordering zonder voorwerp werd verklaard, niet meteen als ongegrond te hebben afgewezen;

Dat dit voor het overige regelmatig naar vorm en tijd ingesteld hoger beroep derhalve toelaatbaar dient te worden verklaard;

3) t.a.v. de overige geïntimeerden

Overwegende dat de toelaatbaarheid van dit naar vorm en tijd regelmatig hoger beroep, voor zover gericht tegen de echtgenoten L., de N.V. R.V.S. en de N.V. A.P.A. niet wordt betwist;

B. De door de echtgenoten Jozef L.-M., de N.V. R.V.S. en de N.V. A.G. van 1830 ingestelde incidentele beroepen

Overwegende dat er omtrent de toelaatbaarheid van de ingestelde incidentele beroepen evenmin enige betwisting bestaat;

C. Het door de echtgenoten Jozef L.-M. en de N.V. R.V.S. tegen Jan G. ingesteld onder nr. 267/81 van de A.R. ingeschreven hoofdberoep

Overwegende dat voormeld bij verzoekschrift van 2 februari 1981 door de echtgenoten Jozef L.-M. en de N.V. R.V.S. ingesteld hoger beroep een nutteloze herhaling is van het door betrokkenen ingestelde hierboven sub B toelaatbaar verklaard incidenteel beroep; dat het bij gebreke aan belang niet toelaatbaar is;

D. Het incidenteel beroep van de N.V. A.G. van 1830 tegen Oscar D.:

Overwegende dat de eerste rechter in verband met de door de N.V. «Verenigde Eigenaars P.R. 1821» — thans de N.V. «A.G. van 1830» tegen Oscar D. ingestelde tussenvordering, na de heropening der debatten te hebben bevolen om partijen toe te laten te concluderen omtrent de toelaatbaarheid en de rechtsgrond van de vordering, de zaak naar de bijzondere rol heeft verwezen (cf. supra II, A, 2);

Overwegende dat de N.V. A.G. van 1830 bij conclusie de veroordeling van Oscar D. vordert tot betaling van een bedrag van 116.509 frank vermeerderd met de vergoedende interesten sedert 26 december 1970 en de gerechtelijke interesten; dat dit impliciet ingesteld incidenteel beroep toelaatbaar is;

(...)

NOOT—1. Eisers zijn eigenaar van een woning gelegen naast een herberg. In de herberg ontstaat brand. Het vuur slaat over op de woning van eisers. Eisers dagvaarden tot schadevergoeding zowel de exploitant van de herberg als de eigenaar van het gebouw waarin de herberg wordt gehouden. De eigenaar stelt een vordering tot vrijwaring in tegen de exploitant.

De rechtbank van eerste aanleg verklaart de hoofdvordering gegrond tegenover de exploitant, maar stelt de eigenaar buiten de zaak. De door de eigenaar ingestelde eis tot vrijwaring heeft derhalve geen bestaansreden. De exploitant stelt hoger beroep in. Hij richt het beroep tegen eisers en tegen de eigenaar. Eisers stellen tegen de eigenaar incidenteel beroep in voor het geval dat het vonnis zou worden gewijzigd.

Na een heropening van de debatten bevelen op grond van artikel 774 Ger. W. verklaart het hof het door de exploitant tegen de eigenaar van zijn herberg ingesteld beroep niet toelaatbaar bij gebrek aan rechtsband wat betreft de hoofdvordering en bij gebrek aan belang wat betreft de eis tot vrijwaring. Niettemin stelt het hof vast dat het incidenteel beroep van de oorspronkelijke eisers tegen de eigenaar wel ontvankelijk is. Het hoofdberoep door eisers ingesteld tegen dezelfde eigenaar, vermoedelijk uit vrees dat het incidenteel beroep niet ontvankelijk zou worden verklaard wegens de niet-ontvankelijkheid van het hoofdberoep van de exploitant tegen de eigenaars, wordt niet toelaatbaar verklaard omdat het een nutteloze herhaling is van het toelaatbaar verklaard incidenteel beroep.

Het arrest raakt hierbij twee vragen aan. Ten eerste stelt het vast dat het hoger beroep van een oorspronkelijke ver-

weerder tegen een medeverweerder tegenover wie in eerste aanleg niet is geconcludeerd, niet toelaatbaar is. Ten tweede verklaart het dat, ondanks de ontoelaatbaarheid van het hoofdberoep tegen de medeverweerder, het tegen hem ingestelde incidenteel beroep wel toelaatbaar is.

2. De vereisten van ontvankelijkheid van het hoger beroep zijn dezelfde als die bepaald in de artikelen 17 en 18 Ger. W. voor de rechtsvordering (Cass., 19 feb. 1979, *R.W.*, 1979-80, 1543, *Pas.*, 1979, I, 725; Hof Brussel, 22 feb. 1979, *J.T.*, 1979, 714). Appellant moet dus een hoedanigheid en een belang hebben bij het instellen van het hoger beroep. Dat betekent 1) dat hij partij moet zijn geweest in eerste aanleg (Gutt en Stranart, «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1974, 584, nr. 103; Le Paige, *Rechtsmiddelen*, p. 53); 2) dat hij benadeeld moet zijn door het eerste vonnis (Gutt en Stranart, *ibidem*, p. 585, met verwijzingen; Fettweis, *Droit judiciaire privé*, 1980, III, p. 476); daar de eis tot vrijwaring ingesteld door de eigenaar van het gebouw tegen de exploitant van de herberg door de rechtbank van eerste aanleg was afgewezen, merkt het arrest correct op dat de exploitant geen belang had bij een hoger beroep tegen het vonnis wat deze eis tot vrijwaring betreft; 3) dat hij het hoger beroep moet richten tegen de partij die een hoedanigheid heeft om erop te antwoorden (zie Verslag Koninklijke Commissaris, *Parl. St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 26, *Pasin.*, 1967, 322). Zulk een partij is in splitsbare geschillen die welke voordeel heeft gehaald uit het bestreden vonnis en die in eerste aanleg tegenpartij was van de appellant. Een schadegeschil is altijd splitsbaar (Hof Gent, 4 nov. 1971, *R.H. Antw.*, 219). Een hoger beroep kan in zulk een procedure derhalve tegen een oorspronkelijke medeverweerder alleen gericht worden wanneer de appellant tegen deze medeverweerder conclusie heeft genomen of wanneer de medeverweerder zelf tegen de appellant heeft geconcludeerd (Hof Brussel, 30 juni 1970, *Pas.*, 1971, II, 33; Hof Brussel, 15 mei 1972, *Pas.*, 1972, II, 147; Hof Antwerpen, 13 sept. 1976, *R.H. Antw.*, 1975-76, 413; anders: Hof Luik, 25 okt. 1977, 2e K., A.R. nr. 5585/74, onuitgeg., geciteerd in de Leval, *Les conclusions en matière civile*, p. 51; Rb. Aarlen, 14 maart 1979, *J.L.*, 1978-79, 170, met afkeurende noot van de Leval; voor de rechtspraak van voor de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek zie men Gutt en Stranart, *op. cit.*, p. 586, met verwijzingen; zie ook *R.P.D.B.*, tw. «Appel en matière civile et commerciale», nrs. 35 e.v.; Brosens, *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, A.P.R. 1956, p. 123).

In het besproken arrest wordt vastgesteld dat wat de hoofdvordering betreft de medeverweerders geen rechtsband hadden. Daarmee bedoelt het hof dat zij in het geding geen tegenpartijen waren. Terecht wordt derhalve het beroep van de exploitant tegen de eigenaar ontoelaatbaar verklaard.

Op te merken valt dat dezelfde vereisten van hoedanigheid en belang gelden voor een incidenteel beroep (Hof Brussel, 30 sept. 1970, *J.T.*, 1971, 220; Fettweis, *op. cit.*, p. 493; de Leval, *J.L.*, 1978-79, 173).

Op te merken valt ook dat een vordering van de appellant tot bindendverklaring van het arrest voor de oorspronkelijke medeverweerder geen hoger beroep is en dus wel ontvankelijk is (Cass., 22 dec. 1978, *R.W.*, 1979-80, 517,

Pas., 1979, I, 491; Hof Brussel, 12 feb. 1975, *J.T.*, 1975, 398).

De niet-ontvankelijkheid wegens gebrek aan belang is niet van openbare orde (Hof Brussel, 22 feb. 1979, *J.T.*, 1979, 714; zie De Corte, «Hoe autonoom is het procesrecht», *Procesrecht vandaag*, p. 23).

3. Oorspronkelijke eisers, geïntimeerden, hadden tegen de eigenaar incidenteel beroep ingesteld voor het geval het bestreden vonnis zou worden gewijzigd.

Een incidenteel beroep mag ingesteld worden bij conclusie (art. 1056, 4°, Ger. W.) en buiten de normale appeltermijnen (art. 1054, eerste lid, Ger. W.) maar is toelaatbaar alleen tegen de partijen die in het geding zijn voor de rechter in hoger beroep (art. 1054, eerste lid, Ger. W.). Hoewel het hof het hoofdberoep van de exploitant tegen de eigenaar ontoelaatbaar acht, stelt het vast dat het incidenteel beroep tegen deze eigenaar ingesteld door de geïntimeerde wel toelaatbaar is.

Het hof motiveert deze beslissing door de overweging dat de toelaatbaarheid van het incidenteel beroep, door de eigenaar, gedaagde op incidenteel beroep, niet werd betwist. Procesrechtelijke regels betreffende de toelaatbaarheid van een hoger beroep zijn niet van openbare orde (Hof Brussel, 22 feb. 1979, *J.T.*, 1979, 714; zie De Corte, «Hoe autonoom is het procesrecht», in *Procesrecht vandaag*, p. 23).

4. Ook in geval van betwisting zou het hof het incidenteel beroep ontvankelijk hebben moeten verklaren.

Art. 1054, tweede lid, Ger. W. bepaalt dat het incidenteel beroep ontoelaatbaar is wanneer het hoofdberoep nietig of laattijdig wordt verklaard. Zo werd het incidenteel beroep ontoelaatbaar verklaard omdat het hoofdberoep nietig was wegens schending van art. 1273 Ger. W. (Cass., 31 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1080, *Pas.*, 1974, I, 1006) en wanneer het hoofdberoep laattijdig was (Cass., 17 dec. 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 380, *Pas.*, 1972, I, 379). Terecht werd daarentegen het incidenteel beroep toegelaten wanneer het hoofdberoep zonder voorwerp was (Hof Brussel, 30 sept. 1970, *J.T.*, 1971, 220; Hof Brussel, 10 feb. 1972, *Rev. Not.B.*, 1972, 157). Zo ook zal het incidenteel beroep toelaatbaar zijn wanneer het hoofdberoep niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang of hoedanigheid. Ten onrechte breiden sommige auteurs de draagwijdte van de duidelijke tekst van art. 1054, tweede lid, Ger. W. uit door te menen dat alle gevallen van niet-ontvankelijkheid van het hoofdberoep de niet-ontvankelijkheid van het incidenteel beroep tot gevolg hebben (Fettweis, p. 492; de Leval, *Les conclusions en matière civile*, p. 52, voetnoot 32). Dit was gedeeltelijk correct vóór het Gerechtelijk Wetboek (zie *R.P.D.B.*, tw. «Appel en matière civile et commerciale», nrs. 398 e.v.; Brosens, *Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel*, A.P.R., nrs. 644 e.v.) en is nog juist in het Franse recht (zie art. 550 Code de procédure civile). In het Belgisch gerechtelijk privaatrecht echter zijn de begrippen ontoelaatbaarheid of niet-ontvankelijkheid (dit zijn synoniemen, zie De Corte, *op. cit.*, p. 3) verschillend van het begrip nietigheid (*ibidem*, p. 9 en 12 e.v.). De tekst van art. 1054, tweede lid, Ger. W. bepaalt duidelijk dat de nietigheid van het hoofdberoep het incidenteel beroep niet-ontvankelijk maakt. Verder geeft alleen de niet-ontvankelijkheid van het hoofdberoep wegens laattijdigheid eveneens aanleiding tot ontoelaatbaarheid van het incidenteel beroep. Dit is begrijpelijk daar de inachtneming van de ter-

mijnen van hoger beroep een ontvankelijkheidsvereiste is, dat echter op straffe van verval is voorgeschreven (artt. 860 en 865 Ger. W.).

Op te merken valt dat, indien dus tegen een onregelmatig in de zaak betrokken geïntimeerde incidenteel beroep ingesteld kan worden, zulk een incidenteel beroep moet uitgaan van een regelmatig geïntimeerde partij. Een geïntimeerde tegen wie het hoger beroep ontoelaatbaar is bij gebrek aan belang of hoedanigheid kan geen incidenteel beroep instellen (Hof Brussel, 22 feb. 1979, *J.T.*, 1979, 714: het arrest stelt echter ook vast dat de regel niet van openbare orde is; anders in Frankrijk, waar ook een niet geïntimeerde incidenteel beroep kan instellen tegen de appellant: Code de procédure civile, art. 549).

5. Indien de exploitant niet ten onrechte zijn beroep mede had gericht tegen de eigenaar, zou tegen deze laatste ook door de oorspronkelijke eisers, geïntimeerden, geen incidenteel beroep ingesteld kunnen zijn. Een incidenteel beroep kan alleen worden toegelaten tegen een partij die in het geding is voor de rechter in hoger beroep (art. 1054, eerste lid, Ger. W.). Het kan zonderling lijken dat een incidenteel beroep dus wel ontvankelijk is wanneer de gedaagde op incidenteel beroep onregelmatig in de appelprocedure is betrokken, maar niet ontvankelijk is wanneer hij, in hoger beroep, niet in de zaak is geroepen (de Leval, *Les conclusions en matière civile*, 1980, p. 53).

Blijkbaar had de koninklijke commissaris zelf daarom een incidenteel beroep tegen een in eerste aanleg maar nog niet in beroep aanwezige partij toegelaten (zie Verslag Van Reepinghen, *Parl.St.*, *Senaat*, 1963-64, 60, p. 249, *Pasin.*, 1977, 466). De tekst van artikel 1054, eerste lid, Ger. W. is echter duidelijk anders (Cass., 12 dec. 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 487, *Pas.*, 1976, I, 480; Cass., 22 dec. 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 480, *Pas.*, 1979, I, 491). Wanneer in een procedure tot schadevergoeding de benadeelde de veroordeling verkrijgt van één verweerder terwijl de andere verweerder buiten de zaak wordt gesteld, zal de benadeelde gewoonlijk het vonnis alleen aan de veroordeelde verweerder laten betekenen en er zorg voor dragen dat hieruit geen berusting in het vonnis kan worden afgeleid (bv. door een betekening onder voorbehoud). Bij hoger beroep van deze verweerder gericht alleen tegen de eiser-benadeelde zal de laatste nog een hoofdberoep kunnen richten tegen de buiten de zaak gestelde medeverweerder aangezien jegens hem bij gebrek aan betekening geen termijn liep (Hof Brussel, 30 sept. 1970, *J.T.*, 1971, 220). Anders zal het zijn wanneer de buiten zaak gestelde verweerder het vonnis aan de twee andere partijen deed betekenen. Indien de veroordeelde verweerder op de laatste dag van de termijn hoger beroep aantekent en dit beroep logisch alleen tegen de oorspronkelijke eiser richt, zal deze laatste die voornemens was te berusten, geen mogelijkheid meer hebben om tegen de betekende verweerder hoger beroep in te stellen. Indien dan in beroep wordt beslist dat het eerste vonnis moet worden gewijzigd en dat niet de in eerste aanleg veroordeelde partij maar wel diens in eerste aanleg buiten de zaak gestelde medeverweerder aansprakelijk is voor de schade door eiser geleden, zal deze eiser het zonder schadevergoeding moeten stellen omdat het vonnis dat de eis gericht tegen de medeverweerder ongegrond verklaarde in kracht van gewijsde zal zijn gegaan. Tenzij de veroordeelde medeverweerder uitdrukkelijk heeft laten weten in het vonnis te berusten,

zal de oorspronkelijke eiser er in dat geval derhalve goed aan doen binnen een maand na de betekening tegen de betekende verweerder conservatoir hoger beroep in te stellen.

Jean-Pierre Fierens

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 8 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheren: de hh. Meers en Van Gelder

Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven

Advocaten: mrs. Keirsmackers loco Van den Brande en Slachmuylders

Faillissement — Wettelijke schuldvergelijking — Vereisten.

Wettelijke schuldvergelijking heeft van rechtswege plaats wanneer vóór de faillietverklaring van een van de partijen de schuldvorderingen vaststaand, effen en eisbaar zijn. Dit is niet het geval voor een factuur die door de schuldeiser op zijn schuldenaar is uitgeschreven op de dag dat deze laatste failliet verklaard werd, terwijl niet blijkt dat de schuldenaar voordien het bedrag kende dat hij schuldig was.

P.V.B.A. H. t/ mr. Stiers q.q.

Gelet op de geregistreerde dagvaarding op 16 februari 1979 betekend op verzoek van geïntimeerde q.q., de betaling beogend van een met interesten en kosten te vermeerderen bedrag van 137.863 fr., saldo van een factuur nr. 382 van 31 oktober 1977 van 219.838 fr., B.T.W. inbegrepen, door appellante verschuldigd wegens levering en plaatsing van aluminium ramen en deuren;

Gelet op het vonnis waartegen hoger beroep, op tegenspraak gewezen op 2 maart 1981 door de 4e kamer van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen, waardoor de hoofdvordering wordt toegewezen, de tegeneis van appellante ontvankelijk en gegrond wordt verklaard, gezegd wordt dat er geen reden bestaat tot gerechtelijke compensatie met de hoofdeis en waardoor rechtens gezegd wordt dat de tegenvordering van appellante wordt opgenomen in het gewoon passief van het faillissement N.V. B. voor een bedrag van 296.400 fr.;

Overwegende dat de curator zegt dat de factuur van 31 oktober 1977 waarvan het bedrag van 137.863 fr. een saldo vormt, nooit geprotesteerd werd;

Overwegende dat inderdaad uit niets blijkt dat de bewuste factuur ooit geprotesteerd werd; dat zij derhalve moet worden geacht door appellante aanvaard te zijn;

Overwegende dat appellante derhalve het bedrag van 137.863 fr. verschuldigd is aan geïntimeerde q.q., vermeerderd met de moratoire interesten vanaf 31 oktober 1977, datum van inmorastelling, tot 16 februari 1979 en de gerechtelijke interesten sedertdien;

Overwegende dat de N.V. B. failliet werd verklaard op 20 maart 1978;

Overwegende dat appellante op diezelfde datum een factuur uitschreef op de N.V. B. voor een bedrag van 296.400 fr., wegens uitvoering van grondwerken;

Overwegende dat de curator dit bedrag in se niet betwist;

Overwegende dat appellante compensatie tussen de wederzijdse verschuldigde bedragen vordert, terwijl de curator q.q. dienaangaande de bevestiging van het vonnis a quo vraagt;

Overwegende dat de factuur van 219.838 fr. (31 okt. 1977) betrekking had op leveren en plaatsen van aluminium ramen en deuren;

Overwegende dat op een kleine offerte van 3 februari 1976 van B. aan H., op 29 juni 1976 geschreven werd: «Er dienen geen betalingen te worden gedaan, zoals bank, postrekening of kas; deze moeten gebeuren in uitvoering van grondwerken aan onze eigendom, te Willebroek»;

Overwegende dat uit niets blijkt dat dit stelsel is blijven gelden voor andere bestellingen, terwijl evenmin bewezen is dat zich tussen partijen een lopende rekening zou hebben gevormd;

Overwegende dat alleszins conventionele schuldvergelijking niet bewezen is (De Wilde, L. en Galaude, L., Overzicht van rechtspraak, Faillissement, *T.P.R.*, 1974, nr. 4, randnummer 23) zodat eventuele gevolgen daarvan niet dienen te worden onderzocht;

Overwegende dat, na het vonnis van faillietverklaring, wettelijke schuldvergelijking van rechtswege plaatsheeft, wanneer vóór het faillissement de schuld van de schuldeiser en de schuldvordering van de schuldenaar vaststaand, effen en eisbaar zijn (De Wilde en Galaude, *op. cit.*, randnr. 21);

Overwegende dat de factuur van 20 maart 1978 dateert van na het faillissement, daar aanvaard wordt dat het faillissement ingaat op het eerste uur van de dag waarop het is uitgesproken (De Wilde en Galaude, *op. cit.*, randnummer 14, blz. 808-809);

Overwegende dat redelijkerwijze niet kan worden aanvaard dat de factuur eveneens om middernacht tot stand zou zijn gekomen;

Overwegende dat uit niets blijkt dat B. vóór het faillissement het bedrag kende dat aan H. verschuldigd was, zodat de schuld niet effen was en er derhalve geen wettelijke compensatie vóór het faillissement mogelijk is (cf. De Page, III, nr. 636);

Overwegende dat gerechtelijke compensatie na faillissement kan worden aanvaard wanneer wederkerige verbintenissen uit een zelfde oorzaak voortkomen of wanneer de ene verbintenis de oorzaak is van de andere (De Wilde en Galaude, *op. cit.*, randnummer 22);

Overwegende dat de oorzaak van de levering en plaatsing van aluminium ramen enerzijds en het uitvoeren van grondwerken zeker niet dezelfde was en de vermelding op de offerte van 3 februari 1976 op een wijze van betaling slaat, doch het plaatsen en leveren van aluminium ramen zeker niet de oorzaak was van het uitvoeren van grondwerken of vice-versa;

Overwegende dat, zoals reeds gezegd, het niet eens zeker is dat deze wijze van betaling nog geldt voor latere contracten;

Overwegende dat het vonnis a quo derhalve integraal dient te worden bevestigd;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE OUDENAARDE

1e KAMER — 25 MEI 1982

Voorzitter: de h. Vermeiren

Rechters: de hh. Mys en De Smedt

Advocaten: mrs. Blontrock en Destrebecq loco Demeester

Eredienst — Van voor de Franse revolutie daterende pastorie — Eigendomsrecht.

Uit de samenhang van de toentertijd uitgevaardigde wetten en besluiten blijkt dat de Franse wetgever na het concordaat van 1801 de voorheen genaaste kerkgoederen in geen geval op een formele en onbetwistbare wijze in eigendom aan de gemeenten of aan wie ook overgedragen heeft.

Gemeente Maarkedal t/ Kerkfabriek Sint-Pieters

Eiseres vordert de erkenning van het door gedaagde betwist eigendomsrecht over de pastorie van de parochie Sint-Pieter te Maarkedal, voorheen Schorisse; de overschrijving van het eindvonnis in de registers van de hypotheekbewaarder wordt tevens gevorderd.

Bij het opmaken van de inventaris der onroerende goederen van eiseres na de fusie der gemeenten Etikhove, Maarkedal-Kerkem, Nukerke en Schorisse, zou over dat eigendomsrecht betwisting zijn ontstaan.

Eiseres steunt hoofdzakelijk op de inschrijving in haar voordeel op het kadaster onder de 4e afdeling, sectie C nr. 128/b groot 26a 50ca, nr. 509 van de legger, alsook op de bepaling van art. 72 van de wet van 18 germinal jaar X (8 april 1802) betreffende de regeling van eredienssten, luidende dat de pastoriën en de daaraan grenzende tuinen teruggegeven worden aan de pastoors en aan de bedienaars van hulpparochies, en dat, wanneer die goederen reeds vreemd waren, het de gemeentebesturen toegestaan wordt om aan deze bedienaars van de eredienst een woning en een tuin te verschaffen; ook wordt verwezen naar rechtsleer en naar een traditionele rechtspraak.

Gedaagde betwist de aanspraken en de middelen van de gemeente; subsidiair voert zij aan dat zij in 1869-1873 overgegaan is tot het hernieuwen van de gebouwen en vordert zij bij tegeneis de veroordeling van de gemeente tot betaling van een provisie van één frank.

Verschillende, en tegenstrijdige, interpretaties van voormeld art. 72 van de wet van 18 germinal jaar X worden door de rechtsleer voorgesteld; zij hebben beurtelings de voorkeur genoten van wat men noemt «de gevestigde rechtspraak», hoewel het probleem zoals het zich thans in zijn eigen termen voordoet, niet zo dikwijls door de rechtspraak schijnt te zijn beslecht, daar de aangehaalde beslissingen eerder de aard van het recht van de zittende pastoor, en de rechtsgevolgen hieruit, hebben beslecht; in de motieven van die rechtspraak wordt ook terloops het eigendomsrecht over de pastoriëwoning onderzocht. Ter zake rijst alleen het probleem van het eigendomsrecht over de pastorie en wel in volgende termen:

De parochie Schorisse zou, volgens niet betwiste gegevens geput uit een studie van F. De Smaele (de Kerk van Schorisse in jaarboek van de Zottegemse Culturele Kring — Zottegem 1953 tot 1956) reeds voor het jaar 832 bestaan

hebben, als afhangende van de St-Pietersabdij Ronse; volgens de inventaris van het kunstpatrimonium van Oost-Vlaanderen (deel VII, kanton St.-Maria-Horebeke door Elisabeth Dhanens, blz. 259) werd een eerste pastoorshuis in 1414 gebouwd, een nieuw in 1640, in 1763 en in 1867-69; nopens de bouw van dit laatste door aannemer De Cordier-Dierickx voor rekening van de kerkfabriek van Schorisse, worden fotoafschriften van processtukken door gedaagde overgelegd. Het wordt niet betwist dat de huidige pastorie op de plaats staat waar de oude gebouwen stonden.

Het staat bijgevolg vast dat de pastoorswoning van Schorisse een «oude pastorie» is, d.w.z. een goed dat, onder de Franse overheersing ingevolge de wet van 9 vendémiaire jaar IV (1 oktober 1795), waardoor België bij het Franse grondgebied werd ingelijfd, wat tot gevolg had dat in België het decreet van 13 brumaire jaar II (3 november 1793) en de wetten van 3 ventôse jaar III en 7 vendémiaire jaar IV (21 februari en 29 september 1795) toepasselijk werden gemaakt, «ter beschikking van de natie» werd gesteld; het goed kon bijgevolg in het staatsdomein gevallen zijn, en wel in het privé-domein van de staat, aangezien het vervreemd kon worden; het blijkt nochtans niet dat de pastoorswoning van Schorisse vóór 8 april 1802, nog vervreemd zou zijn geweest.

Ingevolge het concordaat van 1801 is de wet van 18 germinal jaar X (8 april 1802) uitgevaardigd; in die wet werd bij art. 72 bepaald dat de pastorieën en aanpalende tuinen «teruggegeven zullen worden aan de pastoors en aan de bedienaars van de hulpparochies» voor zover zij nog niet vervreemd zouden zijn; deze wetsbepaling heeft, op zichzelf genomen, geen overdracht van eigendom bewerkstelligd ten voordele van de gemeenten; dit wordt niet uitdrukkelijk gezegd, en kan ook niet afgeleid worden uit de tweede volzin van art. 72 van dezelfde wet, waarbij bepaald wordt dat de gemeenten waar de pastoorswoning reeds vervreemd is, gemachtigd worden («sont autorisées») om de pastoors een woning en een tuin te verschaffen.

Uit die machtiging aan de gemeenten moet geenszins noodzakelijk afgeleid worden dat het eigendomsrecht van nog niet vervreemde oude pastorieën aan de gemeenten overgedragen wordt, als vergoeding voor het toegelaten ter beschikking stellen aan de pastoors van een degelijke huisvesting; zulk een redenering houdt geen stand wanneer men ze met de nodige objectiviteit onderzoekt.

Er zijn hier twee bepalingen voorhanden, die twee verschillende situaties op het oog hebben in verband met de huisvesting van de bedienaar van de eredienst, en daaraan twee verschillende oplossingen geven.

Een latere besluitwet van 7 thermidor jaar XI (26 juli 1803) bepaalt dat de goederen der kerkfabrieken welke niet vervreemd werden, aan hun bestemming teruggegeven worden («seront rendus à leur destination») en dat de goederen van de kerkfabrieken van afgeschafte kerken gevoegd zullen worden aan die van kerken die bleven bestaan; wanneer een vroegere wet, namelijk art. 72 van de wet van 18 germinal jaar X van rechtswege een eigendomsoverdracht ten voordele van de gemeente tot stand gebracht zou hebben, zoals eiseres het betoogt, dan zou de wetgever later niet meer over diezelfde goederen en hun bestemming kunnen hebben beschikt.

Wanneer men teruggaat tot de tekst zelf van het Concordaat van 23 fructidor jaar IX (10 september 1801), waarin

de principes vastgelegd worden van de regeling betreffende de vroegere kerkelijke goederen, dan stelt men vast dat de artt. 12 en 13 het principe stellen dat de kerk de rechten van de verkrijgers van zulke goederen niet zou betwisten, terwijl de nog niet vervreemde goederen terug ter beschikking van de bisschoppen zouden worden gesteld; er is bijgevolg een definitieve afstand door de kerk wat betreft de door de Franse Staat eerst genaaste en later vervreemde goederen, gepaard met een verbintenis van de Staat om de genaaste en niet vervreemde goederen ter beschikking te stellen van de kerkelijke gezagdragers; op het gebruik van die goederen staat de kerk haar aanspraken niet af; een latere overdracht van die goederen aan de gemeenten — welke niet formeel geschiedde — zou met deze bepalingen van het concordaat strijdig zijn, in de mate dat de Staat daardoor zijn verbintenissen uit het concordaat zou verminderen of verhinderen.

Een advies van de Franse Conseil d'Etat van 30 april 1807 (*Recueil de législation*, I, nr. 481, blz. 328) interpreteert, op bevel van de Keizer, de bepalingen van voornoemd besluitwet van 7 thermidor jaar XI (26 juli 1803) in de volgende termen:

«Is van oordeel dat de eerste probleemstelling nopens het eigendomsrecht over de goederen die bij de wet van 13 brumaire jaar II ter beschikking van de natie waren gesteld, duidelijk werd opgelost door art. 1 van de besluitwet van 7 thermidor jaar XI, waar men leest dat de goederen van de kerkfabrieken welke niet vervreemd zijn... tot hun bestemming zullen worden teruggegeven», waaruit volgt dat elk onroerend goed voortkomende van een kerkfabriek... welker vervreemding niet voltrokken was vóór de uitvaardiging van de besluitwetten van 7 thermidor jaar XI, 25 frimaire jaar XII, 15 ventôse en 28 messidor jaar XIII, terugkeert naar de kerkfabrieken en aan deze moet worden teruggegeven.

Deze interpretatie volgt schier onmiddellijk de uitvaardiging van het besluit van 7 thermidor jaar XI en mag doorgaan als betrouwbaar, omdat zij steunt op de «ratio legis» van dit besluit, en niet op een tekstinterpretatie waarvan, zoals eerder reeds werd aangetoond, de logische samenhang niet zo overtuigend is.

In dit verband is ook merkwaardig dat het decreet van 15 ventôse jaar XIII (6 maart 1805) dat ter uitvoering van het besluit van 7 thermidor jaar XI getroffen werd betreffende de niet vervreemde goederen van de kerkfabrieken van hoofdkerken van bisdommen, over deze goederen beschikt door ze toe te wijzen («appartiendront à») aan de kerkfabrieken van deze kathedralen (zie *Recueil de législation*, I, nr. 424, blz. 302).

Indien, zoals eiseres het op grond van zekere referenties betoogt, art. 72 der wet van 18 germinal jaar X reeds een eigendomsoverdracht verwezenlijkt zou hebben ten voordele van de gemeenten van alle kerken en pastoorswoningen, dan zou de wetgever van 15 ventôse jaar XIII geen nieuwe overdracht uit het staatsdomein van sommige genaaste goederen tot stand hebben kunnen brengen (zie o.m. *Pandectes belges*, V° Presbytère, nr. 7: «L'art. 72 de la loi du 18 germinal X n'a pas opéré un transfert ou une attribution de propriété»).

Uit de samenhang van deze verschillende wetten en besluiten dringt de vaststelling zich op, dat de Franse wetgever na het concordaat van 1801 de voorheen genaaste kerk-

goederen in geen geval op een formele en onbetwistbare wijze in eigendom aan de gemeenten of aan wie ook overgedragen heeft, hoewel het misschien «natuurlijk en consequent» zou kunnen zijn geweest dat hij het had gedaan (zie advies eerste advocaat-generaal Mesdach de ter Kiele naar aanleiding van Cass., 28 maart 1878, *B.J.*, 1878, 450 e.v.); uit deze beschouwingen over wat de wetgever had moeten doen kan men nochtans geen recht afleiden ten bate van de gemeente Maarkedal; evenmin ten bate van de Kerkfabriek Sint-Pieter, die in de aangehaalde teksten alleen een beheers- en beschikkingsrecht over de pastorie kan putten; nu zij echter geen formele eigendomsvordering instelt, moet daar niet verder op ingegaan worden.

Eiseres haalt, ten voordele van haar stelling — die tot hiertoe niet bewezen is — twee «verklarende adviezen» aan van de Franse «Conseil d'Etat», namelijk van 3 nivôse jaar XI (23 december 1802) en 3 pluviôse jaar XIII (22 januari 1805), en betoogt dat de draagwijdte van deze adviezen niet van administratieve raadgevende aard zou zijn, maar verbindend zou zijn; zij zouden kracht van wet hebben.

Voor zover de rechtbank deze adviezen kan kennen, werden zij niet afgekondigd, noch bekendgemaakt.

De akten van de overheid kunnen, naar Belgisch recht, alleen dan wetsgeldigheid hebben, wanneer zij getroffen werden door een wetgevend lichaam onverantwoord zijn, naar behoren van authenticiteit afgekondigd, en naar behoren van publiciteit bekendgemaakt werden; deze vereisten betreffen zowel de waarborg tegen machtsoverschrijding als de rechtszekerheid.

Ter zake kan geen wetsgeldig karakter toegekend worden aan wat de Franse «Conseil d'Etat» zelf alleen met het predikaat advies bestempelt, en dat verder aan geen enkel vereiste beantwoordt van met kracht van wet beklede overheidsbeschikkingen.

Er moet ook verwezen worden naar het eerder aangehaald — en gepubliceerd advies van de «Conseil d'Etat» van 30 april 1807 dat luidt: «d'où il suit que tout immeuble ou rente provenant de fabriques, de confréries, de fondations, ou de fabriques d'anciens chapitres dont l'aliénation ou le transfert n'avait pas été consommé antérieurement à la promulgation des arrêtés des 7 thermidor an XI, 25 frimaire an XII, 15 ventôse et 28 messidor an XIII, retourne aux fabriques et doit leur être restituée...»

Samenvattend stelt de rechtbank vast dat eiseres sterk benadrukt dat het betwiste goed geen eigendom van gedaagde kan zijn, maar geen overtuigend bewijs heeft kunnen brengen van de titel waarop haar eigendomsvordering zou kunnen steunen.

Nu de eis moet worden afgewezen, is er geen aanleiding om in te gaan op de subsidiair ingestelde tegeneis; deze tegeneis is zonder voorwerp.

(...)

NOOT—De eigendom van een pastorie

1. De gemeente Maarkedal stelde tegen de Kerkfabriek St.-Pieter van Maarkedal een vordering in tot erkenning van haar eigendomsrecht op de pastorie van de vroegere gemeente Schorisse (nu Maarkedal).

Hiermee wordt een oud en complex probleem nog eens opgehaald: is een pastorie gebouwd vóór de Franse revolutie en/of de grond waarop ze stond eigendom van de ge-

meente of van de kerkfabriek? Het probleem kan natuurlijk alleen deze pastorieën beroeren, aangezien de pastorieën gebouwd na de Franse revolutie evident eigendom zijn van de personen die ze gebouwd hebben of op wiens grond ze gebouwd zijn.

Nadat de kwestie reeds in de vroege 19e eeuw veel inkt deed vloeien, bracht het cassatiearrest van 1940 (Cass., 6 november 1940, *Pas.*, 1940, I, 279) een zekere gerechtelijke vrede. Het probleem komt weer boven omdat sommige parochies het priestertekort sterk beginnen aan te voelen en het soms zonder pastoor moeten stellen: wat gebeurt er met de pastorie?

De Rechtbank van Oudenaarde heeft ongetwijfeld de verdienste de zaak zo duidelijk en overzichtelijk mogelijk te hebben voorgesteld.

2. *Overzicht van de wetteksten.* Op 9 vendémiaire jaar IV (30 september 1795) werden de Oostenrijkse Nederlanden bij de Franse Republiek ingelijfd. Daardoor werd de Franse wetgeving ook in onze streken toepasselijk. De kerkelijke goederen werden door het decreet van 2-4 november 1789 genationaliseerd (... tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la Nation; zie De Champeaux, G., *Le droit civil ecclésiastique*, Parijs, z.d., I, 348) en naderhand verkocht. Het concordaat van 26 messidor jaar IX (15 juli 1801) luidde een tijd van verbetering en normalisering van de betrekkingen met de Kerk in. Het werd uitgevoerd door de wet van 18 germinal jaar X (8 april 1802), die in haar art. 72 bepaalde: «Les presbytères et les jardins attenants, non aliénés, seront rendus aux curés et aux desservants des succursales...» Het besluit van 7 thermidor jaar XI (26 juli 1803) gaf hun niet-vervreemde goederen terug aan de kerkfabrieken: «Les biens des fabriques non aliénés ainsi que les rentes dont elles jouissaient, et dont le transfert n'a pas été fait, sont rendus à leur destination». Twee latere uitvoeringsdecreten zijn uitdrukkelijker: dat van 15 ventôse jaar XIII (6 maart 1805) op de goederen van de kathedrale kerkfabrieken en dat van 28 messidor jaar XIII (17 juli 1805). Het eerste bepaalt letterlijk: «En exécution de l'arrêté du 7 thermidor an XI, les biens et rentes non aliénés provenant des fabriques des métropoles et cathédrales des anciens diocèses... appartiendront aux fabriques des métropoles...» Het keizerlijk decreet van 31 juli 1806 bepaalde dat de pastorieën die door de kerkelijke reorganisatie afgeschaft werden, deel zouden uitmaken van de aan de kerkfabriek van hun arrondissement gerestitueerde goederen.

Ondertussen hadden we echter twee adviezen van de «Conseil d'Etat» gekregen, van 3 nivôse jaar XI (23 december 1802) en 3 pluviôse jaar XIII (22 januari 1805) die op het eerste gezicht het eigendomsrecht aan de gemeenten toekennen.

3. *De klassieke stelling.* De stelling die sinds het cassatiearrest van 1886 (Cass., 11 november 1886, *Pas.*, 1886, I, 401, met conclusie van proc.-gen. Mesdach de ter Kiele; arrest a quo: Hof Gent, 13 juni 1885, *Pas.*, 1885, II, 355) algemeen gangbaar is geworden (en in dit vonnis niet wordt bijgevallen) is dat de gemeente eigenares is van de pastorie.

De rechtspraak is nadien, op enkele uitzonderingen na, deze oplossing blijven volgen (Hof Brussel, 14 mei 1938, *Pas.*, 1938, II, 113; Hof Brussel, 28 juni 1948, *Jur. Liège*, 1948-49, 97; Rb. Antwerpen, 14 maart 1936, *R.W.*, 1935-36, 1436, m.n. J. Brans). De rechtsleer geeft wel toe dat een andere stelling zou kunnen worden verdedigd, maar zweert

toch meestal bij de klassieke stelling (De Brouckère, C., en Tielemans, F., *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, Brussel, 1844, tw. «Cure et curé», *R.P.D.B.*, tw. «Cultes»; De Corswarem, A., *Wetten en dekreten over de kerkfabrieken*, Hasselt, 1894, 28, nr. 26; Schepens, T., *Praktische handleiding voor de kerkfabrieken*, Brugge, 1966, 191; Van Dermoere, V., *Kerkbesturen*, Brugge, 1979, 54, nr. 191).

Men kan deze leer op twee grote bases grondvesten. Men kan immers stellen dat de pastorie niet behoort tot de goederen die eigendom waren van de kerkfabriek, maar in een aparte categorie thuishoort, als goed bestemd voor de eredienst. De *Répertoire pratique du droit belge* kleeft deze houding aan. Hoewel tijdens het ancien régime het probleem van het eigendomsrecht op kerken en pastorieën niet zo sterk aan bod kwam, moeten we toch aannemen dat de pastorieën zeker onder beheer stonden van de kerkfabriek en heel waarschijnlijk wel hun eigendom waren. Er zijn tal van verordeningen geweest, zowel in de Nederlanden als in Frankrijk, die bepalen wie de pastorie moest onderhouden en herstellen. Uit sommige kan men het eigendomsrecht van de kerkfabriek distilleren (bv. de koninklijke ordonnantie van 30 juli 1672 verbood de gemeenten, in haar art. 48, enige reparatie te doen aan de pastorie; was de gemeente zeker eigenares geweest, zou men haar dan verbieden haar eigendom te herstellen? — Van Espen, Z.B., *Opera omnia*, Leuven, 1753, II, p. 82, nr. 12). Daarbij komt nog dat het decreet van 19-21 december 1789, dat besloot tot de verkoop van de kerkelijke goederen, geen onderscheid maakte en dus ook de pastorieën als kerkelijke goederen verkocht werden.

De tweede, belangrijke, pijler waarop deze stelling rust, is art. 72 van de wet van 18 germinal jaar X. Door de gemeente op te leggen voor de huisvesting van de pastoor te zorgen, zou de Staat de pastorieën aan de gemeenten overgedragen hebben, om hun taak aldus te verlichten. Als daarbij nog komt dat men de pastorieën niet als «biens de fabrique» beschouwt, zijn de overige teksten (zoals het decreet van 7 thermidor jaar XI) ook al niet meer van toepassing. Een sterk argument in deze stelling vormen de twee adviezen van de Conseil d'Etat van de jaren XI en XIII, waarin het eigendomsrecht op het eerste gezicht aan de gemeente wordt toegekend. Het cassatiearrest van 1843 (Cass., 20 juli 1843, *Pas.*, 1843, I, 241, met conclusie van adv.-gen. Dewandre) achtte ze niet bindend, bij gebrek aan publikatie, precies zoals de Rechtbank van Oudenaarde doet. Bij het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 1876 is er heel veel om te doen geweest (Hof Brussel, 3 april 1876, *Pas.*, 1876, II, 157). Duvivier hield een waar constitutioneel betoog om te besluiten tot de bindende kracht ervan (Duvivier, M., «Mémoire pour la ville de Bruxelles», *B.J.*, 1876, 1227). Maar de adviezen vermelden niet eens de kerkfabrieken: het ging er slechts om te weten of de pastorieën aan de staat dan wel aan de «gemeenten» toekwamen. Niet-gepubliceerde adviezen, die dan nog niet eens de kerkfabrieken vermelden, kunnen bezwaarlijk als determinerend beschouwd worden...

Het bijkomend argument in deze zaak is de kadastrale inschrijving ten voordele van de gemeente. De rechtbank is daar niet op ingegaan. De inschrijving op het kadaster kan naar Belgisch recht nooit een eigendomsbewijs, ten hoogste een vermoeden, uitmaken. Het kadaster vestigt geen eigen-

domsrecht (Cass., 15 mei 1902, *Pas.*, 1902, I, 247; Derine, R., Vanneste, F., en Vandenberghe, H., *Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, I, B, 879, nr. 601; Hollanders de Ouderaen, C., «Le cadastre» in *Répertoire notarial*, II, *Les biens*, 25).

4. *Een alternatieve stelling.* De Rechtbank van Oudenaarde heeft in haar vonnis, ons inziens zeer terecht, het eigendomsrecht niet aan de gemeente toegewezen en op een erg verdedigbare manier de klassieke stelling ontkracht. Uit art. 72 van de wet van 18 germinal jaar X kan inderdaad geen eigendomsrecht ten voordele van de gemeente worden afgeleid. Het keizerlijk decreet van 30 mei 1806, dat we boven aanhaalden, biedt nog een argument a fortiori. Mocht de gemeente als eigenares van de pastorie erkend worden, dan zou de situatie vrij onlogisch zijn: een pastorie van een niet-afgeschafte parochie zit in het patrimonium van de gemeente, een pastorie die afgeschafte is, komt terecht in het patrimonium van de kerkfabriek. In dit systeem zou een loutere reorganisatie van de parochies een eigendomsoverdragend effect hebben: een pastorie zou tot aan de reorganisatie eigendom zijn van de gemeente en nadien van een naburige kerkfabriek...

5. *Besluit.* Uit de samenhang van de verschillende wetteksten is de oplossing die dit vonnis geeft, waarschijnlijk heel correct. Toch is het onmiddellijk gevolg van de uitspraak niet zonder meer duidelijk: de gemeente is al geen eigenares; wie dan wel? De kerkfabriek is (of liever: blijft) bezitster...

De kwestie is voorzeker niet gemakkelijk op te lossen: er blijven argumenten over voor de eerste stelling. Toch dient de tweede stelling veel meer de coherentie en de inwendige logica van het systeem. Er is een functioneel gedecentraliseerde instelling die moet zorgen voor de tijdelijke noden van de eredienst: de normale regel zou zijn dat zij het eigendomsrecht houdt over de goederen die precies bestemd zijn voor de uitoefening van de eredienst (Brans, J., noot onder Rb. Antwerpen, 14 maart 1936, *R.W.*, 1935-36, 1436). Hiermee wordt ook geen afbreuk gedaan aan het karakter van domeingoeederen van de pastorieën.

Thierry Van Sinay

VREDEGERECHT TE GENT

7e KANTON — 26 OKTOBER 1981

Rechter: de h. Van Malderen

Advocaat: mr. Van de Voorde

Burgerlijke rechtspleging — Rechtsingang — Vordering tot nietigverklaring van scheidsrechterlijke beslissing inzake kadastraal inkomen — Verzoekschrift — Niet ontvankelijk.

Het verzoekschrift waarbij een vordering tot nietigverklaring van een scheidsrechterlijke beslissing inzake kadastraal inkomen (K.B. van 10 oktober 1979) wordt ingeleid, is niet ontvankelijk. Bij gebrek aan andersluidende bepalingen van de bijzondere wet die in een speciale rechtspleging

voorziet, wordt de wijze van inleiding van een rechtsvordering bepaald door het Gerechtelijk Wetboek.

Ministerie van Financiën t/ R.

Gezien het verzoekschrift van 19 oktober 1981, op die datum ingeschreven onder nr. 926/81 der Algemene Rol, van de heer De K. Lucien, hoofdcontroleur van het Kadaster te Gent III, aan de Bagattenstraat nr. 130 te Gent.

Het verzoekschrift dat in dubbel exemplaar werd neergelegd en ondertekend door mr. H. Van de Voorde, advocaat te Gent, strekt ertoe, met toepassing van artikel 18 van het koninklijk besluit van 10 oktober 1979, wegens niet-naleving van de wettelijke bepalingen vervat in artikel 366, § 1, van het W.I.B., de nietigverklaring te vorderen van de scheidsrechterlijke beslissing van 1 oktober 1981 van de heer Paul V., landmeter-ingenieur, genomen ingevolge vonnis van 9 juli 1981 waarbij hij benoemd werd tot scheidsrechter in de arbitrage die bevolen werd betreffende de betwisting van het kadastraal inkomen van de woning, eigendom van de heer R.

Artikel 391, 2e lid, van het Wetboek van Inkomstenbelastingen, als gewijzigd door de wet van 19 juli 1979, heeft de arbitrageprocedure niet geregeld, maar voorgeschreven dat de Koning de regelen in verband met de arbitrageprocedure zal bepalen. De wet zegt letterlijk: «Hij bepaalt de termijn waarbinnen de procedure moet worden ingesteld, wat de opdracht is van de scheidsrechters, het bedrag van de kosten van de arbitrage en wijst aan wie de bedoelde kosten moet dragen.»

Het koninklijk besluit van 10 oktober 1979, gewijzigd wat de artikelen 12 en 16 ervan betreft door dat van 30 januari 1980, heeft de arbitrageprocedure summier geregeld, mitsdien er een opvallende gelijkheid is met wat door het Wetboek van de registratie-, hypotheek- en griffierechten (artikelen 189 e.v.) en het Wetboek der successierechten (artikelen 111 e.v.) bepaald is voor de expertiseschattingen. Zowel het K.B. van 10 oktober 1979 als voornoemde wetten bepalen dat de beslissing van de scheidsrechter (in voorkomend geval expert inzake registratie- en successierechten) door geen enkel rechtsmiddel kan bestreden worden, tenzij dan de vordering tot nietigverklaring op de gronden door de wet bepaald.

Terwijl inzake registratie- en successierechten de rechtsvordering tot nietigverklaring moet worden gebracht voor de rechter die bevoegd is volgens de gewone voorschriften van het Gerechtelijke Wetboek die de volstreekte bevoegdheid bepalen (artikelen 199 Wb. Registr. en 120 Wb. Suc.) maar dan bij dagvaarding, moet ze naar luid van artikel 18 van het K.B. van 10 oktober 1979 voor de vrederechter die de scheidsrechter(s) heeft benoemd, ingeleid worden. Dit artikel bepaalt evenwel niets betreffende de wijze van inleiding.

De wijze van inleiding van een rechtsvordering wordt, bij gebrek aan andersluidende bepalingen van de bijzondere wet die in een speciale rechtspleging zou voorzien, bepaald door het Gerechtelijke Wetboek. Het Gerechtelijk Wetboek is het gemene recht, van toepassing op elke rechtspleging waarbij een zaak voor hoven en rechtbanken aanhangig wordt gemaakt (artikel 2 Ger. W.; Verslag Van Reepinghen van 10 december 1963, *Parl. St., Senaat*, 1963-1964, nr. 60, blz. 18; Gutt en Linsmeau, «Examen de jurispru-

dence 1971-1978, *Droit judiciaire privé*», *R.C.J.B.*, 1980, 417, nr. 1). Artikel 700 Ger. W. stelt als principe voorop dat alle rechtsvorderingen bij dagvaarding voor de rechter worden gebracht, behoudens de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift (Rasir en Henry, *La procédure de première instance dans le Code judiciaire*, blz. 15; Verslag Van Reepinghen, *o.c.*, blz. 237; Gutt en Stranart-Thilly, «*Droit judiciaire privé*», *R.C.J.B.*, 1974, 69, nr. 90). Bovendien kan de rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift uitsluitend aangewend worden in de gevallen die de wet uitdrukkelijk bepaalt (Verslag Van Reepinghen, *loc. c.*; Gutt en Stranart-Thilly, *loc. c.* en de geciteerde auteurs A. Fettweis, Vieujeun, Van Compennolle, Storme e.a.). De verzoekschriften die een dagvaarding als exploit van rechtsingang vervangen, openen een gemeenschappelijke contradictoire procedure en worden door de bijzondere wet geregeld.

Ten deze kan aangestipt worden dat ingevolge de instructie van 11 april 1980, BDG/4955/70 B van het Ministerie van Financiën, Administratie van de B.T.W., Registratie en Domeinen, aangevuld door die van 17 februari 1981, BDG/5136/69-70, aan de hoofdgriffiers van alle vredegerichten, uitdrukkelijk gesteld wordt dat, wat de toepassing van de griffierechten betreft, opgemerkt moet worden dat er, volgens het Departement van Financiën, vanaf de datum van de ontvangst van het verzoekschrift tot aanstelling van een scheidsrechter een geding tussen de administratie en de bezwaarindiener ontstaat, zodat het verzoekschrift in de algemene rol moet worden ingeschreven maar met vrijstelling van rolrecht (blz. 2, litt. A van de instructie) en «... hier niet kan worden gesproken van een eenzijdige vordering». De hoofdgriffier heeft ingevolge deze instructie, meer bepaald litt. F, ook het onderhavige verzoekschrift tot nietigverklaring van de scheidsrechterlijke beslissing, ingeschreven in de algemene rol (A.R. nr. 926/81). De Administratie kan evenwel noch de tekst van de wet, noch die van het koninklijk besluit wijzigen. Er ontstaat geen enkel geding wanneer om aanstelling van een of drie scheidsrechters verzocht wordt. Er bestaat wel een geschil tussen administratie en bezwaarindiener betreffende de hoegrootheid van het kadastraal inkomen, maar dit geschil wordt bij wijze van definitieve beslissing behandeld voor en berecht door de scheidsrechter(s) (artikel 18 K.B. 10 oktober 1979).

Hoe dan ook, uit deze instructie en de toedracht die door het Departement van Financiën zelf aan het verzoekschrift gegeven wordt, blijkt dat het verzoekschrift tot nietigverklaring van de scheidsrechterlijke beslissing geen eenzijdig verzoekschrift is zoals bedoeld door de artikelen 1025 e.v. Ger. W., maar door verzoeker zelf beschouwd wordt als een verzoekschrift dat een exploit van rechtsingang bij dagvaarding moet vervangen en een bilaterale en contradictoire rechtspleging moet openen. Het is overigens duidelijk dat de rechtsvordering tot nietigverklaring gericht is tegen de scheidsrechter, die belangen te verdedigen heeft aangezien artikel 19, § 1, K.B. 10 oktober 1979 elke bezoldiging uitsluit wanneer de beslissing van de scheidsrechter vernietigd wordt. Ook de bezwaarindiener is belanghebbende partij.

Anderzijds zal de rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift wel van toepassing zijn, ongeacht de aanhef van titel V Ger. W., voor zover geen bijzondere wet de rechtspleging op verzoekschrift regelt (Verslag Hermans, *Parl. St., Ka-*

mer, zitting 1 juni 1967, nr. 59/49, blz. 152). Vereist is dan wel dat de bijzondere wet in de rechtspleging op verzoekschrift voorziet.

Nu het koninklijk besluit van 10 oktober 1979 een contradictoir debat organiseert wanneer een vordering tot wraking tegen de scheidsrechter(s) op verzoekschrift wordt ingeleid (artikel 12), maar volledig stilzwijgend blijft wat de vordering tot nietigverklaring betreft, behoudens dan dat de bevoegde rechter wordt aangeduid alsmede de termijn binnen welke zij moet worden ingeleid, moet vastgesteld worden dat alle gemeenrechtelijke regels betreffende de rechtspleging en de wijze van inleiding der vordering nageleefd moeten worden, met name dat de vordering alleen bij wijze van dagvaarding kan worden ingeleid.

Bovendien is de dagvaarding, die het contradictoir geding opent, de beste waarborg voor het verloop van een regelmatige rechtspleging en de zekerheid dat de rechten van verdediging, die van openbare orde zijn en waarover de rechter moet waken, worden nageleefd.

Bij stilzwijgen van de wet komt het niet aan een der partijen toe een andere wijze van inleiding te kiezen dan de gemeenrechtelijke, zoals de rechter al evenmin een rechtspleging kan organiseren of laten doorgaan wanneer die niet uitdrukkelijk door de wet is voorgeschreven. Het is ook slechts nadat de wet de wijze van inleiding van de zaak bepaald heeft, dat zij er de vormen van vaststelt en de uitwerking die eraan verbonden is, bepaalt (Verslag Van Reepinghen, o.c., blz. 237). Huidig vonnis oordeelt niet over de vorm, wel over de wijze van inleiding.

Ten slotte heeft het koninklijk besluit van 10 oktober 1979 de arbitrageprocedure slechts zeer summier omschreven en geregeld, zodat, nu de wet de arbitrage verplicht stelt ten einde de betwisting tussen administratie en bezwaarindiener te beslissen, minstens moet worden gezegd dat waar zij ontoereikendheden of leemten vertoont, alles wat niet speciaal door de uitzonderingsbepalingen van de wet is voorzien, zoals de bevoegdheid en de termijn om de vordering tot nietigverklaring in te leiden, minstens moet geregeld blijven door het gemene recht dat op de arbitrage van toepassing is zoals dit volgt uit de artikelen 1676 e.v. Ger. W. Ook deze artikelen voorzien geen verzoekschrift om de nietigverklaring van de arbitrage te vorderen, zodat de dagvaarding ook om deze redenen vereist is.

*Om die redenen,
Wij Vrederechter,*

Wijzen de vordering zoals zij werd ingeleid af als niet ontvankelijk.

NOOT—De arbitrageprocedure inzake kadastraal inkomen wordt ingesteld bij art. 391 W.I.B. als gewijzigd bij W. 19 juli 1979. Dit artikel zegt dat de Koning de regelen bepaalt in verband met de arbitrageprocedure. Dit is gebeurd in het K.B. van 10 oktober 1979.

Deze procedure vertoont een sterke gelijkenis met de controleschatting geregeld door het Wetboek van Registratie-, Hypotheek- en Grifftierechten (artt. 189 e.v.) en het Wetboek der Successierechten (artt. 111 e.v.), alsook met de schattingsprocedure van het B.T.W.-Wetboek (art. 59, § 2) geregeld bij K.B. van 3 juni 1970.

Al die procedures hebben tot doel de betwisting die ont-

staat tussen de respectieve administraties en de belastingplichtige te laten beslechten door een of drie deskundigen.

Die schattingen worden bestempeld als «arbitrage» (deze term wordt echter enkel expliciet gebruikt i.v.m. de procedure van het K.B. van 10 oktober 1979 m.b.t. het kadastraal inkomen). Immers, door het neerleggen van het verslag van de deskundige(n) is de betwisting betreffende de schatting van het bewuste goed beëindigd.

In bepaalde gevallen echter voorziet de wet nochtans in de mogelijkheid de schatting te doen vernietigen, nl. bij overtreding van de wettelijke en reglementaire bepalingen of bij schending van de hoofdzakelijke vormen (art. 18). In de andere voornoemde schattingsprocedures kan dit eveneens gebeuren bij een «stoffelijke» of «zakelijke» missing. Inzake het kadastraal inkomen wordt in dit laatste geval in een andere procedure voorzien i.v.m. de verbetering van een materiële misslag. De gewestelijke directeur van het kadaster nodigt in dat geval, op eigen initiatief of op verzoek van de bezwaarnemer, de scheidsrechter(s) uit die misslag te verbeteren; indien de uitnodiging binnen vijftien dagen niet is beantwoord, verbetert de gewestelijke directeur van het kadaster de misslag ambtshalve en licht hij de bezwaarindiener daarover in (art. 17).

De hier besproken procedure regelt echter — evenmin als een der bovengenoemde procedures — op welke wijze de vordering tot nietigverklaring wordt ingeleid. Wel wordt de termijn en de bevoegde rechter — inzake kadastraal inkomen de vrederechter, in de andere gevallen de volgens de gewone regelen bevoegde rechtbank — erin aangeduid.

Dit is een zware lacune in dit K.B. Terloops moge er trouwens aan herinnerd worden dat het nooit aan de uitvoerende macht toekomt procedureregelen uit te werken, omdat dit fundamenteel in strijd is met de beginselen van de Rechtsstaat (zie trouwens in die zin de tussenkomst van senator M. Storme, *Parlem. Hand., Senaat*, 11 juli 1979, Buit. Zitt., 1979, 1125).

M.i. heeft de vrederechter een juiste toepassing gemaakt van de algemene beginselen die onze rechtspleging regelen door te beslissen dat de dagvaarding de enige mogelijke wijze van inleiding is van deze rechtsvordering.

De rechtspraak en rechtsleer i.v.m. de andere gelijkaardige procedures beamen eveneens deze visie (zie Werdefroy, F., *Registratierechten*, A.P.R., nr. 322, blz. 181 en de daar geciteerde rechtspraak).

Paul Cooreman

VREDEGERECHT TE ZAVENTEM

21 MEI 1982

Rechter: de h. Van Cauter

Advocaten: mrs. Geysen loco De Scheermaeker en Lemmerling

Internationaal privaatrecht — 1. Handelsregister — Vermelding in de dagvaarding — Buitenlandse eiser — 2. Koop — Toepasselijke wet — Naar vreemd recht verschuldigde kosten bij invordering.

1. Wanneer een Duitse handelaar in zijn dagvaarding zijn inschrijving in het Duitse handelsregister niet heeft vermeld, voorkomt hij de sanctie van art. 41 van de Handelsregisterwet door die inschrijving te verantwoorden bij conclusie.

2. Wanneer door een lasthebber van een Belgische handelaar in een Duitse handelsbeurs koopwaar is besteld bij een Duitse handelaar, die de bestelling heeft bevestigd met kennisgeving van zijn verkoopvoorwaarden, welke inhouden dat de mondelinge bestelling slechts door de schriftelijke bevestiging van de verkoper rechtsgevolgen krijgt, dat de plaats van uitvoering bij de verkoper is en dat rente verschuldigd is zoals in de voorwaarden is bepaald, en wanneer de koper niet heeft geprotesteerd, noch tegen de verkoopbevestiging, noch tegen de factuur na levering, en hij aldus die bescheiden heeft aanvaard, hoewel zij in het Duits zijn gesteld, moet worden gezegd dat de partijen als op hun overeenkomst toepasselijk recht het recht van de Duitse Bondsrepubliek hebben aangenomen, wat wordt toegelaten door art. 2, tweede lid, van het Verdrag van 15 juni 1955 nopens de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet.

De verkoper heeft recht op betaling van de naar Duits recht verschuldigde kosten die veroorzaakt zijn door de invordering van de onbetaalde factuur, met daarenboven de naar Belgisch recht verschuldigde gerechtskosten, rechtsplegingvergoeding inbegrepen.

Vennootschap naar Duits recht H. t/ M.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

Van de op voet van artt. 40 en 41 van de wet van 20 juli 1964 over het handelsregister in zijn eerste conclusie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van de voorliggende vordering heeft verweerder bij zijn eerste aanvullende conclusie afgezien nadat eiseres aan de hand van haar conclusie haar inschrijving met het nr. 1041 in het handelsregister van het Amtsgericht Schwerte op de dag van de dagvaarding had verantwoord, zodoende de toepassing van de bij art. 41 van de reeds genoemde wet aangestipte sanctie voorkomend.

De vordering van eiseres is derhalve ontvankelijk.

Ten aanzien van het voorwerp van de vordering

Zoals zij in de dagvaarding was begrensd strekte de oorspronkelijke vordering ertoe van verweerder de betaling te vorderen van de tegenwaarde in Belgische munt van 1.447 DM met conventionele interesten à 13,5 % voor de levering van de bij de factuur nr. 530.812 van 28 maart 1980 en nr. 544.918 van 30 april 1980 door eiseres aangerekende koopwaren (Volgt uiteenzetting over de beperking tot 187.10 DM na betaling).

(...)

Ten aanzien van de gegrondheid van de aldus verminderde vordering

I. Uit de door de partijen overgelegde bescheiden is met voldoende zekerheid gebleken:

— dat de geleverde en door de facturen nr. 530.812 van 28 maart 1980 en nr. 544.918 van 30 april 1980 aangerekende koopwaren, in de handelsbeurs te Düsseldorf op 29 oktober 1979 aan mejuffrouw Helga B., vertegenwoordigster van eiseres, mondeling werden besteld voor rekening van verweerder door diens lasthebber «Lex overzieder Confectie-

agenturen B.V.», gevestigd in Amsterdam maar blijkbaar een contactadres hebbend in België te Strombeek-Bever;

— dat deze bestelling diezelfde dag nog in de werkplaatsen van eiseres werd nagezien door mevrouw Alma S. van haar verificatiedienst van de bestellingen en tevens schriftelijk aan verweerder bevestigd werd met kennisgeving van de verkoopvoorwaarden van eiseres;

— dat verweerder op geen enkel ogenblik tegen deze bestellingsconfirmatie met verkoopvoorwaarden en tegen de hem na levering toegezonden facturen heeft geprotesteerd en al deze bescheiden daarentegen onvoorwaardelijk heeft aanvaard hoewel zij in het Duits waren opgesteld, wat laat vermoeden dat hij er de inhoud van had begrepen en aanvaard;

— dat overeenkomstig deze door verweerder aanvaarde verkoopvoorwaarden de mondelinge bestelling slechts rechtsgevolgen kreeg door de schriftelijke bevestiging van eiseres terwijl de uitvoeringsplaats in ieder geval de zetel van deze laatste was en de interestenberekening bij laattijdige betaling diende te geschieden zoals aldaar was voorzien.

II. Vermits de overeenkomst aldus zonder enig voorbehoud of protest van wie ook is ontstaan en moet worden uitgevoerd ten zetel van eiseres in Schwerte a.d. Ruhr, moet worden aanvaard dat de daarbij betrokken partijen als op hun overeenkomst toepasselijk recht het recht van de BRD hebben aangenomen, wat hun door art. 2, lid 2, van het verdrag van 15 juni 1955 nopens de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet — zoals in casu — werd toegelaten, daarbij tevens de conventioneel in de verkoopvoorwaarden van eiseres met betrekking tot de interestberekening opgenomen bedingen in acht nemend.

(...)

III. Bij uitbreiding van haar oorspronkelijke vordering vermag eiseres op voet van de artt. 807-808 van het Gerechtelijk Wetboek de volgens Duits recht verschuldigde forfaitaire kosten in te vorderen die veroorzaakt werden door de invordering van de (onbetaald) gebleven facturen, met inachtneming van dit Duits recht, zoals het is omschreven in de Bundesrechtsanwaltgebührenordnung van 26 juli 1957, en met de daarenboven naar Belgisch recht verschuldigde rechtsplegingsvergoeding, moeten deze forfaitaire kosten worden vastgesteld op 43.20 DM

(Volgt veroordeling tot betaling van 143,91 DM in hoofdsom en rente en 43,20 DM als kostenvergoeding naar Duits recht, en veroordeling in de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding).

NOOT—*In het labirynth van de internationale koop-verkoop*

In het hier afgedrukte vonnis van 21 mei 1982 moest de vrederechter van Zaventem een aantal problemen aanraken. Hij werd gestuurd in het «labirynth van de internationale koop-verkoop» (de uitdrukking is van G.R. Delaume in zijn losbladige *Transnational contracts*, maar iedereen kon erop komen; zie hierna nrs. 3 e.v.) maar eerst nog diende hij over de ontvankelijkheid van de vordering te beslissen (hierna, nr. 1) en uiteindelijk zou hij ook met de vraag worden geconfronteerd, of de vergoeding voor de

advocaat, zoals voorzien in het Duits recht, hier mocht worden opgelegd (nr. 2).

1. *Handelsregister in de dagvaarding.* De Duitse eiseres had in de dagvaardingsakte geen melding gemaakt van een handelsregister. Verweerster had in haar eerste conclusie geconcludeerd tot de niet-ontvankelijkheid. Op grond van art. 41 van het K.B. van 20 juli 1964 tot coördinatie van de wetten op het handelsregister, kon de rechter een termijn opleggen waarbinnen de eiseres haar inschrijving in het handelsregister, op de dag van de dagvaarding, moest bewijzen. Dat bewijs werd geleverd m.b.t. een inschrijving in Duitsland en zo werd van dat verweer afgezien.

Was het geschil echter niet zonder voorwerp, nu het Hof van Cassatie vroeger al had beslist, dat die aanduiding niet moet gebeuren voor een eiser die enkel in het buitenland handel drijft: die valt niet onder het K.B. op het handelsregister (Cass., 14 maart 1975, *Pas.*, 1975, I, 712; zie ook art. 4 van het K.B. van 20 juli 1964). Men kon eraan twijfelen, omdat hetzelfde Hof nog kort geleden het principe uitsprak dat de vreemde handelsvennootschappen of -verenigingen, wat betreft de rechtspleging, voor de Belgische rechtbanken onder Belgisch recht vallen niettegenstaande hun bevoegdheid (procesbevoegdheid inclusief) volgens buitenlands recht beoordeeld wordt (Cass., 11 januari 1979, *R.H.A.*, 1979-80, 224, *J.T.*, 1979, 464). In de laatstgenoemde zaak betrof het de eis van identificatie en vermelding van de personen (leden van feitelijke verenigingen) die cassatieberoep hadden ingesteld.

Die twee arresten zijn als volgt verenigbaar, meen ik: aan de verweerders moet de bescherming van het Belgisch procedurieel recht worden verleend. De klare aanduiding van de eisende partij valt daaronder. De Belgische wet op het handelsregister heeft echter een territoriaal begrensde werking. De sanctiebepaling uit die wet (art. 41) kon dan ook niet ingeroepen worden. Maar in het Gerechtelijk Wetboek wordt onder art. 43, 2°, — in de context van de pasgenoemde identificatie — ook gezegd, dat het handelsregister moet worden vermeld, *ingeval* de verplichting tot de inschrijving bestaat. Niet in alle landen bestaat die verplichting en niet overal heeft ze dezelfde betekenis. We zouden ons daaraan dus niet mogen vastklampen voor de bepaling van een voldoende identificatie. De sanctieregeling (nietigheid) voor een slechte identificatie in de dagvaardingsakte komt ook alléén uit ons procesrecht. En precies art. 43, 2°, Ger. W. is minder gunstig voor de verweerder dan art. 41 van de wet van 20 juli 1964: men moet de schadeberoekening bewijzen (zie J. Van Rijn en J. Heenen, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, 1976, 379).

2. *Anwaltskosten in België.* In het Zaventemse vonnis valt op, op welke bijzondere wijze de proceskosten aan de verliezende (Belgische) partij worden opgelegd.

De eiseres mocht in de loop van het geding (overeenkomstig de artikelen 807 en 808 Ger. W.) de oorspronkelijke vordering uitbreiden met «de volgens Duits recht verschuldigde forfaitaire kosten ... die veroorzaakt werden door de invordering van de onbetaald gebleven facturen». Daarbovenop werd de naar Belgisch recht verschuldigde rechtsplegingsvergoeding geteld. Het lijkt van het goede te veel.

De vrederechter heeft de Duitse «Anwaltskosten» beschouwd als een verhoging van de factuur; als inningskosten zo nauw met de materiële vordering verwant, dat hij ze schijnt te hebben onderworpen aan de contractwet. In

Duitsland nochtans is de vergoeding voor de bijstand van een advocaat een *onderdeel* van de proceskosten, net zoals bij ons overigens (zie voor België precies het Zaventemse vonnis en zie voor Duitsland de handboeken van procesrecht). In het besproken vonnis is zij nu eens het één dan weer het ander, zodat de *lex causae* en de *lex fori* gecumuleerd werden.

3. *Vóór het labyrint.* Het bepalen van de op de verhouding tussen de Duitse producent en de Belgische afnemer toepasselijke wet is het moeilijke punt. Aan de partijen en aan de rechter zij toegegeven, dat zij één van de daarop slaande verdragsteksten hebben gevonden (het Verdrag van Den Haag van 15 juni 1955 inzake de op de internationale koop-verkoop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet). Uit het vonnis echter blijkt niet de orthodoxe toepassing daarvan en verder lijken de eenvormige wetten op de internationale koop-verkoop van roerende lichamelijke zaken (de bijlagen bij de Haagse Verdragen van 1 juli 1964) niet te zijn geraadpleegd.

Moeten de partijen bij een overeenkomst zich schikken naar die bronnen van ons i.p.r.? Nee, als zij overeenkomen over de toepasselijke wet, dan mag die keuze worden gerespecteerd ook al gebeurde dat in de loop van de procedure. Zolang daardoor de rechten van derden niet worden gekrenkt (anticipatief m.b.t. het Europees conflictenverdrag van Rome, 19 juni 1980 — *R.W.*, 1979-80, 145); maar allicht ook in het gemene recht aanvaard). De partijen schijnen in casu echter te zijn blijven twisten.

Ik stippel nu de schoolse lijn van het denken over de wetskeuze bij de koop uit en probeer niet de gedachtengang uit het vonnis daarnaast te plaatsen, om zo beknopt mogelijk te blijven.

4. *Het Haagse conflictenverdrag.* Voor een levering van koopwaar als de betwiste, is het Verdrag van Den Haag van 15 juni 1955 van toepassing (zie de bekrachtigingswet van 21 september 1962 in het *B.S.*, van 29 september 1964). Het is voor België in werking sedert 1 september 1964 en, hoewel de Bondsrepubliek zelf niet ratificeerde, geldt het zonder verdragswederkerigheid tegenover dat land, zoals overigens t.a.v. alle landen (art. 7: invoering in de nationale wet).

Als de toepasselijke wet niet bij uitdrukkelijk beding of zodanig dat alle twijfel uitgesloten is, wordt aangeduid in de overeenkomst, dan geldt art. 3 van het verdrag: van toepassing is de interne wet van het land waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik waarop hij het order ontvangt (een uitzondering niet te na gesproken).

Daarmee was een eerste probleem opgelost. De impliciete of zelfs vermoedelijke wil moest niet worden gezocht en er is geen sprake van, dat het verdrag toelating geeft om zulks te doen. De plaats van uitvoering is — anders dan in het gemene recht en vooral in het internationaal bevoegdheidsrecht — van geen tel.

5. *De Haagse eenvormige koopwetten.* Maar, nu ontstaat een verdere bronnencomplicatie, met de eenvormige koopwetten boven genoemd. Eén eenvormige wet betreft de totstandkoming van de internationale koopovereenkomst betreffende roerende lichamelijke zaken (*B.S.*, 14 januari 1971 en het erratum op 1 december 1979). De andere betreft de internationale koop zelf en zijn gevolgen, geregeld in 101 artikelen, die een hoogst interessante toevoe-

ging vormen bij ons B.W. (B.S., 14 januari 1971). Beide zijn voor België in werking sedert 18 augustus 1972, maar ze moeten zelden worden toegepast. België heeft immers een voorbehoud geformuleerd, dat inhoudt dat de eenvormige wet inzake de internationale koop slechts geldt als we door de werking van het conflictenverdrag van 15 juni 1955 verwezen worden naar een land waar die eenvormige wet is geïncorporeerd in de nationale wetgeving. België is dus zulk een land, maar verder vallen enkel de *Duitse Bondsrepubliek*, Gambia, Italië, Nederland, San Marino en het Verenigd Koninkrijk te vermelden. (Met de nieuwe in de UNCITRAL-Conferentie van de V.N. uitgewerkte versie van 11 april 1980, goedgekeurd te Wenen, hoopt men op meer succes). Aan de Duitse zijde zou, na de verwijzing, de eenvormige wet inderdaad zijn toegepast, denk ik: op 16 april 1974 werd zij daar van kracht (de bestelling dateert van 1979), uitsluitend onder het voorbehoud van art. III van het verdrag, d.w.z. dat de partijen in verdragsstaten moesten verblijven, waaraan in casu was voldaan.

Een voorheen door België gemaakt voorbehoud dat de aanwijzing van de eenvormige wet door de partijen noodzaakte, werd in 1970 ingetrokken.

Voor de verdragen van 1 juli 1964 rijst de vraag of ze wel op orthodoxe wijze in het Belgisch recht werden geïncorporeerd. De regering meende destijds dat de ratificatie van de verdragen volstond (bij de wetten van 15 juli 1970). De rechtsleer wijst er natuurlijk op dat dergelijke eenvormige wetten niet *self-executing* zijn en dat een regelmatige bekrachtiging in de wet moet volgen (zie H. Rolin, «Les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 et leur introduction dans le droit belge», *B.T.I.R.*, 1971, 7, en J. Masquelin, *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belges*, Brussel, 1980, 401-404 en 487).

Het is duidelijk dat voor de Zaventemse vrederechter — en de advocaten — een stel precieze regels voorlag i.v.m. de totstandkoming en met de regeling van de betaling. Het is wel zo, dat ook hier suppletief verbintenissenrecht geleverd wordt en dat dus de factuurvoorwaarden centraal blijven.

6. *Aanvaarding, mandaat en taalstatuut*. Een meer op het vonnis geaxeerde commentaar moet nog drie vraagstukken uit het contractuele veld aanraken: het tijdstip van de totstandkoming van het contract; de contractsluiting door een tussenpersoon en het gewicht van de taal van de meege-deelde factuur.

1° Men kon zich afvragen of hier, waar de vraag en het aanbod door een landsgrens van elkaar gescheiden schijnen te liggen, niet de moeilijke vraag rees naar de op de precontractuele fase van toepassing zijnde wet (zie Cass., 21 februari 1975, *R.W.*, 1975-76, 2552, *R.C.J.B.*, 1975, 5, met noot G. Van Hecke; M. Ryon, «De toepasselijke wet op de totstandkoming van een overeenkomst», *B.R.H.*, 1982, 267). Eerst moest men de eenvormige wet m.b.t. de totstandkoming over het hoofd zien (zie nr. 5). Maar eigenlijk moet nog aangenomen worden, dat de koop reeds in Duitsland, op de handelsbeurs, tot stand was gekomen, tenzij het dossier weer aantoonde dat een nieuw aanbod werd verstuurd. In ieder geval wijst de vrederechter niet aan, volgens welke rechts- of billijkheidsstelsel hij overweegt dat de verkoopvoorwaarden mogen worden vermoed te zijn aanvaard.

2° De bestelling bij monde van een aangestelde tussenpersoon, van Nederlandse nationaliteit, kan de zaak niet

veel verduisteren. Er is geen betwisting van de lastgeving. De contractsband ontstond dus tussen de derde (leverancier) en de Belgische lastgever, zo nemen wij aan, volgens het recht van de plaats waar de tussenpersoon het contract sloot (F. Rigaux, *Droit international privé*, Brussel, 1979, II, 227).

3° De zeer summiere referte aan de taal van de verkoopvoorwaarden op de factuur is interessant. Bij ons werd nog niet veel geëxpliciteerd over dat vraagstuk. Wij weten dat het gebruik van een taal een aanwijzing kan zijn i.v.m. de wetskeuze. In dit geschil echter schijnt de verweerder de bescherming van de rechter te hebben ingeroepen en op de afwezigheid van zijn aanvaarding van die voorwaarden te hebben gewezen.

Laat ik hier maar zeggen, dat met dit vonnis voor België de discussie rond de *contractstaal* geopend is. In Duitsland bestaat daarover al een hele leer. Men verzamelt er al een tijdlang precedentes, waaruit moet blijken hoe de bepaling van de contract-wet en van de contract-taal parallel loopt. De hoofdtal is die van het land dat het recht levert. Het risico voor misverstanden moet liggen bij hem die contracteert in die voor hem vreemde nationale sfeer. Wat dat betreft zijn er bij onze naburen niet veel uitspraken die zo consequent als de Zaventemse vrederechter het deed, het nadeel van een en ander op een eigen onderdaan liet rusten. Waarin een klein land groot kan zijn. Over de taalproblematiek en de ontstaansproblematiek van de contracten zelf (vraag en aanbod) groeien ook theorieën die wijzen op de nood aan bescherming van de partij die uit een vreemd land een aanbod krijgt in een vreemde taal. Ook over meertalige onderhandelingen valt veel te zeggen. Maar hier is niet de plaats om theorie te bouwen. Iedere verdere ontwikkeling zou overigens te veel moeten ontlenen aan de magistrale uiteenzetting ter zake van K.F. Beckmann en O. Sandrock, «Das Sprachenstatut oder die Vertragssprache» in O. Sandrock, *Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung*, 2 Bd., Heidelberg, 1980, I, 337-369.

J. Erauw
R.U.G.

KANTTEKENINGEN

Taalwet, taaldecreet: welke wetgeving is van kracht in zake de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers?

De gecoördineerde wet (K.B. 18 juli 1966)

1. In het Nederlandstalig landsgedeelte: de gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied en waar de wet het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn, voorschrijft of toelaat (Grondwet, art. 59bis, § 4). Zo: Wemmel, Kraainem, Wenzbeek-Oppem, St. Genesius-Rode, Linkebeek en Drogenbos. Verder: Mese, Helkijn, Spiere, Ronse, Bever, Herstaple en Voeren.

2. In het Franstalig landsgedeelte: de gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied en

waar de wet het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn, voorschrijft of toelaat (Grondwet, art. 59bis, § 4). Zo: Komen, Moeskroen, Vloesberg, Edingen, Lettelingen, Mark, Sippenaken, Homburg, Gemmenich, Montzen, Moresnet, Hendrikskapelle, Welkenraad, Balen, Membach, Malmédy, Bevercé, Robertville, Waimes, Faymonville en Bellevaux-Ligneuville.

3. In het gebied: Brussel - Hoofdstad: alle 19 gemeenten met uitzondering: voor de instellingen gevestigd is dit tweetalig gebied, die wegens hun activiteiten moeten worden beschouwd als uitsluitend behorend tot een bepaalde cultuurgemeenschap: de Nederlandse of de Franse (Grondwet, art. 59bis, § 4).

4. Over het hele land: de diensten waarvan de werkkring verder reikt dan het taalgebied waarin zij gevestigd zijn; de door de wet aangewezen nationale en internationale instellingen waarvan de werkkring gemeen is aan meer dan één cultuurgemeenschap.

5. Het Duits taalgebied: de gecoördineerde wet spreekt met geen woorden over dit gebied, wat de betrekkingen betrof tussen werkgevers en werknemers.

Het Nederlandse taaldecreet van 1973

1. In het Nederlandstalig landsgedeelte: alle gemeenten met uitzondering van de gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied en waar de wet het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn voorschrijft of toelaat. Deze gemeenten werden hierboven reeds opgesomd (Grondwet, art. 59bis, § 4).

2. In het Franstalig landsgedeelte: niet van toepassing.

3. In het gebied Brussel-Hoofdstad: enkel voor de instellingen gevestigd in dit tweetalig gebied, die wegens hun activiteiten moeten worden beschouwd als uitsluitend behorend tot de Nederlandse taalgemeenschap (Grondwet, art. 59bis, § 4).

4. In het Duits taalgebied: niet van kracht.

Het Franse taaldecreet van 1982

1. In het Nederlandstalig landsgedeelte: nergens van kracht.

2. In het Franstalig landsgedeelte: van kracht in alle gemeenten, met uitzondering van de gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied en waar de wet het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn, voorschrijft of toelaat. Deze gemeenten werden hierboven reeds opgesomd (Grondwet, art. 59bis, § 4).

3. In het gebied Brussel - Hoofdstad: enkel voor de instellingen gevestigd in dit tweetalig gebied, die wegens hun activiteiten moeten worden beschouwd als uitsluitend behorend tot de Franse cultuurgemeenschap (Grondwet, art. 59bis, § 4).

4. In het Duitstalig gebied: niet van kracht. Waaruit wij menen te moeten besluiten dat voor dit taalgebied, waar in de wet van 1963 (K.B. 18 juli 1966) met geen woord gerept wordt over de betrekkingen werkgevers-werknemers, en waar uiteraard noch het Nederlandse, noch het Franse taaldecreet van kracht kunnen zijn, enkel de bepalingen gelden

van art. 23 van de Grondwet over de vrijheid in het taalgebruik.

Het is niet overbodig aan de bovenaangehaalde bepalingen te herinneren. Want voor sommige rechtspractici schijnt bijv. de gecoördineerde wet van 1963 (K.B. 18 juli 1966) sedert het van kracht worden van het taaldecreet van 1973 zo goed als niet meer toepasselijk te zijn, wanneer het gaat om de sociale betrekkingen tussen werkgevers en werknemers in de bedrijven.

Zo luidt een uitspraak van de Arbeidsrechtbank te Oudenaarde van 6 maart 1978, dat de opzegging in het Frans betekend door een werkgever van wie de exploitatiezetel gevestigd is te Ronse, geldig is, enkel om de reden dat het taaldecreet van 1973 te Ronse niet toepasselijk is. Dit laatste is inderdaad juist: krachtens art. 59bis, § 4, van de Grondwet zijn, zoals boven reeds gezegd, in de gemeenten waar de wet het gebruik van een andere taal dan die van het gebied waarin zij gelegen zijn, voorschrijft of toelaat, de bepalingen van het decreet van 1973 niet van kracht. En zulk een gemeente is Ronse. Maar deze gemeente maakt deel uit van het Nederlandstalig gebied en de gecoördineerde wet van 1963 (K.B. 18 juli 1966) bepaalt onder art. 52 dat in het Nederlands taalgebied, voor de akten en bescheiden die voorgeschreven zijn bij de wetten en reglementen en voor die welke bestemd zijn voor hun personeel, de particuliere nijverheids-, handels- of financiebedrijven, de taal moet worden gebruikt van het gebied waar hun exploitatiezetel of onderscheiden exploitatiezetels gevestigd zijn.

Een opzeggingsbrief is een akte of bescheid bestemd voor het personeel en geregeld door de wet op de arbeidsovereenkomst, en derhalve moest die akte opgesteld in de taal van het gebied: het Nederlands. Aldus mocht de rechter niet voor recht zeggen dat deze opzeggingsbrief geldig in de Franse taal kon worden gesteld. Hij had integendeel moeten zeggen dat de opzeggingsbrief nietig was overeenkomstig art. 52 van de wet van 1963, om daarop de vertaling te bevelen van het stuk, overeenkomstig art. 59 van dezelfde wet.

Volledigheidshalve vermelden wij nog dat buiten het bestek van deze studie valt het taalgebruik in de diensten waarvan de werkkring verder reikt dan het taalgebied waarin zij gevestigd zijn, alsook in de door de wet aangewezen nationale en internationale instellingen waarvan de werkkring gemeen is aan meer dan één cultuurgemeenschap. Het taalgebruik is voor deze diensten en instellingen geregeld door de wet van 1963 op het gebruik der talen in administratieve zaken, maar dan door andere bepalingen dan die welke vervat zijn in de artikelen 52 e.v. van dezelfde wet, of nog door koninklijke besluiten genomen ingevolge deze wet. Zo bv. het K.B. dd. 10 oktober 1978 dat het taalstatuut regelt bij de Sabena.

Ernest van den Berghe

BOEKEN

Criminologie en vorming van het personeel in de strafrechtsbedeling, Antwerpen, Kluwer, 1981, 172 p.

Deze publikatie, opgedragen aan wijlen prof. F. Alexander, gewezen voorzitter van de School voor Criminologische Wetenschap

pen aan de V.U.B., bundelt de bijdragen van de Ve dagen voor criminologie, gehouden te Brussel op 25-26-27 september 1980.

De Belgische Vereniging voor Criminologie heeft het terecht nuttig geoordeeld de personeelsvorming te bestuderen op alle niveaus van het gerechtelijk apparaat. Zo komen in de voorbereidende verslagen de opsporing en vervolging (Y. Dewaleff), de psychiatrische en psycho-sociale expertise (P. Lievens de berechting (P. Troisfontaines e.a.), de strafuitvoering (W. Depreeuw) en de ambulante nazorg (mevr. Mikolajczak) aan bod.

Prof. Houchon ontleedt in dit opzicht de mogelijke inbreng van de criminologie en analyseert het huidige gebrek aan doorstroming van criminologen in de gerechtelijke instellingen. In die zin verzet hij zich tegen de oprichting van een nationale politieschool buiten de universiteit om, uit vrees voor een centralistisch beleid overheerst door de rijksmacht.

In de eindverslagen en de synthese der debatten worden de diverse conclusies omtrent de themata uitgewerkt. Hierbij wordt de nadruk gelegd op de permanente vorming van het personeel (J. Casselman), het voluntariaat (D. Martin) en de specialisatie (A. Simonet).

Deze publikatie is interessant door het overzichtsbeeld op de problematiek, maar mist juist daardoor diepgang. Tal van fundamentele punten, als de nationale politieschool, de school voor opleiding van magistraten, komen te weinig uitgewerkt uit de verf.

De vorming van het personeel in de strafrechtsbedeling bestuderen impliceert eveneens ingaan op het sociaal-politieke beleid van het gerecht. In hoever is het sociaalwelzijnsmodel in het strafrecht een beleidsoptie geworden of niet? Tot op welke hoogte is dit vertaald in het personeelsbeleid? Tal van vragen die, uitgaande van deze overzichtspublicatie, dieper onderzoek vereisen.

J. Vervaele

A. SOETEMAN, P.W. BROUWER e.a., **Logica en recht**, Serie Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 1, 1982, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 73 p.

Logica en recht is het eerste deel in de nieuwe reeks «Rechtsfilosofie en Rechtstheorie», opgezet door de redactie van het *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*. Het boek bevat de referaten en discussie gehouden op het symposium dat de Nederlandse Vereniging voor Logica en Wijsbegeerte der Exacte Wetenschappen in 1982 te Amsterdam hield. De vraag naar de betekenis van de formele logica voor het recht staat in elk van de bijdragen centraal.

Zo toont A.H. de Wild aan dat de formele logica de facto een erg kleine rol speelt in het juridisch bedrijf. Hij stelt vast dat in de positiefrechtelijke handboeken de logica ondergewaardeerd wordt en verkeerd wordt ingeschat, dat de Nederlandse Hoge Raad in de eisen die hij stelt aan de motivering van vonnissen en arresten weinig belang hecht aan de formele logische en dat het logisch gehalte van de gepubliceerde rechterlijke uitspraken gering is. A.H. de Wild betreurt dit omdat hij het een minimale eis van «zindelijk denken» vindt dat een juridische redenering in een logisch correcte vorm wordt weergegeven. Hierdoor kunnen immers verzwegen premissen worden geëxpliciteerd.

P.W. Brouwer schetst hoe het logisch systeem van tekens en operatieregels (calculus) dient opgebouwd te zijn om toegepast te kunnen worden in het rechtsdenken, dat gekenmerkt is door het samen en soms gemengd voorkomen van descriptieve, prescriptieve en evaluatieve zinnen. Hij bespreekt verder de problemen die drie in de klassieke tweewaardige logica voorkomende theorema's (modus tollens-, ex falso-, additie theorema) stellen bij de toepassing ervan op het rechtsdenken.

In zijn bijdrage geeft Soeteman aan dat elke argumentatie, die erop gericht is een beslissing aanvaardbaar te maken, als logisch geldig moet kunnen worden gereconstrueerd. Dit is een *conditio sine qua non*, een noodzakelijke zij het onvoldoende voorwaarde voor aanvaardbaarheid. De premissen van de redenering vallen immers buiten elke formeel logische rechtvaardiging. Hier is dan ook een inhoudelijke juridische rationaliteit nodig, die stoelt op de de facto aanvaarding van inhoudelijke principes of van «rules of recognition» die als axioma's in het systeem van het positief recht kunnen functioneren.

Volgens Ch. Perelman kan echter de rechterlijke redenering zich niet tot toepassing van puur formele schema's beperken. Zelfs al is het misschien mogelijk elke juridische redenering te transformeren in termen van formele logica, dan is dit toch een zinledig spel aangezien hier de relatie tussen premissen en conclusie geen formele relatie is. Perelman stelt dat de «juridische» logica een informele logica, een logica van de argumentatie, een «nieuwe retorica» is, waarbij de idee van redelijkheid herleid is tot aanvaardbaarheid binnen een gegeven milieu, op basis van een zekere sociale consensus. In deze logica is er niet sprake van dwingende conclusies doch slechts van meer of minder sterke argumenten waarover uiteindelijk de rechter met gezag beslist, door verwijzing naar de erkende rechtsregels en binnen het procedurele kader dat de nodige garanties tegen een subjectieve en willekeurige rechtspraak moet bieden.

Een rechtstreekse confrontatie van de stellingen van Soeteman en Perelman vinden we in het verslag van de discussie. J.F.A.K. van Benthem relativeert in zijn slotwoord «Recht en redeneren» het meningsverschil tussen de twee opvattingen. Dat elke juridische redenering aanvaardbaarheidsaspecten bevat wordt niet betwist doch beiden situeren die elders: Perelman in de redeneerregels, Soeteman in de premissen. Volgens Van Benthem is het zinloos de formele logica uit te spelen tegen de argumentatietheorie. Veeleer moet men pogen na te gaan hoeveel formeel logische geldigheid in de «rechtsgeldigheid» valt te reconstrueren, zonder daarom de informele aspecten in de juridische argumentatie te ontkennen.

«Recht en logica» biedt een inzicht in wat men de «methodenstrijd tussen de logici van het recht» kan noemen. Voor de meer geïnteresseerde lezer zijn achteraan in het boek bibliografische notities ter verdere oriëntering opgenomen.

J. Velaers
Studiegroep Rechtstheorie
UFSIA

BERICHTEN

Een colloquium over faillissementsrecht te Luik

Op 17 en 18 november 1982 organiseert de Rechtsfaculteit te Luik (Commission Droit et Vie des affaires) haar XXXIV^e «séminaire» met als thema «Les Créanciers et le Droit de la faillite».

Op de agenda staan o.m. de volgende onderwerpen: Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de Cassation (door mr. Lambert Matray); evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés (door Irma Moreau-Margrève); la protection du vendeur par la réserve de propriété en Allemagne et en France (door mr. Ernest Mezger); Saisies et droit commercial (door Georges de Leval); ordre public et temps de crise (door Paul Martens); présentation des expériences qui seront évoquées au cours des réunions de commission (door mr. Michel Mersch); rapport des travaux en commission: l'attitude des créanciers chirographaires face aux procédures de liquidation collective; l'action en comblement de passif (art. 63 ter des lois coordonnées sur les sociétés commerciales) (door Ivan Verougstraete); responsabilité aquilienne des pouvoirs publics dans les dommages causés aux tiers par les aides publiques aux entreprises en difficulté (door Paul Charlier); l'exécution des créances contre les pouvoirs publics (door Jean Le Brun en Diane Deom); les créanciers et la faillite à l'intérieur d'un groupe transnational de sociétés (door François Rigaux).

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor sociaal recht, 1982

nr. 1

G. De Broeck, De sociale wetgeving in 1981; rechtspraak.